

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EDNA TORRES FELÍCIO CÂMARA

**ROBERT ALEXY E O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA:
TEORIA, APLICAÇÃO E DEBATE**

CURITIBA

2013

EDNA TORRES FELÍCIO CÂMARA

**ROBERT ALEXY E O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA:
TEORIA, APLICAÇÃO E DEBATE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

EDNA TORRES FELÍCIO CÂMARA

ROBERT ALEXY E O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA:
TEORIA, APLICAÇÃO E DEBATE

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof.^a Dr.^a Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Prof.^a Dr.^a Paula Gaido
Universidade Nacional de Córdoba e *Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas* - *CONICET* (Argentina)

Curitiba, 18 de abril de 2013.

Ao CLÓVIS.
À CRISTIANE.
À CIBELE..

AGRADECIMENTOS

À Universidade Pública e ao sistema de cotas

Grandes mestres da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, bem como da Graduação em Letras da mesma Universidade, transmitiram lições de incentivo e generosidade; fui desafiada a olhar o mundo com olhos críticos, especialmente pelo generoso e paciente Cesar Antonio Serbena, orientador desta pesquisa e dos caminhos da filosofia, e pela queridíssima Vera Karam de Chueiri, que compartilhou comigo, além dos conhecimentos em direito constitucional, o saboroso estudo da relação entre direito e literatura.

À amizade

Não são apenas os mestres que ensinam. No caminho até aqui, conheci muitos do que se tornariam grandes amigos e referência profissional, apesar de tão jovens, em sua maioria, quanto minhas filhas. Citarei alguns nomes que representam a infinidade de amigos que recebi de presente da UFPR: Karen Nadolny, Emanuele Oliveira, Camila Novato, Arthur Tertuliano, Jiuliano Maurer, Silvia Horta, Daniela Tupinambá, Francielle Montemezzo, Saulo Pivetta, Melanie de Andrade, Fernanda Peres, Juliana Chevônica, Ricardo Kanayama, Fernanda Karam, Marcelo Conrado, Luciana Xavier, Mariel Muraro, Maurício Timm, Thiago Hoshino e Luasses Santos – quantos sorrisos e alegria!

À competência

Como esquecer dos servidores da Graduação, do Mestrado e da Biblioteca? Um verdadeiro porto seguro nas atribuições que fazem parte do cotidiano do estudante e do pesquisador.

À pesquisa

Ressalto o importante apoio da CAPES que fez possível esta pesquisa.

À generosidade

Pesquisar, escrever, traduzir e viver – a missão é muito árdua. Antônia Schwinden e Hauzely Hauer, revisoras das entrelinhas do meu texto, e Arthur Tertuliano e Juan Contreras queridos revisores de minhas traduções, forneceram o amparo essencial.

Ao tempo

*Enquanto a ciência caminha, a vida, fora da academia, também segue.
Nos últimos anos, meus irmãos e, em especial, a minha corajosa irmã,
Edilene, compartilharam comigo não somente o cuidado com nossos
pais, mas a tristeza da perda e saudades de quem amamos.*

À sabedoria

*O sofrimento no Ceará e o trabalho duro em São Paulo forjaram um
homem que falava pouco, mas transbordou amor, paz e discernimento.
Saudades, Seu Francisco, meu pai – agora mais perto de Deus.*

À determinação

*A missão, quase escrava, de cuidar do marido e de sete filhos
desenhou uma mulher forte. Perspicaz e batalhadora, minha mãe,
Dona Edite, é grande exemplo de determinação e vontade de viver.*

À igualdade

*Amor e orgulho são o que sinto por minhas filhas, fortes e vibrantes
na complexa relação com o mundo, que está ainda aprendendo
lidar com o feminino.
Obrigada, Cristiane e Cibele.*

Ao amor

*Agradeço, especialmente, ao meu esposo, Clóvis, pelas quase
três décadas de companheirismo e pela família que me deu.*

Lei é lei? Lôas!

João Guimarães Rosa (Grande Sertão: Veredas)

RESUMO

No presente estudo, analisa-se a inserção do argumento de injustiça no conceito de direito de Robert Alexy. O objetivo é verificar se as teorizações do autor fornecem respaldos teóricos suficientes para a aplicação desse argumento, em especial, para viabilizar, após a superação de regimes injustos, punições ou reparações relativas à injustiça extrema. Discorre-se sobre o tema, mediante revisão bibliográfica, a partir de três perspectivas: da perspectiva teórica, elencam-se as premissas do pensamento de Alexy que, articuladas, dão base ao conceito de direito não positivista por ele proposto; da perspectiva da aplicação, apresenta-se a análise de Alexy do caso das sentinelas do Muro de Berlim (o autor sustenta que houve acerto na aplicação da fórmula de Radbruch, embora aponte falhas na fundamentação das decisões relativas ao caso); da perspectiva crítica, pontuam-se as principais objeções formuladas por Eugenio Bulygin ao pensamento de Alexy no debate entre os dois autores. O pano de fundo para essas considerações é a relação entre direito e moral e, conseqüentemente, a controvérsia entre teorias positivistas e não positivistas. Constata-se, ao final, que Alexy não conseguiu responder satisfatoriamente às objeções de Bulygin em relação às conexões entre direito e moral, uma vez que parece confundir conexões classificadoras e qualificadoras. Essa confusão metodológica fragiliza a teoria de Alexy no que se refere à dimensão ideal do direito, premissa imprescindível para justificar a afirmação do autor de que mesmo um conceito de direito não positivista pode admitir em um sistema jurídico normas injustas (que seriam deficientes nesse caso). No entanto, essa fragilidade não parece suficiente para desqualificar a teoria de Alexy no que diz respeito ao argumento de injustiça, pois, transposto o limite da injustiça extrema, as conexões entre direito são sempre classificadoras. Assim, é plausível a afirmação de Gustav Radbruch (que é uma premissa do pensamento de Alexy) de que "direito extremamente injusto não é direito *ab initio*". A projeção para o futuro revela a importância do tema: a possibilidade de aplicação do argumento de injustiça é uma alerta à humanidade de que a extrema injustiça, mesmo que cometida sob o amparo da lei, não terá como certa a impunidade.

Palavras-chave: Argumento de Injustiça. Robert Alexy. Fórmula de Radbruch. Polêmica entre Alexy e Bulygin. Sentinelas do Muro de Berlim.

ABSTRACT

This study analyzes the insertion of the argument from injustice in Robert Alexy's concept of law. The aim is to investigate whether the theories of the author are sufficient to provide theoretical support to the application of this argument, in particular, in order to make viable repairs or punishments after overcoming unjust regimes. It discourses on the subject up through literature review, from three perspectives: from a theoretical perspective, it is presented the premises of Alexy's theory, that, articulated, are the basis of the concept of non-positivist law proposed by him; from the application perspective, it is presented Alexy's analysis of the case of the sentinels of the Berlin Wall (the author holds that there was accuracy in applying the Radbruch formula, although he points flaws in the reasoning of the decisions relating to the case); from a critical perspective, it is presented the main objections raised by Eugenio Bulygin at Alexy's theory in the debate between the two authors. The background to these considerations is the relationship between law and morality and, therefore, the controversy between positivist and non-positivist theories. At the end, it is observed that Alexy was unable to satisfactorily answer the objections of Bulygin concerning the connections between law and morality, since he seems to confuse classifying and qualifying connections. This confusion weakens Alexy's theory regarding the ideal dimension of law, the essential premise to justify the author's statement that even a non-positivist concept of law may admit unfair rules in the legal system (that would be legally faulty in this case). However, this weakness does not seem sufficient to disqualify Alexy's theory regarding the argument from injustice thus, crossed the boundary of extreme injustice, the connections between law and morality are always of the classifying kind. Therefore, it is plausible the Gustav Radbruch statement (which is a premise of Alexy's theory) that "extreme injustice is no law *ab initio*". The projection for the future reveals the importance of the subject: the argument from injustice possibility of application is a warning to humanity that extreme injustice committed under the protection of the law shall not have certain impunity.

Keywords: Argument from injustice. Robert Alexy. Radbruch formula. Alexy and Bulygin debate. Sentinels of the Berlin Wall.

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - QUADRO CONCEITUAL	40
QUADRO 2 - PERSPECTIVA DO OBSERVADOR	68
QUADRO 3 - PERSPECTIVA DO PARTICIPANTE.....	69
QUADRO 4 - CONCEITOS DE DIREITO	70
QUADRO 5 - CONCEITO DE DIREITO NÃO POSITIVISTA DE ROBERT ALEXY.....	71

SUMÁRIO

À GUIA DE PREFÁCIO	11
INTRODUÇÃO	16
CAPÍTULO 1 - O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA NO CONCEITO DE DIREITO DE ROBERT ALEXY	19
1.1 O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA DE GUSTAV RADBRUCH.....	20
1.2 QUADRO CONCEITUAL DE ROBERT ALEXY.....	39
1.3 A NORMA FUNDAMENTAL	44
1.4 RELAÇÃO ENTRE O DISCURSO PRÁTICO GERAL E O DISCURSO JURÍDICO	49
1.4.1 A pretensão à correção no direito.....	59
1.5 O CONCEITO DE DIREITO DE ROBERT ALEXY	66
CAPÍTULO 2 - O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA NO CASO DAS SENTINELAS DO MURO DE BERLIM: A ANÁLISE DE ROBERT ALEXY	74
2.1 PERSPECTIVA DO OBSERVADOR: INSUSTENTABILIDADE DA TESE DA VINCULAÇÃO	75
2.2 PERSPECTIVA DO PARTICIPANTE: RAZÕES PARA APLICAÇÃO DO ARGUMENTO DA INJUSTIÇA	77
2.3 DECISÕES PARADIGMÁTICAS: CIDADANIA E PATRIMÔNIO	87
2.4 O CASO DAS SENTINELAS DO MURO DE BERLIM.....	91
2.5 O CASO DOS MEMBROS DO CONSELHO DE DEFESA DA RDA.....	114
CAPÍTULO 3 - O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA NA POLÊMICA ENTRE ROBERT ALEXY E EUGÊNIO BULYGIN	120
3.1 VISÃO GERAL DA POLÊMICA: UM CONSENSO IMPROVÁVEL	121
3.2 PRIMEIRAS CONTROVÉRSIAS (1993 e1997).....	130
3.3 RETOMADA DAS DISCUSSÕES (1998).....	136
3.4 ANTIGAS E NOVAS DIVERGÊNCIAS E A CRÍTICA AO ARGUMENTO DE INJUSTIÇA (2010)	145
3.5 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO: DISSENSOS E COMPLEMENTARIDADE	157
CONSIDERAÇÕES FINAIS	163
REFERÊNCIAS	169
DOCUMENTOS CONSULTADOS	177

À GUIA DE PREFÁCIO

A exposição das razões que implicaram a escolha do tema desta pesquisa, a (in)justiça, intercala duas dimensões da vida: ficção e realidade. O ponto de partida são fragmentos de uma fala que, por anos, foi tida, por aqueles que a ouviam, como produto da imaginação de um excelente contador de histórias. São as palavras de Francisco:

Eu tinha lá pelos sete anos. Era 1932. Não havia comida e as pessoas começaram a morrer. Meu pai fugiu com os filhos da seca. Lembro, éramos muitos irmãos e a maioria já nem conseguia caminhar. Meu pai fazia assim: colocava um de nós nos ombros e caminhava alguns metros. Deixava o menino no chão. Voltava. Colocava outro de nós nos ombros. Levava junto ao primeiro. Voltava. E assim fazia com todos os filhos que não tinham força para andar. Andamos assim por muitos dias. Não tínhamos o que comer. Os mais novos comiam farinha e água. Os mais velhos mascavam sal. Um dia, chegamos a uma estação de trem. O Governo colocava as pessoas que fugiam da seca em um trem de carga. Nós chegamos ao destino à noite. Era o campo de concentração de Ipu. Lá havia barracos e o Governo distribuía comida. Depois de um tempo, muitos dos que estavam no campo de concentração começaram a ficar doentes (não sei que doença era). Os doentes e suas famílias eram colocados em um bote que atravessava para o outro lado de um rio. Minha família também foi para lá. Havia uma cobertura grande e todos, nos primeiros tempos, ficavam juntos. Não havia banheiros. Minha mãe levava as crianças para fazer as necessidades no mato armada com um pedaço de pau para espantar os urubus. À noite, os doentes morriam e, de manhã, barcas buscavam os mortos (eram muitos). Morreram dois irmãos meus. O Governo mandava remédio e comida (pouca). Havia frentes de trabalho nas margens do rio. Os homens plantavam. Funcionários do Governo cozinhavam sacas de feijão preto, sem lavar nem nada, e distribuía entre as pessoas (era como comida para animais). Depois de quase um ano, quando o Governo viu que todos íamos morrer, veio a polícia e tirou todo mundo de lá. Recebemos algum dinheiro e passagens para voltar a nossa cidade, mas fomos para uma fazenda próxima. Então, quase toda minha família pegou maleita. Depois disso, voltamos para nossa cidade. O meu pai não tinha conseguido emprego.

A seca, a fuga, o cerceamento da liberdade, os maus tratos e a morte de dois irmãos era elementos de uma história que Francisco contaria, anos mais tarde, às suas crianças, parte delas nascida no Nordeste e outro parte nascida em São Paulo.

Era uma história boa de ouvir, mas era difícil definir onde estaria o bem ou o mal tão bem demarcado nas histórias que os livros contavam – talvez porque Francisco contasse essa história sem rancor; talvez porque ainda entendesse que a vida fosse assim mesmo: submissão.

A dúvida das crianças era por que Francisco e sua família não fugiram de lá. Ora, dizia, não havia para onde ir e, além disso, havia guardas rondando a fronteira daquele mundo isolado à espreita, quem sabe, para atirar nos que fugissem. Mas, afinal, talvez quem fugisse merecesse morrer, pois o justo é ser como se é. Deus quis assim...

Os filhos cresceram imaginando que as palavras de Francisco eram ficção ou peça pregada pelas memórias da vida no Sertão. Não era.

No livro *Campos de concentração no Ceará: isolamento e poder na seca de 1932*, a historiadora Kênia Rios, faz um estudo acerca do projeto de contenção dos retirantes na grande seca de 1932. Essa obra avaliza os relatos de Francisco ao expor detalhes sobre a instalação dos campos de concentração nordestinos e desvelar o que pairava por trás dos discursos justificadores desses campos.

Afirma Rios (2006, p.32) que a história quase esquecida dos campos de concentração cearenses é a história da submissão dos flagelados da seca a dois senhores: à fome, no sertão seco e desolado, e ao isolamento imposto às indesejáveis hordas de miseráveis vindas do sertão nordestino com destino à capital. Segundo Rios, "os flagelados caminhavam longos trechos a pé, procurando uma estação de trem [...], o deslocamento da população deu-se por caminhos de poeira e ferro" (p.12).

Os retirantes começaram a chegar à Fortaleza em janeiro de 1932 em trens lotados de famintos. As notícias nos jornais começavam a preocupar as elites da cidade que se autodenominava a "loura desposada do sol".

Paradoxalmente, o discurso justificador para obtenção dos recursos para a construção das estradas de ferro cearenses junto ao governo federal foi o de amenizar o sofrimento do povo com a criação de riquezas e novos empregos. No entanto, o objetivo prioritário era facilitar o deslocamento de produtos de exportação para o porto de Fortaleza o que não necessariamente se converteria em benefício aos atingidos pela seca. A surpresa foi que, junto com o algodão e fumo, "a estrada trazia, também, a miséria que se queria longe da capital" (RIOS, 2006, p.15). Sem rumo, os retirantes pediam esmolas nas ruas, furtavam cabeças de gado e assustavam os habitantes da cidade de Fortaleza que apostava no turismo e no incremento do comércio com outras regiões do país. Rios cita um dos jornais da época:

A cidade convivia com uma das maiores secas do século XX, entretanto seus jornais não hesitavam em afirmar: 'Fortaleza é uma das capitais mais progressistas do Norte e quiça do paiz inteiro' (*Gazeta de Notícias* 22/06/33) (RIOS, 2006, p.32).

No entanto, os jornais também estampavam o pavor com a chegada dos retirantes. São palavras do Correio do Ceará em 1932:

Os retirantes vêm vindo [...]. É a seca em toda sua rudeza que traz aos nossos rumos esses infelizes, míseros destroços da catastrophe que enluta os sertões e que acabará por nos envolver completamente. [...] O exército sinistro dos esfomeados marcha pelas estradas em demanda de Fortaleza (RIOS, 2006, p.28).

Os jornais alimentavam o sentimento de pânico em face dos flagelados e consolidavam entre as elites o temor diante da pobreza da seca. Todavia, salienta Rios, esse temor foi disfarçado por um discurso supostamente humanitário, fazendo com que mesmo os flagelados responsáveis por saques não fossem classificados como bandidos ou ladrões, uma vez que "a burguesia reconhecia a condição desesperadora dos sertanejos e procurava construir um projeto de isolamento mais sofisticado" (RIOS, 2006, p.34).

Nessa linha, a construção dos campos de concentração foi iniciada pelo poder público. Rios fornece detalhes sobre a localização dos campos:

Para barrar a marcha de retirantes rumo à Fortaleza e outras cidades do Estado, foram erguidos sete "Campos de Concentração" (em Ipu, Quixaramobim, Senador Pompeo, São Mateus, Crato e dois em Fortaleza). Eram locais para onde grande parte dos retirantes foi recolhida a fim de receber do governo comida e assistência médica. Dali não podiam sair sem autorização dos inspetores do Campo. Havia guardas vigiando constantemente o movimento dos concentrados. Ali ficavam "encurralados" milhares de retirantes a morrer de fome e doenças. Entre abril de 1932 e março de 1933, **foram registrados mais de 1.000 mortos somente no Campo de Concentração de Ipu** (RIOS, 2006, p.38). (Grifou-se).

Os retirantes, grande parte, antes de chegar à Fortaleza, eram enviados aos campos de concentração instalados pelo poder público. Os flagelados os chamavam de "Curral do Governo", pois lá eram isolados e encurralados como gado. Os campos de concentração eram uma espécie de barreira para que os retirantes não atingissem as partes mais abastadas do estado. Todavia, em pouco tempo, os campos já estavam superlotados. Segundo o jornal *O povo* (30/06/1932) havia 6.507 pessoas em Ipu,

1.800 em Fortaleza, 4.542 em Quixeramobim, 16.221 pessoas em Senador Pompeo, 28.648 em Cariús (S. Matheus) e 16.200 no Crato (Buriti) contabilizando, no total, mais de 73.000 flagelados (RIOS, 2006, p.53).

O discurso médico era apresentado como justificativa para o isolamento, que recebia elogios nas páginas dos jornais:

[...] deixaram de chegar a esta capital comboios ferroviários especiais conduzindo quotidianamente míseros retirantes [...]. Felizmente, nós, moradores desta "urbs", devido a clarividência das autoridades locais, estamos isentos de perigoso contacto com os flagelados que, agrupados em Campos de Concentração, alimentados, higienizados, são tratados até com relativo carinho (*O Povo*, 05/05/32) (RIOS, 2006, p.45).

Na verdade, segundo Rios, os campos funcionavam como uma prisão, pois eram vigiados dia e noite, quer pela polícia, quer pelo exército, quer por homens escolhidos dentre os próprios flagelados. Havia superlotação, e a comida não era suficiente para todos. Os retirantes morriam de fome e doenças.

A vigilância esvaziava quaisquer tentativas de rebeldia ao disciplinamento imposto ao sertanejo. Os que se rebelavam pela baixa remuneração nas frentes de trabalho e se recusavam a trabalhar eram presos nas delegacias:

Vem se verificando, nos Campos de Concentração, conforme nos declarou o próprio Sr. Interventor Federal – que alguns flagelados robustos, escolhidos para diversos serviços, recebendo a diária mínima de três mil réis, se recusam a trabalhar [...]. Esse fato exige repressão. Se o retirante está em boas condições orgânicas e gosa saúde deve corresponder aos bons propósitos oficiais, desde que lhe ofereçam trabalhos de acordo com suas aptidões [...] nos Campos sempre que houver trabalho remunerativo, não haverá lugar para malandragem (*O Povo*, 28/04/32) (RIOS, 2006, p.62).

Muitos opositores aos campos, que defendiam o isolamento dos pobres da seca no próprio Sertão, criticavam a ociosidade dos flagelados, uma vez que as frentes de trabalho não eram suficientes para utilizar toda a mão de obra disponível. Iniciou-se a troca de acusações entre grupos políticos com relação à má administração dos campos (RIOS, 2006, p.50).

As primeiras chuvas de 1933 forneceram certa segurança para o fechamento dos campos e as sugestões para o reaproveitamento desses espaços denotam o esforço para manter a cidade livre da pobreza:

A mendicância precisa ser socorrida pelo poder público e este bem poderia transformar o antigo "curral do governo" num abrigo para mendigos de toda a sorte que andam pechinchando diariamente pelas ruas de Fortaleza, pondo a nú o aspecto deprimente desse problema que ainda está por resolver (*Gazeta de Notícias*, 25/02/33) (RIOS, 2006, p.51).

O quase esquecido episódio dos campos de concentração cearense na grande seca de 1932 revela que a história de Francisco não era ficção.

Francisco, parece, nunca refletiu se houvera ou não injustiça naqueles tempos. Essa era apenas era mais uma das muitas histórias que contava. No entanto, essa narrativa, repetida por Francisco muitas vezes, talvez tenha feito uma de suas filhas, autora deste trabalho, interessar-se pelo tema da (in)justiça; talvez as sentinelas do Muro de Berlim guardem alguma semelhança com a sentinela dos campos de concentração de Ipu; talvez...

Mas o mundo é muito grande, a Alemanha é muito distante do Ceará e os homens são muitos diferentes em suas motivações, sonhos e sofrimentos. Talvez a história de Francisco não tenha nenhum ponto de contato com as reflexões adiante; talvez a vida seja mesmo uma grande coincidência.

INTRODUÇÃO

O argumento de injustiça e sua inserção no conceito de direito Robert Alexy, tema desta pesquisa, sugerem a investigação de três aspectos da obra do autor: o conceito de direito não positivista proposto por ele, as considerações de Alexy quanto à aplicação do argumento de injustiça (em especial no caso das sentinelas do Muro de Berlim) e os contra-argumentos de Alexy às objeções de Eugenio Bulygin no debate entre os dois autores. A subdivisão deste trabalho reflete esses três aspectos: teoria, aplicação e debate.

A metodologia de pesquisa é a revisão bibliográfica. No caso da teoria de Alexy, optou-se pelo estudo da própria obra do autor, com a intermediação de comentadores apenas na medida em que a leitura de suas obras solicitasse complementação. Assim, no capítulo 1, a obra que serve como fio condutor é *Conceito e Validade do Direito* complementada por diversos artigos de Alexy; no Capítulo 2, os artigos nos quais Alexy analisa o casos dos atiradores do Muro de Berlim são as fontes principais; no Capítulo 3, além do estudo dos três artigos produzidos por Alexy e de três produzidos por Bulygin, frutos do debate entre os dois autores, a contextualização do debate e as reflexões acerca dos pressupostos teóricos dos dois autores exigem a recorrência mais frequente a obras de apoio (em especial, de Paula Gaido e Manoel Atienza).

A condução da pesquisa observou o alerta de Alexy: a aproximação com o argumento da injustiça exige rigor teórico, uma vez que sua simplicidade, na forma proposta por Radbruch, que é premissa da teoria desenvolvida por Alexy, "direito extremamente injusto não é direito *ab initio*", esconde o perigo da simplificação do argumento. Na realidade, a aplicação do argumento está adstrita a casos especialíssimos nos quais houve não apenas mera injustiça, mas injustiça *extrema*.

Ressalte-se que a obra de Alexy é muito extensa e não está condensada apenas nos livros que escreveu. Grande parte dela encontra-se em artigos publicados em diversas línguas em periódicos publicados ao redor mundo. Nesses artigos, o autor, em geral, retoma premissas importantes de seu pensamento e, não raras vezes, amplia aquilo que foi apresentado em outros momentos, além de fazer novas articulações entre os diversos aspectos de sua teoria. Essa peculiaridade combinada com a exigência de rigor técnico apontado por Alexy reclama a leitura atenta dos

textos produzidos pelo autor contextualizando-os no panorama teórico geral de sua obra.

Embora a opção metodológica seja a pesquisa mediante leitura das obras do próprio autor, não se pode deixar de observar que, no Brasil, ainda é tímida a produção científica relativa ao argumento de injustiça, apesar do prestígio do pensamento de Alexy e embora o país ainda passe pelo processo de superação de um regime injusto – passados quase 25 anos da promulgação da nova Constituição, o Estado se vê compelido a resgatar o passado, a dar satisfação à sociedade sobre sua História e compensar, na medida do possível, as injustiças cometidas na exceção.

Nesse sentido, pode-se afirmar a atualidade e relevância desta investigação, no qual o argumento de injustiça é examinado a luz da seguinte indagação: a inserção do argumento de injustiça no conceito de direito de Alexy fornece respaldo teórico suficiente para aplicação desse argumento, após a superação de regimes injustos, em especial, para viabilizar a punição ou reparação de injustiça extrema amparada por lei?

O pano de fundo dessa investigação é a relação entre direito e moral. Se as considerações expostas na apresentação deste trabalho permitem afirmar que o tema da (in)justiça é universal, também é certo que não há consenso se a discussão está adstrita ao campo da moral ou da política ou se a justiça ou injustiça de uma norma é relevante para a ciência do direito. Portanto, a investigação das razões para aplicação do argumento de injustiça passa pela definição se há ou não relação necessária entre direito e moral – elemento-chave para a filosofia do direito e para a teoria geral do direito, pois, a necessidade ou contingência dessa relação define a diferença entre teorias positivistas e não positivistas. Disso decorre que, ao lado dos temas centrais de cada capítulo, reflexões sobre a relação entre direito e moral serão recorrentes neste trabalho.

O Capítulo 1 é dedicado às premissas da obra de Alexy, que viabilizaram sua definição de direito (da qual o argumento de injustiça é um elemento essencial), e terá início com apontamentos referentes ao aparecimento do argumento de injustiça na obra de Gustav Radbruch, uma das grandes referências na obra de Alexy. Dono de uma obra instigante, como se pode comprovar pelas polêmicas que causou e pelo farto material produzido a respeito de sua teoria, Radbruch, após os horrores do nazismo, propôs o que viria a ser chamado pela doutrina de "fórmula de Radbruch" ("direito injusto não é direito *ab initio*").

Em prosseguimento, ainda no Capítulo 1, são apresentados diversos aspectos da teoria de Alexy referentes à teoria da argumentação, ao conceito de pretensão à correção e ao conceito de direito não positivista proposto pelo autor. Esses pressupostos são imprescindíveis para a perfeita compreensão das considerações de Alexy referentes à aplicação do argumento de injustiça apresentadas no capítulo seguinte.

O Capítulo 2 refere-se à aplicação do argumento de injustiça. Nesse capítulo, são descritas as razões de aplicação do argumento de injustiça apontadas por Alexy bem como as análises efetuadas pelo autor do caso das sentinelas do Muro de Berlim. Alexy conclui que houve aplicação acertada do argumento, no entanto a decisão foi prejudicada por uma fundamentação vacilante da Justiça alemã, que parecia não estar convencida da aplicação do argumento ou não dispunha de manancial teórico suficiente para o manejo do argumento.

No Capítulo 3, as principais divergências entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin são apontadas, com especial atenção às críticas referentes ao argumento de injustiça. Desde o início, a contextualização do debate permite inferir que a possibilidade de consenso entre os dois autores é mínima tendo em vista as premissas teóricas de cada um. Essa constatação remete à reflexão acerca da importância dos debates para o desenvolvimento científico, bem como acerca do suposto antagonismo das diferentes correntes da teoria da argumentação.

As considerações expostas neste trabalho revelam que há uma teoria bastante complexa que respalda a inserção do argumento de injustiça no conceito de direito de Alexy. No entanto, diversos autores apontam algumas fragilidades importantes, dentro os quais Eugenio Bulygin. Resta saber se Alexy consegue responder de forma satisfatória às objeções de Bulygin e, caso negativo, quais os reflexos dessas fragilidades na aplicação do argumento de injustiça.

CAPÍTULO 1

O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA NO CONCEITO DE DIREITO DE ROBERT ALEXY

O objetivo geral da presente pesquisa é a análise da inserção do argumento de injustiça no conceito de direito proposto por Robert Alexy, bem como problematizar essa inserção mediante a exposição das críticas de Eugenio Bulygin. Para atingir esse objetivo, este primeiro capítulo é dedicado ao exame dos pressupostos teóricos que dão base às reflexões de Robert Alexy, em especial, aqueles que se referem, especificamente, ao argumento de injustiça.

Parte-se dos aspectos da obra de Gustav Radbruch que permitiram ao autor elaborar o argumento de injustiça, "direito extremamente injusto não é direito *ab initio*" – esse argumento será, posteriormente, utilizado por Alexy em suas teorizações. Um desses aspectos que merece destaque é a evolução (ou ruptura) do pensamento de Radbruch, uma vez que, no Pós-Segunda Guerra, o autor dá uma guinada no sentido da atribuição de um peso maior à justiça em relação à segurança jurídica.

Em prosseguimento, são expostos os argumentos que compõem o quadro conceitual proposto por Alexy, cuja apreensão é fundamental para a compreensão do raciocínio e das proposições do autor.

No terceiro momento deste capítulo, são aprofundados os diversos conceitos de validade que permitem a Alexy evocar o enunciado da norma fundamental não positivista, no qual o argumento de injustiça aparece com bastante vigor.

Ao longo de toda a pesquisa, observa-se uma questão sempre premente: existe uma relação necessária entre direito e moral? Com o intuito de debater essa questão, o capítulo tem sequência com a investigação dos elementos teóricos da institucionalização da razão, que redundam no discurso jurídico.

O conceito de pretensão à correção, que faz a ponte entre a moral e o direito, é objeto de reflexão no encerramento do capítulo. De igual modo procede-se com a inserção do argumento de injustiça no conceito de direito não positivista construído por Robert Alexy, no qual são articulados os pressupostos teóricos apresentados neste capítulo.

1.1 O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA DE GUSTAV RADBRUCH

Um tema central da filosofia do direito é a relação entre direito e moral, ou seja, a reflexão sobre como o direito positivo é e como o direito deve ser. Essa questão, embora discutida abundantemente pela filosofia do direito, ainda não foi pacificada e se fez ainda mais relevante posteriormente à barbárie nacional-socialista, efetuada em nome da lei, na Alemanha (BORDA, 2009, p.xii).

Afirma Borda (2009, p.ix-xxi) que o positivismo kelseniano negou a possibilidade da existência de normas fora do ordenamento legal que não fossem produto da vontade de quem exerce o poder do Estado, pois, caso existissem leis de caráter teocrático, providencial ou racional, ou seja, se existissem leis causais que determinassem a conduta humana, o direito positivo seria desnecessário.¹

No entanto, no Pós-Guerra, a proposição de Kelsen de que toda norma legal é direito foi questionada, sendo que ao positivismo foi imputada responsabilidade "[...] tanto na legitimação da ditadura ("lei é lei") como na deplorável conduta da maioria esmagadora dos juristas alemães, incluindo alguns de elevada categoria intelectual (BORDA, 2009, p.xii)"².

Borda (2009, p.xii) entende que o decisionismo de Carl Schmitt foi extremamente relevante para a justificação do nazismo³ e que Gustav Radbruch é exemplo daqueles

¹ "Como a Teoria Pura do Direito, enquanto teoria jurídica positivista, não fornece, com a norma fundamental do Direito positivo por ela definida, qualquer critério para apreciação da justiça ou injustiça daquele Direito e, por isso, também não fornece qualquer justificação ético-política do mesmo, ela é muitas vezes considerada como insatisfatória. [...] Um tal critério apenas pode ser fornecido por uma teoria do Direito natural [...]. A história das doutrinas do Direito natural mostra, porém, que tal não é o caso. Logo que a teoria do Direito natural intenta determinar o conteúdo das normas imanescentes à natureza, deduzidas da natureza, enreda-se nas mais insuperáveis contradições" (KELSEN, 2006, p.244-245).

² Tradução livre de: "[...] tanto en la legitimación de la dictadura ('la ley es la ley') como en la deplorable conducta de la abrumadora mayoría de los juristas alemanes, incluidos algunos de elevada categoría intelectual" (BORDA, 2009, p.xii).

³ Apesar disso, e embora fuja do escopo desta investigação, sobre a obra Carl Schmitt, é interessante observar: "O caráter intrinsecamente polêmico da obra schmittiana quer dizer que as posições formuladas por Schmitt – melhor dizendo: o modo de sua formulação – variam tendo em conta o contexto em que emergem, e que, conseqüentemente, as considerações destas mesmas posições fora de sua dimensão polêmica, a consideração de cada posição concreta a partir de uma unilateralidade que a absolutize, faz com que a unidade da obra schmittiana se perca, adquirindo esta um aspecto ocasionalista e mesmo, nessa medida, intrinsecamente contraditório. Em geral, as interpretações unilaterais da obra de Schmitt justificam-se pela omissão ou desvalorização de

intelectuais que não se puseram a serviço da repressão (o pensamento de Radbruch caminhou no sentido de responder à necessidade de neutralização dos abusos estatais com a garantia do cumprimento de certas exigências ético-estatais mínimas).

Se, em suas teorizações antes da Guerra, Radbruch entendia que a grande missão do ordenamento jurídico é a segurança jurídica e a paz (a segunda missão seria a justiça), os horrores do nazismo fizeram-no modificar (ou, para alguns, desenvolver) seu pensamento.⁴

No Pós-Guerra, Radbruch construiu a tese de que o conflito entre justiça e segurança jurídica deve ser resolvido com a primazia do direito positivo, ainda que injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável que esse falso direito extremamente injusto deva ceder diante da justiça (BORDA, 2009, p.xv-xvi).

seus textos e posições que não estejam subsumidos na proposta de interpretação apresentada" (SÁ, 2009, p.663). Agamben, por exemplo, indica que a tentativa mais rigorosa de construir uma teoria do estado de exceção é obra de Carl Schmitt (AGAMBEN, 2004, p.53). Acerca do decisionismo, segundo Schmitt, a "ordem jurídica, como toda ordem, respousa em uma decisão e não em uma norma" e o soberano "é aquele que tem o monopólio da última decisão" (SCHMITT, 2006, p.11 e 14, respectivamente).

⁴ Um debate que cerca a figura de Radbruch é aquele entre os que defendem a descontinuidade da obra do autor, nos períodos antes e Pós-Guerra, e entre aqueles que defendem a continuidade. A suposta descontinuidade de Radbruch, após o terror nacional-socialista e o Holocausto, poderia ser atribuída ao advento da filosofia existencialista e ao renascimento da teologia na vida intelectual e espiritual alemã. Parte dos estudiosos da obra do autor afirma que Radbruch abandonou o relativismo e o racionalismo de sua primeira fase em prol do direito natural do reconhecimento de que a justiça deve prevalecer sobre a segurança jurídica e eficácia do direito. Por sua vez, aqueles que defendem a continuidade da obra apontam para um desenvolvimento natural do seu pensamento, uma vez que Radbruch nunca considerou suas últimas obras como retificadoras de seus primeiros escritos (TAMAYO Y SALMORÁN, 2003, p.xi-xii). Paulson (2006, p.19) é exemplo dos que defendem a tese da não ruptura: "Radbruch não poderia ter sido 'convertido' em relação ao positivismo jurídico [...]. Nos primeiros tempos, Radbruch já defendia um critério de base no sentido de que 'a lei é realidade cujo significado (*Sinn*) é para servir à justiça" (tradução livre de: "*Radbruch could not have been 'converted' from legal positivism [...]. In his earlier period, Radbruch had already defended a basal criterion to the effect that 'law is the reality whose meaning (*Sinn*) is to serve justice*"). Vigo (2006a, p.15), por sua vez, é exemplo daqueles que percebem uma descontinuidade: "Os artigos escritos na década de quarenta apontam inequívocas transformações em aspectos substanciais que resultam decisivos para coincidir com aqueles que apontam uma descontinuidade no autor em estudo" (tradução livre de: "*Los artículos escritos en la década del cuarenta señalan inequívocas transformaciones en aspectos substanciales que resultan decisivos para coincidir con aquellos que señalan una discontinuidad en el autor en estudio*"). Essa discussão, embora instigante, não será aprofundada aqui, pois exigiria a análise de todos os escritos de Radbruch e de aspectos de suas teorizações que se afastam do argumento de injustiça (objeto central deste trabalho). Apenas serão apontadas algumas mudanças ou permanências em suas posições.

O pano de fundo de toda a obra de Radbruch é a escola da Filosofia dos Valores⁵, um amplo movimento que abarca uma grande quantidade de correntes, que têm em comum o idealismo transcendental de Kant.⁶

Radbruch parte da distinção metodológica entre realidade e valor, entre ser e dever ser e entre natureza e cultura apontando quatro atitudes fundamentais do espírito humano: atitude não valorativa, atitude valorativa, atitude referida à realidade e aos valores e atitude religiosa.

Sobre a primeira delas, afirma: "O primeiro acto do espírito consiste em reivindicar o próprio Eu, libertando-o dos dados da experiência, contrapondo aquele e esta, e separando aquilo que é um 'valor' daquilo que é 'realidade'" (RADBRUCH, 1979, p.40). Esse primeiro ato do espírito, atitude não valorativa, redonda no pensamento científico das ciências naturais e é extraído da experiência.

No entanto, quando o pensamento científico, em uma atitude valorativa, busca apreender uma escala de valorações, das normas e das relações entre essas normas (obtida no mundo dos valores, que possui uma natureza extratemporal para além de toda realidade), está-se frente à filosofia em geral (MONCADA, 1979, p.24).

Há, também, uma posição intermediária entre as atitudes não valorativa e valorativa do espírito: a atitude referida à realidade e a valores, ou seja, a atitude

⁵ "Fundada por Windelband e Rickert, paralelamente ao chamado movimento neokantiano de Marburgo (Cohen e Natorp), não tarda em tomar pouco depois as mais variadas direções" (MONCADA, 1979, p.14).

⁶ Segundo Kant (2009, p.110-112), existem dois mundos: o ser racional é parte do mundo sensível (natureza) e do mundo inteligível (razão). O mundo inteligível contém o fundamento do mundo sensível e, por isso, o ser racional se submete às leis do mundo inteligível, devendo considerar como imperativos as ações conforme essas leis. Essa distinção tem implicações no conhecimento. Afirma Galvão (2009, p.xi) que, segundo o idealismo kantiano, não é possível ao ser humano conhecer a coisa em si (*noumeno* incognoscível), pois o ser humano apenas pode conhecer as coisas da forma como elas aparecem a ele, como *fenômenos*. Isso se dá porque o conhecimento somente é possível a partir das seguintes formas *a priori* (que independem da experiência): do entendimento (são as *categorias* ou conceitos puros, dentre os quais estão os da casualidade e da substância), da sensibilidade (são as formas do espaço e do tempo, que são aspectos da mente humana) e da razão propriamente dita (LUDWIG, 2006, p.59). É importante observar que essas estruturas (chamadas transcendentais) representam as condições sem as quais não é possível a experiência de nenhum objeto (PEREBOOM, 2009). Saldanha e Andrade (2008, p.28) ressaltam que a revolução operada por Kant foi conferir ao sujeito a iniciativa na elaboração do material do conhecimento. Dessa maneira, o "conhecimento resulta antes de uma espécie de *projecção* da estrutura de nossa mente no mundo" (GALVÃO, 2009, p.xii), de maneira que o real passa a ser uma construção do sujeito transcendental, ou seja, a realidade é produzida pelas ideias do sujeito (LUDWIG, 2006, p.58). No entanto, se a estrutura da razão é universal (ou seja, é a mesma para todos os sujeitos, tempos e lugares), os conteúdos dela provêm da experiência: "Sem a experiência a consciência seria vazia de conteúdos" (LUDWIG, 2006, p.58). Eis, em apertada síntese, o idealismo transcendental kantiano.

referida à cultura. A cultura é a *aspiração*, não necessariamente a *concretização*, a valores como o belo, a verdade e o justo. Por isso, a cultura é

[...] uma mistura de humanidade e barbárie, de bom e mau gosto, de verdade e erro, mas sem que qualquer de suas manifestações (quer elas contrariem, quer favoreçam, quer atinjam quer não a realização dos valores) possa ser pensada sem referência a uma ideia de valor [...]. Certamente, a Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto de dados que tem para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar (RADBRUCH, 1979, p.41-42).

A arte, a moral e o direito são exemplos de fenômenos culturais.

Radbruch ainda se refere a uma quarta atitude do espírito: a atitude religiosa, que supera a antítese entre valor e realidade. Segundo o autor, às quatro atitudes do espírito

[...] corresponde, portanto, uma quádrupla forma que para nós podem revestir os dados da experiência. É essa quádrupla forma é que se exprime nestas palavras: Ser, Valor, Sentido e Essência. Também poderíamos exprimir da seguinte maneira a relação em que se acham esses quatro reinos uns para com os outros: – Natureza e Ideal, como dois polos opostos. Por sobre o abismo que os separa, apenas duas passagens ou ligações possíveis: ou a da ponte jamais concluída da Cultura, ou, sempre pronto para atingir a meta, o grande par de asas da religião (RADBRUCH, 1979, p.43-44).

O direito, para Radbruch, não pode ser analisado sob a atitude não valorativa, uma vez que seu sentido cultural é estar a serviço do valor justiça; a análise do direito, em uma atitude valorativa (relativa ao mundo do dever ser), é efetuada pela filosofia do direito; à luz da cultura, a análise se dá pela ciência jurídica; à luz da religião, a análise do fenômeno jurídico se dá pela filosofia religiosa do direito (superadora dos valores).⁷

No entanto, afirma Radbruch, a filosofia do direito, não dá a última palavra acerca do conceito de direito, que parece "pertencer mais à ciência jurídica do que a filosofia" (RADBRUCH, 1979, p.85), tendo em vista que não se pode olvidar que o direito é um fenômeno cultural que não exclui o direito injusto. Isso se explica pelo

⁷ A filosofia religiosa do direito não será abordada neste trabalho. Para aprofundamento, vide Radbruch (1979, p.197 e segs.).

fato de que o sentido do direito é *pretender* realizar, e não, necessariamente, realizar, o justo (RADBRUCH, 1979, p.45). Logo, a atitude referida à realidade e a valores é a que permite "apreender a verdadeira natureza do direito como sector duma realidade espiritualizada, ou do mundo do ser a que se chama cultura" (MONCADA, 1979, p.24).

Além das quatro atitudes fundamentais do espírito humano, a originalidade do pensamento de Radbruch encontra base no seguinte tripé: racionalismo, relativismo e teoria das antinomias contidas na ideia de direito (MONCADA, 1979, p.24-25).

Segundo Bretones (2003, p.60) Radbruch é "[...] racionalista porque confia que, por meio da razão, se pode conhecer melhor o mundo; relativista porque não se pode demonstrar 'racionalmente' a superioridade de uma ideologia política sobre as demais"⁸.

O racionalismo de Radbruch significa asseverar, assim como Kant⁹, o papel preponderante da razão no processo cognoscitivo, pois os fatos não são fonte única de todo o conhecimento. Disso decorre que os juízos de valor "não podem fundar-se *indutivamente* sobre a verificação do existente, mas só *dedutivamente*" sobre outros valores de igual natureza (RADBRUCH, 1979, p.48). Radbruch ressalta que os preceitos normativos últimos dos quais dependem os demais são indemonstráveis e de impossível conhecimento e, por isso, são apenas objeto de "adesão espontânea" (p.52).

Desse limite do racionalismo, deriva-se o relativismo de Radbruch: como os valores e os juízos de valor não podem ser objeto do conhecimento teórico, pois são indemonstráveis pela razão,

[...] só poderão aspirar a uma absoluta e universal validade dentro dum determinado sistema de ideias já previamente escolhido e organizado por nós em função dos valores cardiais que elegemos, mas cujo valor supremo e polar será sempre indemonstrável pela razão. [...] [Radbruch] permanece fiel ao kantismo e ao neokantismo [...] e é essa atitude que o leva também, em política, para a Democracia [...]. (MONCADA, 1979, p.26).

⁸ Tradução livre de: "[...] racionalista, porque confía en que a través de la razón se puede conocer mejor el mundo; relativista, porque no puede demostrarse 'racionalmente' la superioridad de una ideología política sobre las demás" (BRETONES, 2003, p.60).

⁹ "O criticismo kantiano procura instaurar um justo uso da razão, após fazer uma triagem daquilo que lhe é possível e daquilo que lhe escapa" (SALDANHA; ANDRADE, 2008, p.26).

Em vista do seu relativismo, a princípio, o autor sustentava, taxativamente, que não seria possível fundamentar teoricamente uma doutrina de valores (MONCADA, 1979, p.28). No entanto, as teorizações do Pós-Guerra levarão Radbruch a propor que o direito possui princípios básicos que se chamam direito racional ou natural. Reconhece, ainda, que esses princípios básicos estão rodeados de dúvidas, mas afirma que o trabalho dos séculos estabeleceu uma relação de direitos reconhecida nas declarações de direito dos homens. Contra as objeções, Radbruch argumentará que apenas um ceticismo exagerado poderia negar-lhes reconhecimento (RADBRUCH, 2009b, p.71). Esse relativismo, no Pós-Guerra, parece manter-se ainda mais forte, mas aparece um limite: afirma Radbruch (2009c, p.8) que "o relativismo é a tolerância geral; somente não é tolerância diante da intolerância"¹⁰.

Vigo (2006a, p.22-23), no entanto, pondera que uma das deficiências das teorizações de Radbruch é a falta de precisão a respeito de algumas questões filosóficas complexas dentre as quais estão aquelas que se referem aos valores.¹¹ Essa imprecisão, em alguma medida, afetaria a solidez e clareza de sua teoria, mas não desqualifica o fato de que a filosofia de Radbruch tem por base uma forte presença do homem e da humanidade sob os rótulos de direitos humanos, liberdade e direito universal, bem como o fato de que o seu kantismo abriu caminho para questionamentos acerca da razão prática.

O terceiro pilar do pensamento de Radbruch é a ideia das antinomias dentro do direito. Para Radbruch, a ideia de direito é constituída por três elementos: a ideia de justiça (momento formal e universal do direito), a ideia do fim último para o qual o direito é meio (momento material referenciado ao conteúdo ético e político da lei) e a ideia de segurança ou paz social da qual o direito é instrumento (momento positivo e estável).

Esses três elementos, reconhece Radbruch, formulam ideias antagônicas e irreconciliáveis muitas vezes. Por conta disso, Radbruch não buscou solucionar essas contradições, mas apenas problematizá-las (MONCADA, 1979, p.30-31), ao menos em

¹⁰ Tradução livre de: "*o relativismo es la tolerancia general; solamente no es tolerancia frente a intolerancia*" (RADBRUCH, 2009c, p.8).

¹¹ Crítica análoga será feita por Eugenio Bulygin às teorizações de Robert Alexy (conforme será exposto no Capítulo 3).

suas primeiras teorizações. No Pós-Guerra, no entanto, foi a tentativa de enfrentamento dessas contradições que levou à formulação do argumento de injustiça.

Ainda que o propósito deste trabalho não seja a reconstrução exaustiva da história pessoal de Radbruch, uma breve aproximação do contexto histórico, bem como breves apontamentos de sua biografia são essenciais para o aprofundamento das considerações acerca do pensamento do autor feitas até aqui. Os horrores da Guerra, o comprometimento do autor com a realidade social e sua atuação política parecem ter sido essenciais na construção e no aprimoramento de seu pensamento científico.

A história de Radbruch (nascido em Lübeck em 1878, no norte da Alemanha) estendeu-se por quatro períodos da história constitucional alemã: o império do Kaiser (que desembocaria na Primeira Guerra Mundial), a República de Weimar, a ditadura nacional-socialista e o período de reconstrução do Estado de direito alemão (BRETONES, 2003, p.1) até a promulgação da Constituição de 1949 – ano em que morre Radbruch. Segundo Bretones, Radbruch

[...] veio ao mundo durante o período de Bismark, foi soldado na Primeira Guerra Mundial, viu forjar-se a Primeira República alemã, participando ativamente na política, [...] e, após a II Guerra Mundial, colaborou com a Segunda República para que, nem toda Alemanha, mas a República Federal, ante aos olhos atentos do mundo, começasse a levantar-se praticamente "do nada" (BRETONES, 2003, p.1).¹²

Radbruch formou-se em direito em 1901, e a continuidade de seus estudos o levaria habilitar-se em direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Iniciou a docência com 26 anos¹³, e essa vocação pedagógica parece ter impulsionado

¹² Tradução livre de: "*[...] vino al mundo durante el periodo de Bismark, fue soldado de la Primera Guerra Mundial, vio forjarse la Primera República alemana, participando activamente en la política, [...] y tras la Segunda Guerra Mundial colaboró con la Segunda República para que ya no toda Alemania, sino la República Federal, y ante la mirada atenta del mundo entero, comenzase a levantarse de prácticamente 'la nada'*" (BRETONES, 2003, p.1).

¹³ Lecionou em Heidelberg em Königsberg e Kiel. Em Heidelberg fazia parte de um círculo de discussões científicas do qual fizeram parte Max Weber e Georg Jellinek. As influências mais marcantes sobre o autor são o pensamento de Arthur Schopenhauer e o positivismo de Von Liszt. Em 1906, investigou os problemas da instituição penitenciária de Bruchsal donde concluiu haver na prisão mais humanidade do que criminalidade. Por isso, sempre teve olhos críticos para as penas de prisão. Radbruch defendia que, na medida do possível, as condições de vida na prisão deveriam ser próximas das condições de vida fora da prisão (BRETONES, 2003, p.27-28).

Radbruch a escrever *Introdução à Ciência do Direito* ¹⁴, livro destinado aos iniciantes na carreira jurídica (BRETONES, 2003, p.14 e 24). Alguns excertos dessa obra, referentes à relação entre direito e moral, são suficientes para destacar a posição do autor nos primeiros momentos de suas teorizações.

Radbruch afirma que as leis do direito têm lugar entre as demais leis existentes (da natureza, da moralidade e do costume, da lógica e da estética) e que "as regras do agir bom, adequado e justo produzem a moralidade, o costume e o direito" (RADBRUCH, 2010, p.1). Ressalta que a diferença entre direito e moral é marcada pelas palavras "exterioridade" do direito e "interioridade" da moral. A "verdadeira área do domínio da moral é o espírito humano: nada neste mundo, diz Kant, pode ser reconhecido sem restrições como bom, com exceção da boa vontade" (p.4).¹⁵ Por sua vez, o direito submete apenas o comportamento exterior – os casos em que a lei se ocupa do caráter, por exemplo, nos casos de premeditação ou caráter antissocial do criminoso, são explicados pelo fato de que o direito encontrou no caráter a fonte de ações exteriores (p.5).

Radbruch afirma que um comportamento não é moral apenas por corresponder externamente à moral, mas um comportamento é moral quando "se age por respeito à lei moral, por causa da consciência e do sentimento do dever" (RADBRUCH, 2010, p.4). Ainda, ressalta, a lei moral vale para o homem em sua individualidade, enquanto a norma jurídica rege os homens em sua existência em comunidade.

Interessante notar que, a princípio, Radbruch (2010, p.8) critica aqueles que defendem uma separação menos rigorosa entre moral e direito – ou declarando que a essência do direito é guarnecer com coação alguns preceitos morais, ou declarando que a tarefa da moral é conferir mais força à ordem jurídica. Radbruch sustenta com veemência que, de um lado, estariam os preceitos do costume – que se diferencia do direito pela menor significação do costume na vida comunitária – e o próprio direito, enquanto, do outro lado, estariam os mandamentos morais.

¹⁴ Sua primeira edição foi publicada em 1910, mas foi praticamente reescrita por Radbruch em 1919. A tradução utilizada neste trabalho foi feita com base na segunda edição de 1919.

¹⁵ Para Kant (2009, p.100), "vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma e a mesma coisa", pois uma vontade boa é aquela cuja máxima pode ser considerada lei universal. Então, tendo em vista a lei da causalidade, por que existiriam atos errados (não conformes à razão)? O autor responde que a vontade submetida a leis morais não é aquela que age sempre conforme essas leis, mas é aquela que agiria assim caso a razão controlasse sempre as inclinações empíricas.

No entanto, salienta o autor, "não se pode deduzir uma total ausência de relacionamento entre essas duas áreas" (RADBRUCH, 2010, p.10), pois o direito e o costume não podem justificar a coação que exercem, ou seja, direito e costume não podem justificar sozinhos a sua própria legitimidade. O direito e o costume têm, como alicerce de sua legitimidade, a moral. Ainda, "[...] se a justificativa moral das normas jurídicas não puder ser procurada na moralidade de seu conteúdo, tal fato não exclui a possibilidade de encontrá-la na moralidade de sua finalidade" (p.10).

Dessa maneira, mesmo em suas primeiras reflexões, é possível encontrar ligação entre a legitimidade de uma norma jurídica e a moral. Apesar disso, é importante ressaltar que Radbruch faz críticas à crença das diversas correntes do direito natural de que seria possível identificar o direito justo.

Segundo Bobbio (2001, p.56), "a teoria do direito natural é aquela que se considera capaz de estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido". A questão é identificar aquilo que "existe" por natureza e aquilo que "é" por convenção entre os seres humanos. Essa distinção já era apontada por Aristóteles que afirmava que uma parte da justiça é de origem natural e outra é fundada na lei.¹⁶

Bobbio (1995, p.19-20) salienta que, no período Medieval, os critérios de distinção entre o direito positivo (aquele posto pelos homens) e o direito natural (que é posto por algo ou alguém, como a natureza ou Deus) foram formulados por diversos autores. Por exemplo, a *lex naturalis* e a *lex humana* referenciadas por São Tomás de Aquino são correspondentes ao direito natural e ao direito positivo:

É dos preceitos da lei natural, enquanto princípios gerais e indemonstráveis, que a razão humana precisa partir para a determinação mais particular de certas questões. Essas determinações particulares, projetadas pela razão humana, são chamadas de leis humanas [...] (TOMÁS DE AQUINO, 2002, p.55).¹⁷

¹⁶ "A justiça política é em parte natural, em parte convencional. Uma regra de justiça natural é aquela que apresenta idêntica validade em todos os lugares e não depende de nossa aceitação ou inaceitação. Uma regra convencional é aquela que, em primeira instância, pode ser estabelecida de uma forma ou de outra, indiferentemente, ainda que, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente" (ARISTÓTELES, 2002, p.151).

¹⁷ Além da lei natural e da lei humana, Tomás de Aquino aponta a existência da lei eterna, por meio da qual todas as coisas estão em máxima ordem, e da lei divina, que a lei dada por Deus aos seres humanos e pela qual todos os pecados são proibidos. A lei natural é a participação humana na lei eterna (TOMÁS DE AQUINO, 2002, p.53-56).

Essas primeiras distinções de Aristóteles em conjunto com as distinções dos jusnaturalistas do período Medieval em diante levaram Bobbio a destacar seis critérios para identificação do direito natural: i) o direito natural vale em toda parte; o direito positivo vale apenas em alguns lugares; ii) o direito natural é imutável no tempo; o direito positivo pode mudar; iii) a fonte do direito natural e a natureza; a fonte do direito positivo é o poder do povo; iv) o direito natural é conhecido pela nossa razão; o direito positivo é conhecido pela promulgação; vi) os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos; os comportamento regulados pelo direito positivo assumem dada qualificação somente quando disciplinados pelo direito positivo; vii) "o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil" (BOBBIO, 1995, p.22-23).

No entanto, afirma Bobbio, a pretensão de estabelecer o que seja universalmente justo, não foi alcançada, pois não há consenso entre os seguidores dessa escola sobre o que seria o justo:

Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) a liberdade era natural; mas, para Aristóteles, era natural a escravidão. Para Locke, era natural a propriedade individual, mas para todos os utopistas socialistas, [...], a instituição mais adequadas à natureza humana era a comunhão de bens (BOBBIO, 2001, p.56).

Radbruch apontou o mesmo o problema: opiniões divergentes quanto à meta e à configuração da ordem jurídica foram apresentadas como "naturais" de modo que foi impossível à ciência definir qual opinião seria a mais viável. Em vista disso, como a ordem comunitária exige regulação, e como nem a razão e nem a ciência conseguem a façanha de apontar o justo, essa tarefa deve ser assumida pela vontade e pelo poder, ou seja, se não é possível reconhecer o justo, será preciso ordenar o justo. Dessa maneira, não existe outro direito, senão o direito positivo. Radbruch, em sua primeira obra, conclui que "[...] a validade de um preceito jurídico, dessa forma, torna-se independente da justiça de seu conteúdo; um preceito jurídico considerado injusto por aquele a quem se aplica é apenas, ao que parece, uma sentença do poder sem compromisso moral [...]" (RADBRUCH, 2010, p.24).

Diante disso, salienta Radbruch, o juiz, na batalha entre direito e moral, não deverá se influenciar por seu sentimento de justiça, pois a observância de uma lei injusta é um dever moral – a aparente contradição entre direito e moralidade é, na verdade, a colisão entre dois deveres morais. No conflito entre esses valores (legalidade e moralidade), o desprezo ao direito positivo levaria ao anarquismo das concepções jurídicas divergentes em cada caso. Radbruch afirma que

[...] existe uma profissão que, no seu exercício, contém a obrigatoriedade moral de sempre colocar a segurança jurídica diante da justiça: a do operador jurídico. Sacrificar o próprio sentimento jurídico ao preceito jurídico; perguntar apenas o que é de direito, e nunca se também é o justo; possivelmente servir à injustiça em uma profissão que, sem amor à justiça, não pode ser exercida com prazer: essa a tarefa e a tragédia do profissional do direito. [...] Essa mentalidade, adquirida pelo operador jurídico mediante austera disciplina, nunca é compreendida pelo leigo (RADBRUCH, 2010, p.24).

Ciente das contradições da vida do operador jurídico, uma conclusão importante do autor, na *Introdução à Ciência do Direito*, foi a de que, tendo em vista que mais importante é pôr fim ao litígio do que lhe dar um fim justo, a segunda grande tarefa do direito é a justiça; a primeira é a segurança jurídica (RADBRUCH, 2010, p.25).¹⁸

Posteriormente, na obra *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*, publicada em 1932¹⁹, Radbruch reforçará alguns aspectos teóricos da ideia das antinomias contidas no conceito de direito.

¹⁸ A *Introdução à Ciência do Direito* teve como público alvo os alunos de direito. Sobre a profissão, Radbruch faz, ainda, as seguintes considerações: "[...] Exercer justiça é a profissão do operador jurídico apenas na medida em que o direito o indique, de forma expressa ou não. Portanto, somente pode homenagear a justiça se autorizado pelo direito, e deve obediência ao direito onde ele esteja em desacordo com a justiça. A justiça é a finalidade do direito, mas essa finalidade morre tão logo tenha dado vida ao direito, e o direito continua a viver, por mais diferente que seja de seu criador. [...] Portanto, na área do direito, exigimos aquilo que lamentamos em todas as outras áreas da vida como reações lastimáveis da divisão do trabalho: o processo de independência do meio com relação ao fim. [...] O operador jurídico está a serviço da forma, não do objeto, da justiça. [...] Assim, a relação emocional do operador jurídico com o direito não pode ser conhecida através da justiça, que muitas vezes integrará seu conteúdo, mas que muitas vezes também faltará. [...] Mas já vimos antes que mesmo o direito injusto não é inútil, que mediante sua vigência ele já cumpre sua finalidade: a da segurança jurídica. [...] Não é tanto o senso de justiça, mas o senso de liberdade ou senso de ordem, que consegue estabelecer o elo interno com a ciência do direito [...]" (RADBRUCH, 2010, p.227-228).

¹⁹ As considerações a seguir explicam o aparente hiato na produção científica de Radbruch. Em 1914, foi publicada a obra de Radbruch *Fundamentos de la Filosofía del Derecho (Fundamentos da Filosofia do Direito)*. No mesmo ano, Radbruch tornou-se catedrático da Universidade de Königsberg. Casou-se pela segunda vez em 1915, duas semanas antes de sua incorporação ao exército. Radbruch primeiro alistou-se na Cruz Vermelha, mas, depois decidiu alistar-se como voluntário na

O conceito de direito é um conceito cultural (refere-se a valores) e isso conduz a um ideal de direito (ideal refletido nas ideias de justiça, finalidade e certeza jurídica que compõem o direito). Dessa forma, pode-se conceituar o direito como "a realidade cujo sentido consiste precisamente em estar ao serviço desta ideia de direito" (RADBRUCH, 1979, p.159).²⁰

Essa ideia de direito é constituída pela justiça distributiva, ou seja, na igualdade, porque a justiça manda tratar como iguais as coisas iguais, mas manda tratar de forma diferente as coisas diferentes na proporção de sua desigualdade. Todavia, a justiça não responde como fazer isso (RADBRUCH, 1979, p.124). Logo, a ideia de direito não se esgota na justiça porque a justiça somente dá a forma, mas não o conteúdo ao jurídico; da ideia de direito não é possível aferir seu conteúdo:

O direito é apenas a *possibilidade* da moral e por isso mesmo também a possibilidade da imoralidade. Ele torna possível a moral. Não a torna forçosamente necessária, porque o acto moral, por natureza do seu próprio conceito, não pode ser senão um acto de liberdade (RADBRUCH, 1979, p.113).

A ideia de direito, além da justiça, também é constituída pela sua finalidade. A finalidade do direito liga-se à orientação relativista de Radbruch (1979, p.159-160), que afirma que não há uma resposta inequívoca e segura sobre os fins do direito –

infantaria. Fez cursos para oficiais e chegou à categoria de alferes. Voltaria para casa em 1918, retomando a docência em Kiel em 1919 (mesmo ano de publicação da segunda edição da *Introdução à Ciência do Direito*). Radbruch filiou-se ao partido Socialista e, embora ressaltasse o incômodo que lhe causava a contradição entre o seu modo de vida próprio de um intelectual educado nos círculos burgueses e a ideologia de esquerda, parece ter vencido a desconfiança de seus pares partidários tendo em vista sua participação política ativa. Em 1920, foi eleito ao Parlamento (Reichstag). A obra *Fundamentos de la Filosofía del Derecho (Fundamentos da Filosofia do Direito)* foi reimpressa em 1922, com a observação do autor que uma versão da obra revisada seria publicada posteriormente, uma vez que a Revolução Russa e a Primeira Guerra Mundial exigiam o reexame do seu conteúdo, mas sua atividade política lhe impedia, por falta de tempo, de reelaborar a obra. Foi ministro da justiça entre outubro de 1921 e novembro de 1922 e entre 13 de agosto e 02 de novembro de 1923. Em 1926 Radbruch retornou à cátedra de Heidelberg. Em 1928 seria novamente convidado ao Ministério da Justiça, mas, cansado do trabalho na política, não aceitou, pois, segundo ele, a união entre política e ciência não poderia ser duradoura. Em 1932, foi publicada uma versão ampliada da obra *Fundamentos de la Filosofía del Derecho (Fundamentos da Filosofia do Direito)* com o título abreviado de *Filosofía do Direito*. Bretones ressalta que, nas duas versões, a posição de Radbruch segue sendo relativista e racionalista (BRETONES, 2003, p.34-54).

²⁰ Alexy sustenta que a pretensão à correção, base de suas teorizações, é consequência dessa ideia de Radbruch (conforme será exposto em 1.5).

essa resposta depende do ponto de vista e da posição partidária de cada um em harmonia com os fins do Estado.

Dada a impossibilidade de uma resposta única quanto aos fins do Estado, cabe ao direito garantir uma determinada ordem social colocada acima dessa diversidade de opiniões. Essa garantia redundava em um terceiro ingrediente na ideia de direito: a segurança jurídica que, como condição da paz social, exige a positividade do direito. Dessa maneira,

Se não é possível fixar e estabelecer aquilo que é justo, deve ser ao menos possível estabelecer aquilo que ficará sendo o direito, e isso deve estabelecê-lo uma autoridade que se ache em condições de poder impor a observância daquilo que precisamente foi estabelecido. A positividade do direito vem assim a ser, ela própria, um pressuposto da sua certeza. Não pode haver direito certo que não seja positivo; e, do mesmo modo, pode dizer-se que assim como a positividade é da essência do próprio conceito dum direito certo, assim é da essência do direito positivo o ser certo (RADBRUCH, 1979, p.160-161).

Dos três elementos da ideia de direito (justiça, certeza jurídica e fim), somente o fim está sujeito ao relativismo, sendo a segurança jurídica a preocupação primordial do direito (RADBRUCH, 1979, p.161). Esses três componentes da ideia de direito condicionam-se e exigem-se mutuamente, mas, ao mesmo tempo, contradizem-se. Quando as ideias de justiça e fim colocam-se em oposição à ideia de segurança do direito, é preciso a incondicional validade dos preceitos que o poder, por detrás do direito, estabeleceu – embora o autor reconheça que a exigência de segurança jurídica

[...] leva muitas vezes a traçar limites demasiadamente precisos aí onde a vida apenas conhece subtis transições, ou a contentar-se, para a caracterização de certas situações, só com sintomas exteriores, em vez de atender aos factos interiores propriamente vividos e mais significativos (RADBRUCH, 1979, p.164).

Sobre a obrigatoriedade do direito, conclui Radbruch, na *Filosofia do Direito*, qualquer que seja a injustiça do conteúdo, o juiz é obrigado a considerar válido e obrigatório todo direito estabelecido, devido à inviolabilidade da segurança do direito (RADBRUCH, 1979, p.182-183).

No entanto, a partir de 1933, as reflexões do autor começariam a tomar outros rumos. Radbruch, no artigo

[...] "Strafrechtsreform und National-sozialismus" ("Reforma do direito penal e nacional-socialismo"), escrito em 1933 e publicado em Viena, faz uma crítica aberta a esse regime político chegando a sustentar que esse sistema teria um direito penal que poderia ser qualificado de "terrorista" (BRETONES, 2003, p.61).²¹

Ainda nesse período turbulento, no qual se iniciaria, segundo Bretones (2003, p.63), a etapa mais dura da vida do autor com a chegada dos nazistas ao poder, no artigo intitulado *El relativismo en la Filosofía del derecho (O relativismo na Filosofia do Direito)*, Radbruch defende que o relativismo jurídico parte da tese de que o conceito de direito justo somente é válido "com base no pressuposto de uma determinada situação da sociedade e de um sistema concreto de valores" (RADBRUCH, 2009c, p.2).²²

Isso significa que o direito justo não é reconhecível e nem demonstrável, de maneira que o ato do legislador não é um ato de verdade, mas um ato de autoridade. Logo, se o Estado tem o poder de legislar, tem a obrigação de respeitar determinadas liberdades dos sujeitos de direito, de maneira que o direito positivo reclama um Estado de direito e uma divisão de poderes.

Ainda, o pressuposto de que os homens devem ser tratados como iguais implica que o relativismo reclama um Estado de direito e a democracia, uma vez que uma maioria não pode estabelecer uma ditadura que não se possa destituir pelas maiorias do futuro (RADBRUCH, 2009c, p.4-7). Dessa maneira, conclui Radbruch:

²¹ Tradução livre de: "[...] 'Strafrechtsreform und National-sozialismus' ('Reforma del derecho penal y nacionalsocialismo'), escrito en 1933 y publicado en Viena, hace una crítica abierta a este régimen político llegando a sostener que este sistema tenía un derecho penal que podría ser calificado de 'terrorista'" (BRETONES, 2003, p.61).

²² Tradução livre de: "con base en el presupuesto de una determinada situación de la sociedad y un sistema concreto de valores" (RADBRUCH, 2009c, p.2).

A democracia pode renunciar a favor de uma constituição ditatorial, mas não pode renunciar seu direito de decidir sobre a própria Constituição [...]. O relativismo é a tolerância geral, somente não é a tolerância frente à intolerância. [...]. A destruição de todos os poderes irracionais e não razoáveis, a liberação do poder congênito da ideia, o salto da necessidade à liberdade é o socialismo (RADBRUCH, 2009c, p.7-8).²³

Em plena ascensão do nazismo o autor afirma a necessidade de respeito aos direitos humanos, ao Estado de direito, à divisão de poderes, à soberania popular, à liberdade e à igualdade, bem como professa ideais socialistas. Por isso, em 1933, os nazistas o destituem da cátedra com o fundamento de que sua personalidade e atividade política não ofereciam garantias de que pudesse servir ao Estado Nacional sem reservas.²⁴ Apenas em 1945, Radbruch seria reconduzido ao cargo de catedrático com base na injustiça de destituição²⁵ e produziria os seus escritos Pós-Guerra, nos quais introduz em suas teorizações a chamada fórmula de Radbruch.

Em 1946, no artigo *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal (Arbitrariedade legal e direito supralegal)*, Radbruch relata que o Pós-Guerra se viu frente a problemas provocados pela práxis em contraposição ao princípio "lei é lei", expressão do positivismo que não conhecia nenhuma limitação. Para solucionar esse impasse, decisões foram tomadas no sentido de afirmar que leis que se opõem ao direito

²³ Tradução livre de: "*La democracia puede renunciar a favor de una Constitución dictatorial, pero no puede renunciar su derecho a decidir sobre la propia Constitución. [...] El relativismo es la tolerancia general; solamente no es tolerancia frente a intolerancia. [...] La destrucción de todos los poderes irracionales e irrazonables, la liberación del poder congénito de la idea, el salto de la necesidad a la libertad, es el socialismo*" (RADBRUCH, 2009c, p.7-8).

²⁴ Durante os anos que se seguiram, Radbruch trabalhou na biografia de Anselmo Feuerbach, mas não encontrou, na Alemanha, nenhuma editora que se dispusesse a publicá-la devido a sua situação política (o livro seria publicado em Viena). Radbruch foi convidado a ensinar em universidades estrangeiras, mas foi obrigado pelo Ministério do Exterior a não aceitar o convite de uma universidade da Lituânia; recusou os convites da Law of School de Nova York e de universidades de Lyon e Zurich. Em 1935, aceitou o convite para ir a Oxford. Uma nota triste da vida do autor: em 1932 morre sua filha (Radbruch terminaria, como homenagem, a tese doutoral que a filha não teve tempo de terminar); em 1942 morre seu filho, ferido no campo de batalha. Os dois filhos morreram aos 23 anos. O refúgio do escritor foram os trabalhos intelectuais (BRETONES, 2003, p.67-75).

²⁵ Embora lutando contra as limitações do Mal de Parkinson, como decano da Faculdade de Direito de Heidelberg, Radbruch buscou reestabelecer a autonomia acadêmica e os trabalhos de pesquisa, além de facilitar a volta dos estudantes que estiveram na guerra ou no cárcere (BRETONES, 2003, p.77).

natural são nulas desde o momento de sua expedição.²⁶ Daí conclui-se que a "segurança jurídica não é o único e decisivo valor que deva realizar o direito" (RADBRUCH, 2009a, p.35)²⁷, de maneira que o positivismo não pode, sozinho, fundamentar a validade das leis.

Radbruch salienta que junto à segurança jurídica encontram-se outros dois valores: a conveniência (finalidade) e a justiça, sendo que, na hierarquia desses valores, a conveniência para o bem-estar da comunidade vem em último lugar: "O direito não é, certamente, tudo que é útil ao povo, na verdade, somente é útil ao povo o que é direito, o que cria segurança jurídica e tende à justiça" (RADBRUCH, 2009a, p.34).²⁸

Radbruch reafirma suas primeiras teorizações ao indicar que um conflito entre segurança jurídica e justiça é um conflito entre a justiça consigo mesmo, uma vez que a segurança jurídica é um mandamento da justiça. Para evitar a anarquia, nesse conflito, deve haver primazia do direito positivo, mesmo que seu conteúdo seja injusto. No entanto, essa é a novidade, quando a contradição for de tal maneira insuportável, o direito extremamente injusto deve ser considerado "como 'falso direito' e ceder o lugar à justiça" (RADBRUCH, 2009a, p.35).²⁹

Ainda, segundo o autor, partes do direito nacional-socialista nunca alcançaram a dignidade de direito válido tendo em vista que ultrapassaram o limite do "umbral da injustiça" tornando-se arbitrariedade legal, pois

²⁶ Radbruch analisou o caso do funcionário da justiça Puttfarken que, no Pós-Guerra, foi condenado à prisão perpétua, por ter, no auge do Nacional-socialismo, denunciado Göttig, que foi condenado à morte pelo delito de alta traição. Göttig foi condenado por ter feito uma inscrição em um lavabo na qual se lia que Hitler era um genocida e criminoso de guerra e por escutar rádios estrangeiras (vide RADBRUCH, 2009a, p.26-33).

²⁷ Tradução livre de: "[...] *seguridad jurídica no es el único y decisivo valor que deba realizar el derecho*" (RADBRUCH, 2009a, p.33).

²⁸ Tradução livre de: "*De ninguna manera es derecho todo lo que es útil al pueblo, sino que en último término solo es útil al pueblo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y tiende a la justicia*" (RADBRUCH, 2009a, p.34).

²⁹ Tradução livre de: "*como 'falso derecho' y ceder el paso a la justicia*" (RADBRUCH, 2009a, p.35).

[...] quando nunca se procurou a justiça, onde a igualdade, que integra o núcleo da justiça, negou-se à regulação do direito positivo, ali a lei não é somente "direito incorreto", mas carece por completo da natureza de direito, pois não se pode definir o direito, inclusive o direito positivo, de outra maneira que como uma ordem e estatuto, que, de acordo com seu sentido, estão determinados a servir à justiça. [...] O caráter de direito está ausente, ainda, em todas as leis que tratavam os seres humanos como bestas e negavam-lhes os direitos humanos (RADBRUCH, 2009a, p.35-36).³⁰

Para Radbruch, diante da arbitrariedade legal é preciso buscar a realização das exigências da justiça – ainda que com o menor sacrifício possível da segurança jurídica. O autor se refere ao Estado de direito como "pão de cada dia, como a água para beber e o ar para respirar"³¹, por isso, somente a democracia garante o Estado de direito (RADBRUCH, 2009a, p.41).

Em 1948, é publicada a *Introducción a la Filosofía del Derecho (Introdução à Filosofia do Direito)*, compilação das anotações de dois alunos do mestre, revisadas por Radbruch, de um curso proferido em 1947 (RADBRUCH, 1951, p.7-8).

O autor reafirma a ideia de que, embora distintos pelo conteúdo, o direito e a moral são unidos por um vínculo duplo: "A moral é o fundamento sobre o qual repousa a validade da lei, porque o fazer a moral possível é uma meta do ordenamento jurídico" (RADBRUCH, 1951, p.56).³² Também, retoma a ideia de antinomias no direito: a justiça é pauta axiológica do direito e meta do legislador (na forma distributiva no direito público e na forma comutativa no direito privado), mas não é possível, a partir da ideia de justiça, responder à questão de como há de se tratar os desiguais. Conclui, dessa maneira, que a justiça somente determina a forma da lei e não seu conteúdo, pois o conteúdo relaciona-se com a ideia de finalidade do direito. Ainda insiste

³⁰ Tradução livre de: "[...] cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad, que integra el núcleo de la justicia, se negó conscientemente a la regulación del derecho positivo, allí la ley no es solo 'derecho incorrecto', sino que carece por completo de la naturaleza del derecho, pues no se puede definir el derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como una orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia. [...] El carácter de derecho está ausente además en todas las leyes trataban a los seres humanos como bestias y les negaban los derechos humanos" (RADBRUCH, 2009a, p.35-36).

³¹ Tradução livre de: "el pan diario, como el agua para beber y el aire para respirar" (RADBRUCH, 2009a, p.41).

³² Tradução livre de: "La moral es el fundamento sobre que descansa la validez del Derecho, porque el hacer posible la moral constituye una meta del orden jurídico" (RADBRUCH, 1951, p.56).

na ideia do relativismo, no entanto ressalta que seria um direito absolutamente injusto a total negação dos direitos do homem (RADBRUCH, 1951, p.31-35).

Sobre a segurança jurídica, Radbruch reafirma que ela é consequência da impossibilidade de definição do direito justo (somente resta a possibilidade de instituição do direito por meio de um poder que tenha força para impô-lo). Assim, a segurança jurídica reclama a vigência do direito positivo.

Essas três ideias são complementares (justiça, finalidade e segurança jurídica), mas, conforme já havia apontado nas suas primeiras obras, existem antagonismos latentes. A novidade é que o autor refere-se, agora, à Alemanha nazista e ao conflito entre justiça e finalidade do direito:

Desde 1933 a 1945 (referimo-nos à Alemanha) era proclamado, aos quatro ventos, que era Direito quando convinha ou beneficiava o povo. Acentuava-se com isso, sob a forma mais extrema, a ideia supraindividualista do fim, o ponto de vista intransigente do bem comum e do poder, a total negação dos direitos individuais do homem. Aqui está um exemplo da exaltação da ideia de fim por sobre a justiça. Esta é chamada a reestabelecer a relação de valor entre a individualidade e a coletividade. **A justiça está, ou deve estar, portanto, acima do fim. E também deve preceder o fim o postulado da segurança jurídica** (RADBRUCH, 1951, p.44).³³ (Grifou-se)

Radbruch (1951, p.44) refere-se ainda ao conflito entre justiça e segurança jurídica. Ressalta que a segurança jurídica reclama que o direito positivo, ainda que injusto, seja aplicado, uma vez que a aplicação uniforme de um direito injusto, sem distinções, corresponde à igualdade, que a essência da justiça. No entanto, se o injusto é repartido por todos (iguais e desiguais), é preciso restabelecer a justiça. Assim, o conflito entre a justiça e a segurança jurídica é um conflito da justiça consigo mesma. A solução, nesse caso, é de gradação.³⁴ Quando a injustiça do direito

³³ Tradução livre de: *"Desde 1933 a 1945 (nos referimos a Alemania) se proclamo en todos los tonos que era Derecho cuando convenía y beneficiaba al pueblo. Acentuábase con ello, bajo la forma más extrema, la idea supraindividualista del fin, el punto de vista intransigente del bien común y del poder, la total negación de los derechos individuales del hombre. He aquí un ejemplo de la exaltación de la idea de fin por encima de la justicia. Es ésta, en efecto, la llamada a establecer la relación de valor entre la individualidad y la colectividad. La justicia está, por tanto, o debe estar, por encima del fin. Y también debe anteponerse a éste el postulado de la seguridad jurídica"* (RADBRUCH, 1951, p.44).

³⁴ Ainda sobre o Nazismo, após o final da Guerra observa Radbruch (2009c, p.12): "O poder estatal do Terceiro Reich desrespeitou, sempre e sem pudor, a lei. Os direitos humanos mais sagrados (vida, liberdade e honra) foram pisoteados mil vezes sem sequer o pretexto da legalidade. Nesse regime se permitia tudo o que, segundo a opinião ou a pretensão dos déspotas, beneficiava o

[...] alcance tais proporções que a segurança jurídica garantida pela lei positiva não represente já nada em comparação com aquele grau de injustiça, não há dúvida de que o Direito positivo deverá ceder lugar à justiça. No entanto, regra geral, a segurança jurídica que o Direito positivo confere justificará também, precisamente como forma menor da justiça, a validade do Direito positivo em certa medida injusto (RADBRUCH, 1951, p.45).³⁵

A valorização da justiça vai ao encontro das ideias expostas no artigo *Cinco Minutos de Filosofía del Derecho* (*Cinco Minutos de Filosofía do Direito*), publicado logo após o final da Guerra em 1945. Nesse artigo, Radbruch reafirma suas posições essencialmente democráticas e de proteção aos direitos humanos e faz um elogio ao direito natural³⁶: são como princípios de direito fundamentais que são mais fortes do que qualquer disposição jurídica. Radbruch reconhece que sobre eles há muitas dúvidas, todavia, "[...] o trabalho dos séculos elaborou uma firme reserva, reconhecida nas chamadas declarações de direitos do homem e do cidadão, com tal consenso universal, que a dúvida em relação a muitos deles somente pode ser mantida por ceticismo exagerado" (RADBRUCH, 2009b, p.71).³⁷

Assim, após a Segunda Guerra, nas teorizações de Radbruch é possível identificar a ênfase na justiça (não mais na segurança jurídica); a aceitação de que

povo. Agora importa erigir de novo a segurança jurídica, renovar o vínculo do Estado a sua própria lei, reconstruir o Estado de direito" (tradução livre de: *El poder estatal del Tercer Reich quebranto siempre desvergonzadamente la ley. Los derechos humanos más sagrados (vida, libertad, honor) fueron pisoteados mil veces sin siquiera el pretexto de la legalidad. En ese régimen se permitía todo lo que, según la opinión o la pretensión de los déspotas, aprovechaba al pueblo. Ahora importa erigir de nuevo la seguridad jurídica, renovar la atadura del Estado a su propia ley, reconstruir el Estado de derecho*).

³⁵ Tradução livre de: "[...] alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo no representa ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia. Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que el Derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del Derecho positivo en cierta medida injusto [...]" (RADBRUCH, 1951, p.45).

³⁶ Sobre o direito natural, afirma Radbruch (1951, p.24): "Na antiguidade, essa ideia descansava sobre o antagonismo entre a natureza e a convenção (Aristóteles); nos tempos modernos, tem por pano de fundo a antinomia entre razão e o ordenamento coativo (Hugo Grocio, Rosseau)". Tradução livre de: "*En la Antigüedad, esta idea descansaba sobre el antagonismo entre la naturaleza y la convención (Aristóteles); en la Edad Media respondía a la antítesis entre Derecho divino y el Derecho secular (Santo Tomás de Aquino); en los tiempos modernos tiene por fondo la antinomia entre la razón y el orden coactivo (Hugo Grocio, Rousseau)*".

³⁷ Tradução livre de: "[...] el trabajo de los siglos ha elaborado una firme reserva, recogida en las llamadas declaraciones de derechos del hombre y el ciudadano con tal universal consenso, que la duda en relación con muchos de ellos solo puede mantenerse todavía por escepticismo deseado" (RADBRUCH, 2009b, p.71).

princípios suprapositivos estão presentes na ideia de direito; a prevalência da segurança jurídica como uma questão de gradação; a assunção do pressuposto de que normas extremamente injustas não são direito (argumento de injustiça). Além disso, Radbruch introduz, junto com o argumento de injustiça, reflexões sobre os direitos humanos. Segundo Paulson, para Radbruch, "a perspectiva de proteção legal para os direitos humanos foi, talvez, um vislumbre de esperança, em meio à morte e à devastação, o legado do regime Nazista" (PAULSON, 2006, p.40).³⁸

Na década de 90 do século XX, Robert Alexy aponta a importância do argumento de injustiça de Radbruch tendo em vista a seguinte questão: é possível considerar injusto o que em dada época foi considerado direito? Essa pergunta mostra sua pertinência quando a humanidade é colocada diante da necessidade de superação do passado, em especial, das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra e do desrespeito aos direitos humanos antes da derrubada do Muro de Berlim em 1989. Por isso, destaca Alexy, é necessária uma formulação teórica sólida que fundamente a aplicação desse argumento.

1.2 QUADRO CONCEITUAL DE ROBERT ALEXY

O argumento de injustiça proposto por Gustav Radbruch ("direito extremamente injusto não é direito *ab initio*") pressupõe um conceito de direito não positivista, pois argumentos morais são utilizados na discussão acerca do que se poderia definir, no caso concreto, como "injustiça extrema" (VIGO, 2006b, p.46). Por isso, o debate transcende o campo filosófico e enseja consequências práticas importantes, em especial, em momentos de superação de regimes injustos. O alemão Robert Alexy³⁹ enfrenta

³⁸ Tradução livre de: "[...] *the prospect of legal protection for human rights was perhaps a glimmer of hope in the midst of death and devastation, the legacy of the Nazi regime*" (PAULSON, 2006, p.40).

³⁹ Nascido em 9 de setembro de 1945, na cidade de Oldenburg, na Alemanha, Robert Alexy inicia seus estudos em direito em 1968, na Universidade Georg-August, em Göttingen. Em entrevista concedida a Manuel Atienza, afirma Alexy que, durante todo o tempo em que estudou direito, esteve, também, matriculado na faculdade de filosofia, e que isso o levou à filosofia do direito – decisão da qual nunca se arrependeu (ATIENZA, 2001, p.5). Em 1976, conclui sua dissertação *Teoria da Argumentação Jurídica*. Em 1984, habilita-se na faculdade de direito, da Universidade de Göttingen, em direito público e filosofia do direito – o tema de sua habilitação foi *Teoria dos*

essas questões ao fornecer justificações teóricas para a inserção de argumento de injustiça no conceito não positivista de direito elaborado por ele e ao analisar decisões judiciais nas quais o argumento de injustiça foi utilizado como fundamento.

Alexy ressalta que o debate acerca do argumento de injustiça exige precisão teórica porque depende da comprovação da tese de que "existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral" (ALEXY, 2009a, p.27). Essa comprovação é efetuada por Alexy a partir de distinções quanto cinco elementos listados pelo autor: conceitos de direito, sistemas jurídicos, perspectivas, conexões entre direito e moral e argumentos que sustentam ou não a tese da vinculação. O quadro 1⁴⁰ apresenta esses elementos e suas distinções. Esses elementos serão reiteradamente retomados por Alexy ao longo de suas reflexões a respeito do conceito de direito não positivista proposto por ele, bem como do argumento de injustiça.

ITEM	ELEMENTO EM ANÁLISE	DISTINÇÕES	
1	Conceitos de direito	isentos de validade	não isentos de validade
2	Sistemas jurídicos	como sistemas de procedimentos	como sistemas de normas
3	Perspectivas	do observador	do participante
4	Conexões entre direito e moral	classificadoras	Qualificadoras
5	Argumentos que sustentam as teses da separação ou vinculação entre direito e moral	conceitualmente necessários	normativamente necessários

QUADRO 1 - QUADRO CONCEITUAL

FONTE: Alexy (2009a, p.29)

NOTA: Quadro elaborado pela autora.

Direitos Fundamentais. Em 1986, torna-se catedrático da Universidade Christian-Albrechts, em Kiel. Em 1992 publica o livro *Conceito e Validade do Direito* (HECK, 2010, p.7-8). Segundo Vigo (2006b, p.25), a obra de Alexy "encontra-se espalhada em uma grande variedade de artigos, inclusive, publicados em diferentes línguas [...], no entanto, as teses centrais se reiteram, mas encontrando, permanentemente, novos matizes, ajustes, inter-relações e até denominações, o que obriga a uma leitura muito atenta e que não perca de vista alguns núcleos teóricos e propósitos centrais [...]" – tradução livre de: "se encuentra desperdigada en una gran variedad de artículos, incluso publicados en diferente lenguas, [...] en tanto las tesis centrales se reiteran pero encontrando permanentemente nuevos matices, ajustes, interrelaciones y hasta denominaciones lo que obliga a una lectura muy atenta y que no pierda de vista algunos núcleos teóricos y propósitos centrales [...]". Em 2010, foi homenageado, pelo governo alemão, com a Ordem do Mérito da República Federal da Alemanha (<http://www.uni-kiel.de/aktuell/pm/2010/2010-066-alex-verdienstkreuz.shtml>).

⁴⁰ "Dentro desse quadro são possíveis 32 combinações das características contidas nas cinco distinções. Para cada combinação é possível formular tanto a tese de que existe uma relação necessária quanto a de que ela não existe. Sendo assim, há ao todo 64 teses. [...] Essa explicação ganha ainda mais plausibilidade quando se considera que, além das cinco distinções aqui apresentadas, é possível conceber outras, de maneira que a quantidade de teses possíveis poderia exceder 64" (ALEXY, 2009a, p.32-33).

Quanto ao item 1 do quadro (conceitos de direito isentos de validade e conceitos não isentos de validade), Alexy afirma que a discussão sobre os conceitos de direito pode incluir ou não a discussão acerca do contexto institucional da formação, aplicação e imposição do direito, ou seja, da validade (ALEXY, 2009a, p.29). Nesse sentido, quando se discute o direito vigente, pode-se afirmar que determinada conduta é exigida pelo direito – sem entrar em detalhes acerca de sua vigência. No entanto, segundo o autor, é recomendável que a validade seja tomada em consideração, tendo em vista que os três conceitos de validade (sociológico, ético e jurídico), apresentados adiante, terão importantes repercussões no debate sobre a relação entre direito e moral.

O item 2 do quadro conceitual traz a distinção dos sistemas jurídicos em sistema de procedimentos ou em sistema de normas.

A análise de sistemas jurídicos como sistema de procedimentos diz respeito ao aspecto interno do sistema, pois, nesse caso, o sistema jurídico é entendido como "um sistema de ação baseado em regras e direcionado por regras, por meio das quais as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas" (ALEXY, 2009a, p.29). Essa análise é mais favorável ao não positivismo, pois, sob essa perspectiva, razões e fundamentos são relevantes, o que justifica a afirmação de Alexy de que o argumento de princípios e o argumento de injustiça fazem parte do sistema jurídico (ALEXY, 2006b, p.236; 2009a, p.83 e segs.).

Por sua vez, a análise do sistema jurídico como sistema normativo relaciona-se com o aspecto externo, uma vez que o sistema jurídico é analisado como "um sistema de resultados ou de produtos de procedimentos que, de alguma maneira, criam normas" (ALEXY, 2009a, p.29). A análise das normas como resultado de um sistema é favorável ao positivismo (ALEXY, 2006b, p.236).

O item 3 do quadro conceitual apresenta duas possíveis perspectivas de análise dos sistemas normativos: a perspectiva do participante e a perspectiva do observador.

A perspectiva do participante (ponto de vista interno) é aquela de quem participa da argumentação sobre o que está ordenado, proibido, permitido ou autorizado em um dado sistema jurídico – é a perspectiva mais favorável ao raciocínio não positivista. O centro desta perspectiva é o juiz, que deve decidir adequadamente. A perspectiva do observador (ponto de vista externo) é aquela de quem não questiona se a decisão é correta, mas apenas pergunta sobre a conformação concreta da decisão em determinado sistema jurídico – é a perspectiva mais adequada para um raciocínio não positivista (ALEXY, 2006b, p.236; 2009a, p.30).

O item 4 compreende dois tipos de conexões, segundo Alexy, necessárias, entre direito e moral: as conexões definitórias (classificadoras) e qualificadoras:

Uma conexão "definitória" está em jogo se a uma norma ou a um sistema de normas, que não satisfaz certo critério moral, é negado o caráter de norma jurídica ou sistema jurídico. Uma conexão conceitual "qualificadora" está em jogo se alguém afirma que uma norma ou um sistema de normas que não satisfaz certo critério moral pode ser considerado como norma jurídica ou como sistema jurídico, mesmo que se possa dizer, não obstante, que é uma norma jurídica ou sistema jurídico defeituoso por razões conceituais. O que é decisivo aqui é que o defeito assinalado é jurídico e não é apenas de caráter moral (ALEXY, 2003a, p.120).⁴¹ (Grifou-se)

Assim, a conexão classificadora entre direito e moral existe quando se afirma que normas ou sistemas normativos "que não satisfazem determinado critério moral, por razões conceituais ou normativas, não são normas jurídicas nem sistemas jurídicos" (ALEXY, 2009a, p.31). A fórmula de Radbruch estabelece uma conexão classificadora entre direito e moral quando propõe que normas jurídicas extremamente injustas não pertencem à classe de normas jurídicas válidas (ALEXY, 2006b, p.237).

Por sua vez, a conexão qualificadora entre direito e moral existe "quando se afirma que normas ou sistemas normativos que não satisfazem determinado critério moral, embora possam ser normas jurídicas ou sistemas jurídicos, são, por razões conceituais ou normativas, normas jurídicas ou sistemas jurídicos defeituosos" (ALEXY, 2009a, p.31). Segundo Alexy, a conexão qualificadora tem por base a suposição de que ideais jurídicos estão contidos nas normas jurídicas, nas decisões jurídicas individuais e nos sistemas jurídicos e pode ser chamada de conexão ideal (ALEXY, 2003a, p.120).

Finalmente, a quinta distinção: de acordo com Alexy, tanto argumentos conceituais, fundamentados no uso da linguagem, como argumentos normativos, "baseados na ideia de fazer o melhor de uma prática social sob a luz de suas funções ou tarefas" (ALEXY, 2008b, p.60), podem sustentar a discussão a respeito das teses da separação ou vinculação entre moral e direito.

⁴¹ Tradução livre de: "*Una conexión conceptual 'definitoria' está en juego si a una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio moral, se le niega el carácter de norma jurídica o sistema jurídico. Una conexión conceptual 'calificativa' está en juego si alguien afirma que una norma o sistema de normas, que no satisface cierto criterio moral, puede ser considerado como norma jurídica o como sistema jurídico, aunque se puede decir, no obstante, que es una norma jurídica o sistema jurídico defectuoso por razones conceptuales. Lo que es decisivo aquí es que el defecto que se señala es jurídico y no sólo de carácter moral*" (ALEXY, 2003a, p.120).

O argumento conceitual é aquele utilizado quando se discute se a inclusão de elementos morais no conceito de direito é linguisticamente necessária, impossível ou meramente possível (ALEXY, 2006b, p.237). A posição defendida por todo positivista é de que "não existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito moral" (2009a, p.25). Alexy defende a tese não positivista de que o direito, necessariamente, formula uma pretensão à correção, isto, é formula uma pretensão de adequação a pautas morais mediante a justificação racional dos enunciados por meio do procedimento argumentativo (2008b, p.63). O conceito de pretensão à correção, argumento conceitual utilizado por Alexy, será apresentado adiante.

Por sua vez, o argumento normativo é utilizado quando se debate se a inclusão ou exclusão de elementos morais é necessária "para satisfazer determinadas normas, como a proibição da retroatividade, ou realizar determinados valores, como os direitos humanos" (ALEXY, 2006b, p.237).⁴² A garantia da segurança jurídica e a solução de problemas de injustiça no direito são argumentos normativos (2003a, p.116-117).

Alexy defende que argumentos conceituais são essenciais para conceituar o direito, no entanto, a ambiguidade da expressão "direito" leva a um alcance limitado do argumento conceitual, de modo que argumentos normativos também são necessários. Portanto, "existem tanto conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativamente necessárias entre direito e moral" (ALEXY, 2009a, p.27).

Essas considerações introdutórias, que serão retomadas no decorrer do desenvolvimento das teorizações de Alexy, permitem compreender a lógica de suas investigações: Alexy parte da análise de conceitos de direito não isentos de validade e busca saber se é correta a tese da separação ou a tese da vinculação, tanto da perspectiva do observador quanto da perspectiva do participante, utilizando argumentos conceituais e normativos com o objetivo de construir seu próprio conceito de direito. As considerações a seguir sobre a norma fundamental são consequências das análises de Alexy acerca dos conceitos de direito não isentos de validade.

⁴² Tradução livre de: "[...] para satisfacer determinadas normas, como la interdicción de la retroactividad, o realizar determinados valores, como los derechos humanos" (ALEXY, 2006b, p.237).

1.3 A NORMA FUNDAMENTAL

Alexy propõe um conceito de direito não positivista (exposto ao final deste Capítulo) com base um conceito específico de norma fundamental – ambos possuem, como um de seus elementos, o argumento de injustiça (ALEXY, 2003a, p.121). A investigação acerca da norma fundamental não positivista de Alexy tem início com a discussão acerca dos diversos conceitos de validade, que se referem ao contexto institucional na formação, aplicação e imposição do direito (2009a, p.28-29).

Para Alexy (2009a, p.101-104), há três conceitos de validade: sociológico, ético e jurídico (em sentido amplo e em sentido estrito). Conforme o conceito de validade jurídica em sentido amplo se combine com os demais, serão originados os conceitos positivistas e não positivistas de direito.

O conceito sociológico de validade tem por objeto a validade social (eficácia social) e refere-se à observância do direito e à punição pela não observância. O conceito jurídico de validade em sentido amplo combina-se, necessariamente, tanto para positivistas quanto para não positivistas, com o conceito sociológico de validade, pois, se uma norma não tiver nenhuma validade social, não terá validade jurídica.

O conceito ético de validade corresponde à validade moral, o que torna imprescindível a correção material (que, para Alexy, é a adequação do direito a pautas morais racionalmente justificadas). Se o conceito jurídico de validade englobar, também, elementos da validade ética, tratar-se-á de um conceito não positivista de validade jurídica (ALEXY, 2009a, p.103).

Note-se que as combinações do conceito jurídico de validade não excluem a possibilidade de um conceito jurídico de validade em sentido estrito, quando se diz que a norma é juridicamente válida se foi promulgada por um órgão competente, com a forma prevista e sem infringir um direito superior, ou seja, se foi estabelecida conforme o ordenamento (ALEXY, 2009a, p.103-104).

Em decorrência, o conceito jurídico de validade apresenta os seguintes problemas (ALEXY, 2009a, p.104): a) os problemas externos, que consistem na relação entre o conceito de validade jurídica em sentido amplo e os outros dois conceitos de validade; b) o problema interno, que resulta da circularidade da definição de validade jurídica em sentido estrito, pois a validade jurídica em sentido estrito pressupõe uma validade jurídica anterior relativa ao órgão competente e à forma prevista.

Um dos problemas externos acontece quando há deficiências na validade social e se discute suas repercussões na validade jurídica. Alexy salienta que uma norma individual possui validade jurídica porque integra um sistema jurídico socialmente eficaz em termos globais e porque possui, individualmente, um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia. A eventual perda de eficácia social dessa norma individual – falta de observância e (ou) punição – não afeta a validade jurídica do sistema normativo como um todo. O sistema normativo somente é afetado quando suas normas, em termos globais, já não são observadas e não há punição para a não observância (ALEXY, 2009a, p.106).

Também existe um problema externo quando a validade ética inexistente. Esse problema será discutido em detalhes a partir de 1.4; por ora, basta adiantar que a questão, para Alexy, se resolve da seguinte maneira: sistemas normativos que não formulem (mesmo que em grau mínimo) uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos; normas jurídicas e decisões judiciais, da perspectiva do participante, que não formulem ou que formulem e não satisfaçam a pretensão à correção são normas e decisões jurídicas defeituosas, mas, se forem extremamente injustas, perdem seu caráter jurídico.

O problema interno apontado por Alexy diz respeito à circularidade do conceito de validade jurídica em sentido estrito, uma vez que uma norma é juridicamente válida

[...] quando for estabelecida conforme ordenamento. Mas os conceitos de órgão competente, de promulgação de uma norma na forma prevista e de direito superior já pressupõem o conceito de validade jurídica. Só se pode fazer referência a um órgão competente em virtude de normas juridicamente válidas, a uma forma juridicamente regulada de promulgar normas e a um direito superior juridicamente vigente. Caso contrário, não se trataria do conceito de validade jurídica em sentido estrito (ALEXY, 2009a, p.113).

Alexy ressalta que o conceito de norma fundamental é o responsável por desfazer essa circularidade. São palavras de Kelsen:

Uma "ordem" é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – **uma norma fundamental** da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem (KELSEN, 2006, p.33). (Grifou-se)

Segundo Kelsen (2006, p.243-244), a norma fundamental não é uma norma do direito positivo e nem uma norma do direito suprapositivo (direito natural ou racional). Seu status é determinado por quatro características: é um pressuposto necessário; é um pressuposto possível; é uma norma pensada; é insuscetível de fundamentação. Alexy faz referência a essas características.

Kelsen refere-se à norma fundamental como "pressuposto lógico-transcendental de reconhecimento do direito" utilizando-se da terminologia kantiana: transcendental é aquilo que é necessário para tornar possível a reconhecimento empírica (ALEXY, 2009a, p.130). Por isso, a norma fundamental é um pressuposto necessário da validade jurídica.

A norma fundamental tem por característica ser um pressuposto possível, uma vez que Kelsen não nega a possibilidade de descrição do direito com base em teorias sociológicas (direito como relações de poder) ou psicológicas não conectadas à categoria do dever ser. Logo, a norma fundamental trata-se de "um pressuposto meramente possível ou meramente hipotético" (ALEXY, 2009a, p.130).

A norma fundamental analítica de Kelsen é uma "norma pensada" e, como conteúdo de um ato do pensamento, é insuscetível de fundamentação e não se pode perquirir acerca do fundamento de sua validade. Nesse ponto, Alexy discorda de Kelsen e afirma que, embora a norma fundamental seja conteúdo do pensamento, não se pode esquecer que se trata da norma fundamental do direito, e, por isso, não se pode excluir da sua fundamentação normas de outro tipo (por exemplo, morais). Nesse sentido, "[...] com a norma fundamental, deu-se o passo para a entrada no reino do direito e que existem razões morais ou de outro tipo, não jurídicas, para se dar esse passo" (ALEXY, 2009a, p.136).

Em síntese, para Alexy, Kelsen acerta ao afirmar que a norma fundamental deve ser pressuposta, possível e pensada, mas erra ao não reconhecer que a norma fundamental possui elementos morais e que é suscetível de fundamentação (ALEXY, 2009a, p.138).

Alexy salienta que a norma fundamental refere-se à validade da Constituição. Kelsen questionou, na construção do seu raciocínio, o motivo pelo qual a ordem de um gangster seria diferente da requisição de um funcionário do fisco exigindo dada quantia em dinheiro (KELSEN, 2006, p.9). A resposta é que o funcionário do fisco, diferentemente do gangster, tem autorização legal para essa ação apoiada na Constituição (que autorizou o legislador a promulgar leis desse tipo). Logo, a questão é: por que é válida a Constituição?

Segundo Alexy, não é lógico responder que a Constituição é válida porque é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, pois esse raciocínio tornaria todas as normas constitucionais que autorizam o estabelecimento de normas em normas fundamentais. Além disso, essa resposta não é correta porque "inclui a transição de um ser [legalidade e eficácia social da Constituição] para um dever [validade jurídica da Constituição]" (ALEXY, 2009a, p.115). Alexy destaca a advertência de Kelsen de que de um ser nunca resulta logicamente um enunciado normativo sem uma premissa suplementar, que, nesse caso, é a norma fundamental (ALEXY, 2009a, p.115; KELSEN, 2006, p.236).

Assim, entre o enunciado "A constituição C é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz" (ser) e o enunciado "Ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com a constituição C" (dever ser) é necessária uma transição (que é a norma fundamental). Esses elementos formam o silogismo da norma fundamental analítica de Kelsen (2006, p.237):

No silogismo normativo que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, a proposição de dever-ser que enuncia a norma fundamental: devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz, constitui a premissa maior; a proposição de ser que afirma o fato: a Constituição foi efetivamente posta e eficaz, quer dizer, as normas postas de conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas, constitui a premissa menor; e a proposição de dever-ser: devemos conduzir-nos de harmonia com a ordem jurídica, quer dizer: a ordem jurídica vale (é válida ou vigente), constitui a conclusão.

A premissa lógica da norma fundamental de Kelsen é polêmica e recebeu diversas críticas. Por exemplo, na opinião de Hart (1986, p.111-135), a norma fundamental levaria a uma duplicação desnecessária, pois se os tribunais e autoridades identificam o direito de acordo com critérios oferecidos pela própria Constituição⁴³, é desnecessária uma norma que diga que a Constituição deva ser obedecida.

⁴³ Segundo Kozicki, para Hart, "a compreensão do que venham a ser regras primárias e regras secundárias, bem como a interação recíproca, ocupa um lugar central no estudo do direito. As regras primárias seriam, antes de tudo, regras de conduta, ou regras que impõem obrigações. Ao contrário, as regras secundárias não impõem obrigações, o seu conteúdo se destina a criar poderes, públicos ou privados [...]. Em primeiro lugar, Hart imagina uma sociedade sem poder legislativo, tribunais ou juizes; uma sociedade com um grau bastante simples de organização, em que somente se encontrassem normas primárias de organização. Essa sociedade, por sua vez, teria alguns problemas relativamente à sua forma de organização, os quais a obrigariam a introduzir as chamadas regras secundárias. Estas visam solucionar os problemas das regras primárias, constituindo-se, pois, em regras sobre regras, ou meta-regras. E é a introdução dessas

Alexy (2009a, p.117) discorda de Hart tendo em vista que, quando os participantes de um sistema jurídico aceitam a Constituição, eles pressupõem fatos anteriores que criaram a Constituição (uma assembleia constituinte e a aceitação por parte de outros participantes dessa Constituição). Logo, a pergunta sobre a validade da Constituição, e, conseqüentemente, sobre a norma fundamental, não pode ser considerada sem sentido. A conclusão é que

[...] há que se reter duas teses. A primeira sustenta que o participante de um sistema jurídico deve pressupor uma norma fundamental se quiser dizer que uma constituição é juridicamente válida ou que um comportamento é juridicamente ordenado em conformidade com ela. A segunda diz que, para não interromper arbitrariamente a questão acerca da validade jurídica, é preciso que seja possível afirmar, como participante, que a constituição é juridicamente válida ou que o comportamento em conformidade com ela é juridicamente ordenado, o que pressupõe uma norma fundamental (ALEXY, 2009a, p.122).

Alexy, no entanto, ressalta, diferentemente de Kelsen, que a norma fundamental deve ser interpretada de maneira que a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social estejam conectadas ao argumento de correção, que é a reivindicação de adequação do direito a pautas morais mediante justificação racional dos enunciados – a pretensão à correção, ponto-chave das teorizações de Alexy, será examinada adiante.

Dessa maneira, a norma fundamental não positivista pressuposta por Alexy tem a seguinte estrutura:

Se uma constituição é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, ordena-se juridicamente o comportamento em conformidade com essa constituição, tal como condiz com a pretensão à correção, se e na medida em que as normas dessa constituição não forem extremamente injustas (ALEXY, 2009a, p.125).

regras secundárias no sistema que marca a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico. [...] A regra de reconhecimento indica o modo pelo qual as demais regras do sistema podem ser identificadas, ao mesmo tempo em que estabelece seus critérios de validade. Essa regra tem uma natureza fática, empírica, funcionando como fundamento do sistema, mas, ao mesmo tempo, não se subordinando a nenhum critério posto de validade" (KOZICKI, 2012, p.9-11). A norma fundamental empírica de Hart (regra de reconhecimento) foi criticada por Alexy, por ser "demasiado simples", principalmente, tendo em vista que a regra de reconhecimento encontra seu fundamento em conceitos como aceitação e existência de uma prática comum e não enfrenta o problema da transição de um ser para um dever ser (ALEXY, 2009a, p.147).

Articulando essas ideias, Alexy conclui: a) Kelsen afirma acertadamente que a norma fundamental deve ser pressuposta "se se pretende passar da constatação de que algo é estabelecido e eficaz para a constatação de que algo é juridicamente válido ou juridicamente devido" (ALEXY, 2009a, p.138); b) a norma fundamental não tem, necessariamente, o conteúdo da norma fundamental proposto por Kelsen; c) ela contém argumentos morais que consideram o argumento da injustiça e o argumento de correção; d) a norma fundamental deve ser pressuposta quando se examina o direito como ordenamento de direito, mas o direito pode ser interpretado sob a óptica sociológica ou psicológica, por exemplo, que não exigem esse pressuposto; e) logo, a norma fundamental é meramente pensada; f) ainda assim, a norma fundamental precisa ser fundamentada (p.138). Portanto, a novidade das reflexões de Alexy em relação a Kelsen é que a norma fundamental contém argumentos morais e é passível de fundamentação.

À vista do exposto, o conceito não positivista de direito proposto por Alexy (que será apresentado ao final deste Capítulo) tem por base um conceito de validade e de norma fundamental que inclui elementos éticos. Nesses termos, há uma relação necessária entre o direito e moral refletida na necessidade de formulação da pretensão à correção no direito (adequação do direito a pautas morais mediante justificação racional dos enunciados) e na aplicação do argumento de injustiça nos casos de injustiça extrema. A constatação da necessidade de justificação racional do direito mediante procedimento argumentativo (pretensão à correção) leva à necessidade da análise da teoria da argumentação de Robert Alexy.

1.4 RELAÇÃO ENTRE O DISCURSO PRÁTICO GERAL E O DISCURSO JURÍDICO

Alexy ressalta que sua teoria "depende da tese de que o direito promove, necessariamente, uma pretensão à correção" (ALEXY, 2011, p.20). Por isso são importantes suas análises referentes à relação entre o discurso prático geral (moral) e o discurso jurídico.

O ponto de partida do autor é a teoria dos atos da fala, de J. L. Austin, que versa sobre a responsabilidade que decorre de uma ação verbal. Sobre a teoria dos atos da fala e sobre seu autor, Austin, explica Souza Filho (1990, p.9):

Neste tipo de análise encontramos o germe de uma de suas concepções mais originais [...] segundo a qual "minha palavra é o meu penhor", o que faz com que se considere o ato da fala, a interação comunicativa propriamente dita, como tendo um caráter contratual ou de compromisso entre partes.

A formulação desse compromisso é feita no contexto de uso das expressões, uma vez que, para Austin, a linguagem é uma prática social concreta, e a verdade é relacionada com a eficácia do ato da fala na atuação sobre o real. Por isso, a investigação realizada por Austin é feita a partir do uso da linguagem, que é entendida como ação, ou seja, como forma de constituição e atuação sobre o real e não apenas como representação (SOUZA FILHO, 1990, p.10-12).

A partir da teoria dos atos da fala, Austin (1990, p.85-102) aponta até três atos em um discurso: a) o ato locutório, que é a expressão de uma sentença com um significado específico e é composto pelo ato fonético (expressão de ruídos), pelo ato fático (expressão de palavras segundo uma gramática particular) e pelo ato rético (uso de palavras para dizer algo e que determina o sentido); b) o ato ilocutório, que se dá quando dizemos algo, é a intenção comunicativa de execução associada ao significado de determinado enunciado (por exemplo, uma promessa); c) o ato perlocutório que são os efeitos provocados (por exemplo, uma surpresa).

Sobre as intenções e efeitos dos atos da fala, afirma Austin: "'Batizo este navio com o nome de Queen Elizabeth' tem o efeito de batizar ou dar nome ao barco; feito isso, certo atos subsequentes, tais como referir-se ao barco como Generalíssimo Stalin, serão sem cabimento" (AUSTIN, 1990, p.100).

Decorre da teoria dos atos da fala a afirmação de Alexy de que quem estabelece afirmações formula, necessariamente, uma pretensão à correção (compromisso com a verdade, no campo da moral, e com a justiça, no campo do direito). Se não fosse assim, não haveria possibilidade de objetividade no campo do discurso prático:

A eliminação da possibilidade de afirmações iria alterar, fundamentalmente, nosso idioma e, com isso, nossa autoconsciência e vida. Em vez de sentenças e afirmações iriam existir somente ainda, sentimentos e opiniões, fundamentações transformar-se-iam em persuasões, e no lugar de correção e verdade por-se-iam manipulações exitosas e convicções que estão bem fixas. Tudo seria subjetivo, nada objetivo (ALEXY, 2001c, p.24).

Alexy ressalta que, no campo da argumentação prática geral, as posições morais que não promovem a pretensão à correção não são afirmações, mas apenas opiniões e sentimentos (ALEXY, 2011, p.24).

Segundo Alexy, no campo do direito, a pretensão à correção reflete o seguinte enunciado de Radbruch: "O direito é a realidade que tem por sentido servir aos valores e à ideia de direito" (ALEXY, 2009a, p.42; RADBRUCH, 1979, p.159). Esse enunciado tem por base a natureza dual do direito (real e ideal) e a conexão necessária do direito com a justiça, que implica fundamentabilidade. Para reconstrução desse raciocínio de Alexy, são efetuadas, a seguir, considerações em relação às regras de fundamentação do discurso prático, à institucionalização do discurso jurídico, à tese do caso especial, à natureza dual do direito e aos limites à institucionalização do discurso jurídico (este último tópico refere-se à limitação dos conteúdos do direito ordinário e exige a articulação, ainda que em uma apertada síntese, dos conceitos de direitos fundamentais, jurisdição constitucional e democracia deliberativa, além do argumento de injustiça como limite extremo ao direito).

As regras de fundamentação do discurso prático geral referem-se ao discurso no qual o orador se preocupa com a correção de afirmações normativas (não somente com a correção de afirmações jurídicas). Nesse campo geral, um modelo simplificado de argumentação é o seguinte: duas pessoas argumentam se "A" deve ser feito ou se "A" é bom. Nesse contexto, as partes entrarão em um acordo se uma delas comprovar a verdade de sua afirmação ou se uma das partes induzir a outra a um acordo por meio, por exemplo, de pressão psicológica, propaganda, persuasão ou por meio da justificação de uma convicção moral (ALEXY, 2001c, p.45-46).

Essa justificação moral é o objeto da teoria da argumentação. Caso haja comprovação de que essa justificação moral é regida por regras, é verdadeira a afirmação de que a identificação de uma moral correta (fundamentada) é factível (ALEXY, 2001c, p.180).⁴⁴

⁴⁴ Dentre as correntes que entendem que não há regras aplicáveis à justificação moral estão as teses naturalista, intuicionista e emotivista, que defendem, respectivamente, que o "bom" é uma expressão comprovável empiricamente; que o "bom" seria reconhecível por um conhecimento intuitivo *a priori*; que os argumentos não passariam de expressão psicológica que evocam sentimentos ou atitudes. Alexy rejeitou essas teses. Segundo ele, a tese naturalista deve ser rechaçada, tendo em vista que o significado de "bom" nem sempre coincide com o desejo da maioria; a tese intuicionista falha tendo em vista que as pessoas respondem de modo diferente à mesma evidência; o emotivismo não se sustenta, pois somente há sentido em se falar em argumentos se os mesmo possam ser julgados válidos ou inválidos (ALEXY, 2001c, p.46-54).

Para investigar essa possibilidade, Alexy analisou as teorizações de diversos autores, dentre as quais as de Wittgenstein e Austin (ALEXY, 2001c, p.54-61).⁴⁵ Segundo Wittgenstein e Austin, a função da linguagem não é unicamente descrever o mundo. Wittgenstein⁴⁶ concebeu a noção do que chamou "jogos da linguagem". Esses jogos exigem um vínculo entre falar e agir, de maneira que se pode dizer que são a linguagem em conjunto com a ação com que ela está tecida (p.56). Existe grande diversidade desses jogos – dar ordens e obedecer, construir um objeto a partir da sua descrição, contar história, cantar, contar piadas, orar são alguns exemplos. Dessa maneira,

[...] é importante observar o significado das palavras no seu contexto de utilização. Para Wittgenstein, as palavras não têm um significado independente desse contexto de utilização, e à combinação entre a atividade de comunicação e a linguagem ele dá o nome de "jogo de linguagem". É a operação desses jogos de linguagem que estabelece os limites do pensamento humano (KOZICKI, 2012, p.17).

O que há de peculiar nos jogos da linguagem, ressalta Alexy, é que são atividades regidas por regras.

Ainda objetivando investigar se há regras aplicáveis à justificação moral, Alexy (2001c, p.58-61) faz referência a J. L. Austin, que assevera que afirmações normativas podem ser julgadas pela dimensão de verdade ou falsidade da mesma maneira que afirmações descritivas, pois o verdadeiro ou o falso está ligado à constatação de que o ato do discurso foi ou não algo apropriado a dizer em dada circunstância. Assim, em alguns aspectos, a linguagem normativa não se distingue da descritiva (AUSTIN, 1990, p.21-28).

⁴⁵ A filosofia analítica inglesa se desenvolveu em Cambridge e Oxford no século XX. O que há de comum entre os autores que compartilharam esse movimento é a análise do funcionamento da linguagem visando entender melhor o mundo. Os três grandes filósofos de Cambridge são Bertrand Russel, George E. Moore e Ludwig Wittgenstein. Por sua vez, o cenário de Oxford foi dominado por Gilbert Ryle e John L. Austin a partir do segundo Pós-Guerra. Austin teve como principal característica a proposição de que o filósofo deve dar atenção à riqueza da linguagem comum (BEANEY, 2012).

⁴⁶ Segundo Kozicki (2012, p.17), o obra de Ludwig Wittgenstein é dividida em duas fases: "Na primeira fase de sua obra (*Tratado Lógico Filosófico*, de 1921), Wittgenstein parte da ideia da linguagem como representação ou afiguração dos fatos e da ideia de linguagem como descrição da realidade. Já na segunda fase, ao invés de conceber a linguagem como sendo controlada pela realidade, esse autor parte para a concepção de que a linguagem constrói a realidade".

Por meio dessas e outras análises, Alexy chega às seguintes conclusões (ALEXY, 2001c, p.90-91): a função da linguagem não é apenas descritiva; o discurso moral é uma atividade regida por regras, que tratam do equilíbrio racional de interesses, e, portanto, é possível afirmar que existe uma moral correta (fundamentada); a mais importante tarefa da teoria do discurso é a articulação de regras do discurso que justificam as regras que constituem a moral correta e que são produzidas no âmbito normativo do discurso prático; as regras de argumentação prática são universalizáveis e obedecem a regras distintas da argumentação das ciências naturais, mas, ainda assim, estão inseridas em uma atividade racional.

Alexy volta sua atenção, no prosseguimento de sua investigação sobre a fundamentação da moral, à teoria do consenso da verdade de Habermas (ALEXY, 2001c, p.91-117).

Segundo Habermas, a verdade das afirmações empíricas é correspondente à correção das expressões normativas. Essa correção depende da justificação das expressões normativas no nível da pragmática. Portanto, no centro da lógica do discurso, estão os argumentos, que são a justificação que motiva o reconhecimento da validade implícita em uma afirmação ou uma ordem (ALEXY, 2001c, p.99). Dessa maneira, um consenso (acordo potencial de todas as pessoas) mediante argumentos pode ser considerado um critério de verdade. Habermas apresenta as condições da chamada situação ideal do discurso, que viabiliza os consensos, e afirma que, sob essas condições, a comunicação permanece livre de restrições, pois há uma distribuição simétrica de oportunidades entre todos os participantes para escolherem e executarem os atos do discurso (p.104-107).⁴⁷

⁴⁷ Alexy apresenta essas condições de forma abreviada (2001c, p.105):

1. Todos os potenciais participantes num discurso têm de ter uma oportunidade igual de contribuir para os atos de discurso comunicativos, de modo que possam a qualquer tempo iniciar os discursos e conduzi-los através do diálogo e de um processo de perguntas e respostas.
2. Todos os participantes nos discursos devem ter a mesma chance de apresentar interpretações, afirmações, recomendações, explicações e justificações e de problematizar, fundamentar ou contestar sua validade, de modo que nenhuma opinião fique permanente livre de tematização e criticismo.
3. Só têm permissão para falar aqueles oradores que, como agentes, têm igual oportunidade de usar atos de discurso representativos, isto é, de expressar suas atitudes, sentimentos e intenções...
4. Só são admitidos no discurso aqueles oradores que, agindo como sujeitos, têm iguais oportunidades de usar atos de discurso regulativos, isto é, expedir ordens, objeções, permissões e proibições ou promessas e aceitação de promessas, ou de chamar as pessoas e prestar contas ou a pedi-las, etc."

Em uma leitura crítica de Habermas, Alexy (2001c, p.117) questiona se tem sentido formular as regras do discurso ideal de forma taxativa, como o fez Habermas, pois as restrições da vida cotidiana e a hipocrisia têm efeito negativo no discurso. Logo, afirma Alexy, a situação do discurso ideal é irrealizável. No entanto, é possível afirmar que a realização aproximada do discurso é viável, mesmo que as regras elaboradas por Habermas não possam garantir a correção dos resultados.

Em contrapartida, as regras de racionalidade, que exigem direitos iguais, universalidade e ausência de coerção, e a regra de justificação, elaboradas pelo Habermas, constituem regras básicas da teoria geral do discurso racional prático que será construída por Alexy (2001c, p.117).⁴⁸

Com base nessas e em outras análises preliminares⁴⁹, Alexy constrói uma teoria da argumentação própria⁵⁰ destacando que se trata de uma teoria procedimental, pois uma norma somente poderá ser correta se for resultado do procedimento do discurso prático racional (ALEXY, 2003b, p.165).⁵¹ Isso porque as ideias de liberdade e igualdade, no plano da argumentação, fazem valer o seguinte acordo universal (regra de justificação geral): "Uma norma somente pode encontrar aprovação universal em um discurso se as consequências de sua observância geral, no que se refere à

⁴⁸ Partido do pressuposto de que existem regras aplicáveis ao discurso prático, o autor esclarece o sentido de alguns termos importantes que serão utilizados em suas teorizações: discursos são séries de ações interligadas devotadas a testar a verdade ou a correção das coisas que são ditas; discursos práticos são discursos que se preocupam com a correção de afirmações normativas; discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral sob condições limitadoras como estatutos, dogmática jurídica e precedente. Por sua vez, a teoria do discurso racional é uma teoria normativa do discurso e aborda o problema de como as regras do discurso racional podem ser justificadas. As regras do discurso racional prático, propostas por Alexy, são normas que justificam normas (ALEXY, 2001c, p.81).

⁴⁹ Alexy também analisou a teoria da deliberação prática da Escola de Erlangen e a Teoria da argumentação de Chaim Perelman (ALEXY, 2001c, p.117-119).

⁵⁰ O sistema de regras proposto por Alexy é formado por diversos conjuntos de regras. São regras do discurso prático geral: regras básicas, regras da racionalidade, regras para alterar o encargo do argumento, regras de justificação, regras de transição. São regras e formas do discurso jurídico: regras e formas de justificação interna; regras e formas de justificação externa. Para aprofundamento no sistema de regras criado por Alexy, vide *Teoria da Argumentação Jurídica* (ALEXY, 2001c).

⁵¹ Segundo Alexy (2009b, p.71-72), parte das regras estabelecidas no sistema que construiu é de caráter monológico e formulam exigências gerais de racionalidade: entre elas estão a não contradição, a universalidade (o uso consistente dos predicados utilizados), a clareza linguística e conceitual, a verdade empírica, a consideração das consequências, a ponderação, o intercâmbio de papéis e a análise da origem das convicções morais. Outra parte dessas regras, cujo objetivo é a imparcialidade do discurso por meio da liberdade e igualdade da argumentação, é de caráter não monológico e refere-se ao procedimento do discurso.

satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, podem ser aceitas por todos" (ALEXY, 2009b, p.73).⁵²

Alguns pontos da teoria da argumentação de Alexy, em relação ao discurso prático geral, têm especial importância (ALEXY, 2009b, p.73): sua teoria não se refere à mera criação de consensos, uma vez que nela estão incluídas, também, regras monológicas; é ponto central da teoria que a definição de enunciados como corretos (justos) depende de argumentos; existe uma relação necessária entre a aprovação universal sob condições ideais e o conceito de correção, logo, somente "[...] são corretas e, portanto, válidas, as normas que em um discurso ideal todos julgariam corretas" (p.73).⁵³ No entanto, o discurso ideal, efetuado sob as regras da teoria da argumentação, é uma ideia regulativa, pois expressa apenas uma meta ou objetivo, embora esteja ligado, necessariamente, ao discurso real. Essa ligação é feita pela formulação da pretensão à correção, como exposto adiante.

Ressalte-se que o discurso ideal, no campo da argumentação prática, possui limites. Neste âmbito, duas regras "discursivamente possíveis", isto é, moralmente justificáveis, poderão subsistir dando origem ao "problema do conhecimento"; em outros termos, diante de duas regras incompatíveis, justificadas sem violar nenhuma regra do discurso, não é possível se afirmar qual é a correta. Alcançado esse limite, há necessidade da transição para o nível do discurso jurídico, no qual procedimentos regulados pelo direito positivo garantem a argumentação (ALEXY, 2009b, p.76) – essa é a institucionalização do discurso jurídico.

No plano do discurso jurídico, encontram-se, combinadas à positividade (legalidade), a necessidade de coerção (elemento decisivo da eficácia social) e a necessidade de organização social, tendo em vista que numerosas exigências morais não podem ser cumpridas e que determinados objetivos desejáveis não podem ser alcançados apenas mediante ações individuais e cooperação espontânea (ALEXY, 2009b, p.76). Por isso, a institucionalização do discurso jurídico torna possíveis

⁵² Tradução livre de: *"Una norma sólo puede encontrar aprobación universal en un discurso si las consecuencias de su observancia general respecto a la satisfacción de los intereses de cada uno de los individuos pueden ser aceptadas por todos"* (ALEXY, 2009b, p.73).

⁵³ Tradução livre de: *"[...] son correctas y, por tanto, válidas las normas que en un discurso ideal todos juzgarían correctas"* (ALEXY, 2009b, p.73).

resultados que não seriam obtidos com a utilização do discurso prático geral (ALEXY, 2001c, p.270).

Devido à ciência jurídica dogmática, entendida como a institucionalização do discurso jurídico condicionada à existência de um ordenamento (positividade), a racionalidade da argumentação jurídica é sempre vinculada à legislação, diferentemente do discurso prático geral. No entanto, há uma coincidência estrutural entre as regras e formas do discurso jurídico e aquelas do discurso prático geral. Essas convergências se referem ao princípio da universabilidade (justiça formal de tratar casos iguais de forma igual), que é a base dos dois discursos; à aplicação ao discurso jurídico tanto das regras gerais do discurso quanto das suas regras específicas; ao espaço para a argumentação empírica, pois geralmente há acordo quanto às premissas e não quanto aos fatos (ALEXY, 2001c, p.269-270). Ademais, nos dois campos, a correção é necessária.

Portanto, segundo Alexy, pode-se afirmar que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático. Essa é a chamada tese do caso especial da qual decorre a explicação das limitações próprias do direito: ligação com a lei, consideração dos precedentes, inclusão da dogmática utilizada pela ciência do direito e sujeição a regras processuais (ALEXY, 2001c, p.26-27).

No entanto, a institucionalização do discurso jurídico não é capaz de resolver todos os problemas relativos à composição de conflitos, à necessidade de solução do problema do conhecimento e à necessidade de coordenação, pois o direito possui uma textura aberta (conforme afirma Hart⁵⁴) devido à vagueza própria da linguagem,

⁵⁴ Kozicki resume as teorizações de Hart a respeito da textura aberta da linguagem: "A linguagem natural e, por consequência, a linguagem jurídica não se apresentam sempre de forma inequívoca, clara. Os signos linguísticos – e os signos jurídicos, em particular – vão apresentar sempre uma grande possibilidade de sentidos, que não se esgotam num processo de clarificação sintático ou semântico. Dessa impossibilidade de comunicação ser sempre precisa, resulta que o significado de uma expressão só é obtido em função de um determinado contexto. E a multiplicidade dos usos e funções dos diversos jogos linguísticos obsta uma comunicação sem entraves. [...] O mundo em que vivemos é caracterizado por uma infinidade de aspectos e jamais todas as possibilidades poderão ser esgotadas *a priori*. Dessa forma, é impossível a criação de regras jurídicas que esgotem todas as situações que podem surgir no mundo fático, a qualquer momento. Ou seja, os legisladores não podem esgotar, através das regras, todas as circunstâncias que o futuro pode trazer. A isso se alia uma indeterminação quanto à finalidade. Existem casos paradigmáticos, ou também chamados de 'claros', que sem dúvida se enquadram sob uma determinada regra. Porém, existem casos que incidem no que se poderia chamar de uma 'zona de penumbra' normativa, ou seja, casos em que não se pode precisar se a conduta se enquadra sob a norma ou não, porque não é clara a finalidade da norma em questão [...]. A resposta que Hart dá ao problema da textura aberta dos enunciados jurídicos é o reconhecimento da discricionariedade judicial. [...] O juiz goza de um poder discricionário, e que, portanto, ele está autorizado a criar direito, no sentido de suprir

à possibilidade do conflito entre normas, às lacunas da lei e à possibilidade de decisão contra leis ou estatutos nos casos especiais. Assim, há casos que não podem ser resolvidos na esfera legal. Nesses casos, é preciso recorrer a outros campos. Decorre disso que "considerações sobre a utilidade e o reconhecimento da tradição e dos valores da respectiva comunidade têm, sem dúvida, um lugar legítimo em decisões judiciais" (ALEXY, 1998, p.216).⁵⁵

Recolhendo essas ideias, de acordo com a tese do caso especial, discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral; o que torna a argumentação jurídica eficaz são formas de argumentos, regras e condições especiais do discurso jurídico; no entanto, devido a texturas abertas do direito, será preciso recorrer a outros campos nos casos duvidosos (ALEXY, 2001c, p.212-217). Diante disso, a teoria da argumentação jurídica racional não garante certezas: o seu caráter racional não se refere aos resultados, mas à aplicação de regras e formas da argumentação jurídica, que oferecem o critério de correção para as decisões jurídicas.

Por isso, segundo Alexy (2009b, p.76), pode haver a falsa ideia de que o trânsito do discurso prático geral para o discurso jurídico fluiu em direção ao positivismo jurídico. Essa ideia pode ser rechaçada com a constatação de que o direito, justamente nessa transição, mostra sua dupla natureza: de um lado, em forma de correção e discurso; de outro, em forma de legalidade e eficácia, ou seja, facticidade.

Essa dupla natureza do direito deriva de dois princípios, aparentemente, contrapostos: justiça e segurança jurídica. Esses princípios estão incluídos na pretensão à correção do direito e devem ser combinados, sem o desprezo total de nenhum deles. Segundo Alexy, um juiz, na prestação jurisdicional, "não somente [...] afirma que [...] seguiu o direito promulgado e eficaz, como também que tanto esse direito como sua interpretação são moralmente corretos" (ALEXY, 2009b, p.72).⁵⁶

as lacunas que impedem a sua atuação" (KOZICKI, 2012, p.18-19; vide, também, HART, 1986, p.111 e ss.). A criação do direito novo é limitada pelo direito preexistente (limitações formais explicitadas nos ordenamentos jurídicos e respeito ao aos princípios subjacentes ao ordenamento jurídico). Kozicki (2012, p.21-26) afirma que Hart falha ao não oferecer nenhum critério de legitimidade ao direito, bem como é insuficiente sua fundamentação no que refere aos princípios subjacentes ao ordenamento jurídico.

⁵⁵ Tradução livre de: "[...] *considerations on utility and the recognition of tradition and value of the respective community do have without doubt a legitimate place in judicial rulings*" (ALEXY, 1998, p.216).

⁵⁶ Tradução livre de: "[...] *no solo [...] afirma que [...] ha seguido el Derecho promulgado y eficaz, sino también que tanto este Derecho como su interpretación son moralmente correctos*" (ALEXY, 2009b, p.72).

As incertezas próprias do discurso jurídico indicam a necessidade de limites ao conteúdo do direito ordinário. Esses limites são a garantia dos direitos fundamentais e a invalidade das normas extremamente injustas (neste último, caso, transposto o limite da injustiça extrema é aplicado o argumento da injustiça, apontado por Alexy, como uma espécie de correção de segundo nível).

Breves considerações sobre a teoria dos direitos fundamentais de Alexy são relevantes neste momento. Os direitos fundamentais possuem a chamada fundamentabilidade formal: por conta disso, determinados conceitos são "discursivamente necessários", como, por exemplo, a proteção dos direitos humanos e a democracia, e outros são "discursivamente impossíveis", como, por exemplo, a impossibilidade discursiva da justificação da escravidão. Esses conceitos, que têm por base os direitos fundamentais, não podem entrar em jogo no procedimento argumentativo. A fundamentabilidade formal é explicada pelo fato de que os direitos humanos estão próximos ao discurso ideal haja vista que a liberdade e a igualdade são constitutivas do discurso (ALEXY, 1997, p.505; 2009b, p.75; 2011, p.34).

Os direitos fundamentais possuem, também, a chamada fundamentabilidade material, pois, com base neles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Essas decisões referem-se tanto a questões que possuem um maior grau de abstração e que permeiam todos os âmbitos do direito (por exemplo, relativas à liberdade e à igualdade) quanto a questões mais concretas (por exemplo, relativas à proteção do patrimônio e família).

Por isso, os direitos fundamentais têm um papel central no sistema jurídico (ALEXY, 1997, p.506) e funcionam como limite à institucionalização do direito. Ademais, fazem possível rechaçar a tese positivista de Kelsen de que "todo conteúdo pode ser direito", pois são o reflexo por excelência da dupla natureza do direito: são reconhecidos em uma Constituição com o propósito de positivizar os direitos humanos; em outros termos, os direitos fundamentais são a positivação de direitos morais (ALEXY, 2009b, p.79).

Os direitos fundamentais não estão sujeitos às decisões tomadas no procedimento legislativo, mas têm prioridade sobre eles (ALEXY, 1997, p.532). Isso se deve ao fato de que uma Constituição somente cumpre a pretensão de correção e é legítima quando garante os direitos fundamentais, que estão contidos em sua definição (ALEXY, 2011, p.34). No entanto, se os direitos fundamentais têm por base a argumentação prática geral (atuam no âmbito dos conceitos "discursivamente

necessários" e "discursivamente impossíveis"), eles compartilham a incerteza do discurso prático geral. Isso leva à necessidade de controle de forma qualificada que é feita pelos tribunais constitucionais dotados de autoridade e de poder decisório (ALEXY, 1997, p.533). Essas incertezas, segundo Alexy, devem ser resolvidas com base em noções de equilíbrio e ponderação entre princípios, refletindo a ideia clássica da justiça como "justa medida" (ALEXY, 2003b, p.168-170).

Além da garantia dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional, a teoria do discurso leva à exigência da democracia deliberativa, que pressupõe uma racionalidade discursiva, na qual todos participantes buscam uma solução política correta a partir de argumentos. Nas palavras de Alexy, "quem quer correção, deve querer discursos; quem quer discursos, deve querer democracia" (ALEXY, 2011, p.35).

Em síntese, a teoria do discurso articula os conceitos de direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional com a institucionalização da razão por meio do direito, o que demonstra a complexidade da passagem do discurso prático geral para o discurso jurídico. Alexy faz referência ao limite extremo dessa institucionalização: o argumento da injustiça, que é o ponto central desta investigação. Para esse pensador (ALEXY, 2003a, p.122-127), o argumento da injustiça ("a injustiça extrema não é direito"), proposto por Gustav Radbruch, é uma correção de segundo nível, que limita a correção de primeiro nível, ou seja, aniquila o princípio segurança jurídica em prol da justiça em casos especialíssimos (as justificativas para aplicação desse argumento e as condições de sua inserção no conceito de direito não positivista de Alexy serão apresentadas adiante).

A investigação da transição do discurso prático ao discurso jurídico é complementada com a análise da pretensão à correção e suas peculiaridades no âmbito do direito.

1.4.1 A pretensão à correção no direito

Alexy afirma que quem formula afirmações, tanto no campo do discurso prático como no campo do discurso jurídico, necessariamente, formula uma pretensão à correção. Na moral, "a questão não é o que é válido em um sistema específico, mas

o que é válido em geral" (ALEXY, 1998, p.207)⁵⁷; no direito (caso especial do discurso prático), a pretensão à correção implica que uma lei, a partir de sua promulgação, carrega consigo o compromisso com a justiça.

No campo do direito, Alexy defende a tese de que "a justiça é correção (*Richtigkeit*) na distribuição e na compensação" (ALEXY, 2003b, p.163)⁵⁸; em outros termos, a justiça é a correta distribuição de bens e de compensações (justiça distributiva e comutativa). Com base nessa mesma tese, Alexy afirma que há uma relação interna entre o conceito de justiça e o de fundamentação: dizer que algo é correto (justo) exige fundamentação mediante razões (p.163).

Contra a tese da justiça como correção, poder-se-ia objetar que, no campo do direito, a pretensão seria de poder. Alexy sumariza essa objeção antes de refutá-la:

Se constituições [...] fossem interpretadas por todos exclusivamente como expressão do poder, vontade e fortidão e sentenças judiciais como uma mistura de emoção, decisão e ordem, [...] a pretensão à correção seria substituída por algo como a pretensão de poder (ALEXY, 2011, p.23-24).

Alexy argumenta contra uma suposta pretensão ao poder que a negação da pretensão à correção e, por conseguinte, à fundamentabilidade, impediria que fossem estabelecidas afirmações no ato de falar; a fundamentação seria substituída pela mera persuasão, com o sacrifício das categorias de verdade e objetividade. Logo, a teoria dos atos da fala impede que se fale em pretensão de poder.

Contra a tese de que o direito, *necessariamente*, formula uma pretensão à correção, poder-se-ia afirmar que a pretensão é uma mera contingência. Alexy não concorda e traz dois exemplos fictícios. O primeiro é o artigo de uma nova constituição: "X é uma república soberana, federal e injusta". Esse artigo tem um defeito conceitual (a negação da justiça pelo termo "injusta") e, por isso, infringe as regras constitutivas de ato da fala (que são expressões linguísticas como ações). Segundo Alexy, "ao ato de legislação constitucional está necessariamente vinculada uma pretensão à correção, que, nesse caso, é sobretudo uma pretensão à justiça" (ALEXY, 2009a,

⁵⁷ Tradução livre de: "[...] *the question is not what is valid in a specific system, but what is valid in general*" (ALEXY, 1998, p.207).

⁵⁸ Tradução livre de: "[...] *la justicia es corrección (Richtigkeit) en la distribución y en la compensación*" (ALEXY, 2003b, p.163).

p.45). Se o legislador negar essa pretensão, há uma contradição performativa entre o ato constitucional em si e seu conteúdo (defeito conceitual).

Alexy apresenta um segundo exemplo: "O réu é condenado à prisão perpétua, o que é incorreto" (ALEXY, 2009a, p.46). Essa frase inserida em uma sentença judicial pode significar a) que a sentença do juiz contraria o direito positivo ou b) que, embora de acordo com o direito positivo, a sentença é injusta. Nos dois casos, o juiz incorre em uma contradição performativa e comete um erro conceitual, pois, como uma decisão, "pretende-se sempre que o direito seja corretamente aplicado" (p.47), ou seja, promover a correção é estabelecer a "afirmação" de que a sentença é correta.

A afirmação é um dos três elementos que compõem a formulação da pretensão à correção no direito. Os demais elementos são a garantia da fundamentabilidade e expectativa do reconhecimento da correção (ALEXY, 1998, p.208; 2009b, p.69; 2011, p.21). Isso significa que aos atos institucionais, ou seja, às decisões legislativas e às sentenças, está unido o ato de afirmação de que aquele ato é procedimental e materialmente correto. Essa afirmação da correção implica uma garantia de fundamentabilidade e, por isso, a importância da teoria da argumentação nas teorizações de Alexy. Aliada à afirmação e à fundamentação, está a expectativa ("*normative expectation*") de que os participantes aceitem dado ato legal como correto.

Esses elementos possibilitam que a pretensão de correção faça a conexão entre a dimensão real do direito, que tem por base o princípio da segurança jurídica, e a dimensão ideal, que está ligada à justiça (ALEXY, 2003b, p.161-163). Logo, segundo Alexy, é correto afirmar que a pretensão à correção, no âmbito direito, está relacionada tanto à correção material ou ideal como à correção formal ou procedimental (ALEXY, 2008a, p.292-293).

No entanto, essa trilogia não diz nada a respeito do conteúdo da correção, pois esse conteúdo será definido de acordo com as regras do discurso no campo da argumentação. Por isso, todos podem introduzir no discurso jurídico suas próprias noções de justiça, desde que obedecidas as limitações desse discurso: consideração quanto à lei, aos precedentes, aos aspectos processuais, respeito ao equilíbrio dos princípios e apresentação apenas de argumentos que possam ser postos à prova, de maneira que argumentos religiosos, metafísicos ou mágicos não são aceitos na argumentação jurídica.

Essas limitações ligam-se à ideia "da fé em si mesma por parte da razão [...]" (ALEXY, 2003b, p.168)⁵⁹, presente no discurso prático geral e no discurso jurídico, que esclarece porque opiniões serão abandonadas ou relativizadas caso forem infundadas. A razão também está ligada à afirmação de que "[...] a pretensão de fundamentabilidade cria a possibilidade de apresentação de melhores contra-argumentos que podem modificar a prática da justificação no futuro" (ALEXY, 2003a, p.131).⁶⁰

Outro argumento contra a tese de que o direito formula, necessariamente, uma pretensão à correção é o de que a correção teria apenas um conteúdo trivial (um sistema é trivial se todas as fórmulas ou sentenças de sua linguagem forem nela demonstráveis), de maneira que a pretensão à correção no direito não incluiria, necessariamente, implicações morais (ALEXY, 2009a, p.47-48). Esse argumento não tem sustentação, segundo Alexy, devido à textura aberta do direito positivo (que é reflexo do caráter vago da linguagem), à possibilidade de contradição entre normas e às lacunas do direito. Os casos que se enquadram no âmbito de abertura do direito positivo são os casos duvidosos (p.83), que serão solucionados com o auxílio do argumento de princípios. Isso explica a afirmação de Alexy que o argumento de correção é a base do argumento de princípios. Devido à importância no sistema teórico de Alexy, os princípios exigem algumas considerações, ainda que não exaustivas.

A base do argumento de princípios é a distinção deles das regras:

Regras são normas que, dada à satisfação de condições específicas, comandam, proíbem, permitem ou autorizam definitivamente. Assim, elas podem ser caracterizadas como "comandos definitivos". Direitos baseados em regras são direitos definitivos. Princípios são normas de um tipo completamente diferente. Eles são mandados de otimização [...]. Como tal, são normas que comandam que algo deve ser realizado no mais alto grau possível – real e legalmente. As possibilidades legais, além de serem dependentes de regras, são essencialmente determinadas por meio de princípios opostos, fato que implica que os princípios podem e devem ser sopesados. Direitos baseados em princípios são direitos *prima facie* (ALEXY, 1992, p.145).⁶¹

⁵⁹ Tradução livre de: "[...] de la fe en sí misma por parte de la razón, fe que constituye una base esencial de la autonomía individual" (ALEXY, 2003b, p.168).

⁶⁰ Tradução livre de: "[...] la pretensión de justificabilidad crea la posibilidad de presentar mejores contraargumentos que pueden cambiar la práctica de la justificación para el futuro" (ALEXY, 2003a, p.131).

⁶¹ Tradução livre de: "Rules are norms that, given the satisfaction of specific conditions, definitively command, forbid, permit, or empower. Thus they can be characterized as "definitive commands". Rights based on rule are definitive rights. Principles are norms of a completely different kind. They are commands to optimize [...]. As such they are norms commanding that something must be

Assim, regras são mandamentos definitivos, e princípios são mandamentos de otimização. Os princípios "ordenam que algo seja realizado na máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas" (ALEXY, 2009a, 85). O conflito entre regras poderá ser resolvido com uma cláusula de exceção ou com a declaração de invalidade de uma delas. Por sua vez, os princípios são suscetíveis de ponderação com princípios opostos em sua aplicação (ALEXY, 2000b, p.295-297).

A conexão necessária entre direito e moral à luz da aplicação dos princípios passa pela tese da incorporação. Segundo a tese da incorporação, "todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios" (ALEXY, 2009a, p.86). Em tese, isso é fácil de constatar em todos os sistemas jurídicos democráticos, pois o critério para averiguar se os princípios estão presentes é saber se o juiz, nos casos duvidosos, procede a uma ponderação. Conforme Alexy, aplica-se o seguinte teorema "quando uma pessoa procede a uma ponderação, ela se apoia necessariamente em princípios" (p.87).

No entanto, o positivista poderia argumentar que a ponderação não prova que todos os sistemas jurídicos contêm princípios e nem comprova que os princípios integram o sistema jurídico (os princípios seriam princípios morais e a ponderação seria um postulado extrajurídico). Alexy argumenta que, para o participante, o sistema jurídico é um sistema de procedimentos, ou seja, é "um sistema de ações baseadas em regras e direcionadas por regras, por meio das quais as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas" (ALEXY, 2009a, p.29), sendo que as razões e a fundamentação da decisão fazem parte do sistema; logo, o argumento da correção é uma pretensão jurídica e não meramente moral. Assim, "a pretensão à correção exige que, num caso duvidoso, sempre que possível, se proceda a uma ponderação e, por conseguinte, a uma consideração de princípios" (p.89).⁶²

realized to the highest degree that is actually and legally possible. The legal possibilities, in addition to being dependent on rules, are essentially determined by means of opposing principles, a fact that implies that principles can and indeed must be balanced. Rights based on principles are prima facie rights" (ALEXY, 1992, p.145).

⁶² Sobre o sopesamento de princípios, Alexy constrói um algoritmo (GUIBOURG, 2010, p.150): "Dados dois princípios, P_i e P_j , a importância de cada um deles pode ser quantificada. Se P_i e P_j competem entre si em dado conflito, a fórmula $W_{i,j} = l_i / l_j$ pode ser aplicada; nela l_j representa a intensidade da interferência com o princípio P_i , e l_i representa a importância da satisfação, neste caso, do princípio P_i . Se, a fim de satisfazer P_j , torna-se necessário infringir P_i , o *quantum* dessa infração pode ser estimado como forte (4), moderado (2) ou light (1)" (tradução livre de: "Given two principles, P_i and P_j , an amount of importance can be assigned to each. If P_i and P_j compete within a certain conflict, a formula $W_{i,j} = l_i / l_j$ can be constructed, where l_j stands for the intensity of

A teoria dos princípios compreende a investigação acerca das duas versões da tese da moral: "Na versão fraca, essa tese afirma que existe uma conexão necessária entre o direito e uma moral qualquer [tese da moral]. A versão forte diz que existe uma conexão necessária entre o direito e a moral correta [tese da correção]" (ALEXY, 2009a, p.91). Alexy defende a tese da correção, pois o discurso geral prático possui regras de argumentação e é possível, portanto, indicar uma moral correta (fundamentada). Apesar disso, Alexy concorda que a conexão necessária entre direito e moral é apenas um ideal, ou seja, uma pretensão que não necessariamente será cumprida – pensar diferente seria assumir que o direito é sempre moralmente correto. Assim, é possível afirmar um critério do que seja justo ou injusto:

A chave para esses critérios é a pretensão à fundamentabilidade, implicada pela pretensão à correção. Ela leva a exigências que uma moral deve cumprir minimamente para não ser identificada como falsa, bem como a exigências que uma moral deve cumprir ao máximo para ter a perspectiva de ser uma moral correta (ALEXY, 2009a, p.96).

A investigação da tese de que o direito, necessariamente, formula uma pretensão à correção implica considerações acerca dos sujeitos que formulam a pretensão de correção. Ela é promovida por sujeitos que agem, ou seja, por sujeitos que criam, interpretam, aplicam ou impõem o direito e são integrantes do chamado "círculo institucional". Esses sujeitos, que têm capacidade para determinadas ações legais, afirmam o direito: "Casos paradigmáticos são o dador de leis e o juiz. Que

interference with the principle Pi, and li stands for the importance of satisfying in this case the competing principle Pi. If, in order to satisfy Pj, it becomes necessary to infringe Pi, the quantum of such infringement could be estimated as strong (4), moderate (2) or light (1)". Por exemplo, em um caso concreto, se o peso de Pi é moderado e a interferência em Pj é séria, a fórmula de sopesamento resulta em 2/4 e a decisão deve ser contrária à prevalência de Pi. Guibourg critica o método de sopesamento de princípios de Alexy, uma vez que entende que o discurso racional não é suficiente para quantificar objetivamente a importância dos princípios. Ademais existiria uma circularidade na definição de discurso racional elaborada por Alexy. Segundo Guibourg (2010, p.153), "a justificação moral depende de bons argumentos; um argumento é bom se é aceito por um grande número de pessoais racionais, mas a pessoa é racional se pode aceitar bons argumentos porque eles são bons. Portanto, uma ação ou uma norma torna-se moralmente justificada se é baseada em argumentos morais aceitos por uma número de pessoas que aceitam esses argumentos porque eles são corretos, mas a correção dos argumentos depende de uma justificação moral e assim por diante" (tradução livre de: "[...] *moral justification depends on good arguments; an argument is good if it is accepted by a large number of reasonable people, but a person is reasonable if she is able to accept good arguments because they are good. Therefore, an action or a norm becomes morally justified if it is based on moral arguments accepted by a number of persons who accept them because of their being correct, but such being correct depends on moral justification, and so on*").

eles promovem aquela pretensão significa [...] que o ato jurídico é correto quanto ao conteúdo e procedimentalmente" (ALEXY, 2011, p.20).

Uma objeção a essa tese seria que os sujeitos poderiam formular a pretensão à correção de acordo com seus próprios interesses. Essa objeção é refutada se observada a diferenciação entre formulação de correção subjetiva e formulação de correção oficial:

Uma pessoa formula subjetivamente uma pretensão à correção se ela deseja formular essa pretensão. Essa pretensão também pode ser chamada formulação "pessoal" da correção. Em contrapartida, há uma formulação objetiva da correção se todos que decidem, julgam ou decidem uma questão em um sistema legal devam, necessariamente, formular uma pretensão à correção. A pretensão objetiva não é uma questão privada, mas é, necessariamente, conectada ao papel do participante em um sistema legal (ALEXY, 1998, p.206).⁶³

Assim, a pretensão à correção objetiva esclarece a afirmação de Alexy de que a "lei" formula uma pretensão à correção; rigorosamente é correto dizer que "a lei formula essa pretensão por intermédio das pessoas que trabalham para e no direito" (ALEXY, 1998, p.206).⁶⁴

Além do "círculo institucional", existe, também, o chamado "círculo não institucional" constituído por outras pessoas que formulam a pretensão à correção. Esse círculo é formado por pessoas cujo ponto de vista é o do participante e que, assim, questionam e podem argumentar entre si sobre o que é obrigatório, proibido, permitido ou autorizado em dado sistema. Portanto, qualquer participante em um sistema jurídico (por exemplo, um advogado no tribunal ou um cidadão dentro de um debate público) quando argumenta a favor ou contra determinados conteúdos do sistema está formulando uma pretensão à correção (ALEXY, 2009b, p.69).

⁶³ Tradução livre de: "A person raises a claim subjectively if she wants to raise it. In this regard it can also be called 'personal' claim to correctness. On the other hand, there is an objective claim to correctness if everybody who decides, judges, or discusses the matter in a legal system must necessarily raise this claim. The objective claim is not a private matter, but is necessarily connected to the role of a participant in the legal system" (ALEXY, 1998, p.206).

⁶⁴ Tradução livre de: "law raises this claim through persons who work for and in it" (ALEXY, 1998, p.206).

No que se refere à *satisfação* da pretensão à correção no direito, isto é, ao cumprimento do compromisso assumido com a justiça, Alexy afirma que sistemas jurídicos, normas jurídicas ou decisões judiciais que *formulem*, mas não *satisfaçam* a pretensão à correção, não perdem a qualificação de "jurídicos", mas se tornam deficientes. Isso acontece por força da dimensão ideal da pretensão à correção: a pretensão à correção é a expressão de uma meta ou objetivo e não, necessariamente, será satisfeita (ALEXY, 2009b, p.74).

Conforme anunciado na introdução deste Capítulo, os pressupostos teóricos apresentados – gênese do argumento de injustiça, quadro conceitual, norma fundamental, a relação entre o discurso prático e o discurso jurídico, bem como a pretensão de correção no direito – são articulados por Alexy na elaboração de seu próprio conceito não positivista de direito. Essa articulação é detalhada a seguir.

1.5 O CONCEITO DE DIREITO DE ROBERT ALEXY

Alexy articula os conceitos e as teses apresentados neste capítulo à luz do quadro conceitual proposto por ele e elabora um conceito de direito não positivista. A seguir serão analisadas essas articulações e, ao final do capítulo, será apresentado o conceito de direito não positivista de Robert Alexy.

O ponto de partida para articulação dos pressupostos teóricos é a relação entre as perspectivas e as conexões entre direito e moral. Esses pressupostos, apresentados em 1.2, podem ser resumidos como segue.

A perspectiva do observador é o ponto de vista externo, ou seja, o ponto de vista do sujeito que não questiona se dada decisão é justa, mas apenas busca as decisões de fato aplicáveis em dado sistema jurídico, por exemplo, a perspectiva de um viajante que busca informações acerca das regras de entrada em um país estrangeiro. A perspectiva do participante é a do ponto de vista interno, ou seja, é a perspectiva de quem participa da argumentação sobre o que está ordenado, proibido, permitido ou autorizado em um dado sistema jurídico. O centro desta perspectiva é o juiz, que deve decidir adequadamente (ALEXY, 2009a, p.30-31). O conceito de direito proposto por Alexy é formulado a partir da perspectiva do participante.

Segundo Alexy, a conexão entre direito e moral pode ser classificadora ou qualificadora. É classificadora quando as normas ou sistemas normativos que não satisfazem a um dado critério moral não são, por razões conceituais ou normativas, classificadas como normas ou sistemas jurídicos. A conexão é qualificadora quando normas ou sistemas normativos que não satisfazem dado critério moral são, ainda, classificados como normas ou sistemas jurídicos, porém são qualificados como juridicamente deficientes por razões conceituais ou normativas (ALEXY, 2009a, p.31-32).

Alexy, relacionando esses dois pressupostos, chega às seguintes conclusões (Quadro 2): do ponto de vista do *observador*, em relação a normas e decisões individuais, a conexão classificadora entre direito e moral é conceitualmente impossível, pois se o observador levar em conta elementos como a formulação ou não da pretensão de correção (compromisso do direito com a justiça) deixa de ser observador e torna-se crítico, logo, participante da argumentação. Os sistemas normativos, do ponto de vista do observador, comportam-se de forma diferente, pois aqueles sistemas normativos que não formulam, explícita e nem implicitamente, a pretensão à correção, mesmo que em grau mínimo, não podem ser classificados como sistemas jurídicos (isso faz possível diferenciar um conjunto de normas de um bando de foras da lei e um sistema jurídico).

Ainda do ponto de vista do observador, sistemas jurídicos que formulem, mas não satisfaçam a pretensão à correção ainda manterão a qualidade de "jurídico", mas não se poderá dizer que são deficientes, pois, da mesma maneira que em relação às normas individuais, se o observador levar em conta o justo deixará de ser observador e se tornará participante. Dessa maneira, na perspectiva do observador, a tese da separação pode ser considerada correta, mas terá por limite a não formulação de uma pretensão à correção (ALEXY, 2009a, p.33-42).

Na perspectiva do observador, o argumento de injustiça é inaplicável, pois se o observador questionar sobre a injustiça extrema, tornar-se-á participante.

PERSPECTIVA DO OBSERVADOR (NÃO SE QUESTIONA SOBRE JUSTIÇA)				
Correção		Elemento em análise	Conexão entre direito e moral	Observação
Primeiro nível	Formulação da pretensão à correção	Sistemas jurídicos	Classificadora	É preciso a formulação implícita/ explícita da correção para o sistema ser "jurídico"
		Normas jurídicas/decisões judiciais	Inexistente	Crítica levaria à perspectiva do participante
	Satisfação da pretensão à correção	Sistemas jurídicos	Inexistente	Crítica levaria à perspectiva do participante
		Normas jurídicas/decisões judiciais	Inexistente	Crítica levaria à perspectiva do participante
Segundo nível	Argumento de injustiça (segundo nível)	Sistemas jurídicos	Inexistente	Crítica levaria à perspectiva do participante
		Normas jurídicas/decisões judiciais	Inexistente	Crítica levaria à perspectiva do participante

QUADRO 2 - PERSPECTIVA DO OBSERVADOR

FONTE: Alexy (2009a)

NOTA: Quadro elaborado pela autora.

Do ponto de vista do *participante*, as conclusões são diferentes. Para Alexy, desse ponto de vista (Quadro 3), sistemas normativos como um todo que não formulem uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos – dessa maneira, a pretensão, nesses casos, tem uma consequência classificadora. Ainda do ponto de vista do participante, sistemas jurídicos que formulem, mas não satisfaçam a correção, são sistemas jurídicos deficientes, ou seja, nesses casos a consequência é qualificadora. A deficiência pode acontecer tendo em vista o caráter crítico existente na perspectiva do participante.

A consequência classificadora da perda de classificação de "jurídicos" quando os sistemas normativos não formulam uma pretensão à correção é pouco relevante, pois sistemas normativos, em geral, acabam por formular uma pretensão à correção – segundo Alexy (2001a, p.56), os piores tiranos, em geral, buscam legitimação. O argumento da correção é aplicável com frequência quando a correção é formulada, mas não é satisfeita – nesse caso há uma deficiência jurídica.

No caso de normas jurídicas e decisões judiciais individuais, do ponto de vista do participante, a relevância da pretensão à correção é somente qualificadora, pois normas que não formulem ou que formulem e não satisfaçam a pretensão à correção são deficientes, mas ainda são direito. Isso acontece por conta do caráter parasitário das normas jurídicas e decisões judiciais – basta que estejam inseridas dentro de um sistema jurídico que tenha formulado a pretensão à correção para que sejam consideradas "jurídicas". Entretanto, se essas normas ou decisões forem extremamente

injustas, as consequências serão classificadoras devido à transposição do umbral da injustiça e consequente aplicação do argumento de injustiça (ALEXY, 2009a, p.48-83). Nesse caso, essas normas ou decisões não são direito *ab initio*.

Alexy nega que seja possível a aplicação do argumento de injustiça aos sistemas jurídicos como um todo: sistemas jurídicos que não formulem a pretensão à correção não serão sistemas jurídicos já da perspectiva do observador e prescindem, portanto, da aplicação do argumento de injustiça nesse caso.

Assim, a relevância da pretensão à correção é que ela torna possível diferenciar o direito da força bruta e dá ao direito uma dimensão ideal necessária (conceitual). A relevância desse argumento se mostra ainda maior quando interage com os argumentos dos princípios e com o argumento da injustiça não somente nos casos duvidosos, mas após a derrocada de um sistema injusto (ALEXY, 2001a, p.56).

PERSPECTIVA DO PARTICIPANTE (ARGUMENTA-SE ACERCA DA JUSTIÇA)				
Correção		Elemento em análise	Conexão entre direito e moral	Observação
Primeiro nível (reflete a dimensão crítica do direito, mas prevalece a segurança jurídica)	Formulação da pretensão à correção	Sistemas jurídicos	Classificadora	É preciso a formulação implícita/ explícita da correção desde a perspectiva do observador
		Normas jurídicas/ decisões judiciais	Qualificadora	Sem formulação de pretensão, normas jurídicas são deficientes – mas ainda são direito (caráter parasitário)
	Satisfação da pretensão à correção	Sistemas jurídicos	Qualificadora	Sem satisfação da pretensão sistemas jurídicos são deficientes – mas ainda são direito
		Normas jurídicas/decisões judiciais	Qualificadora	Sem satisfação da pretensão sistemas jurídicos são deficientes – mas ainda são direito
UMBRAL DA INJUSTIÇA				
Segundo nível (justiça aniquila a segurança jurídica em casos especiais)	Argumento de injustiça	Sistemas jurídicos	Inexistente	Aplicação do argumento de injustiça é realizada norma à norma
		Normas jurídicas/ decisões judiciais	Classificadora	Normas/decisões individuais extremamente injustas não são direito <i>ab initio</i>

QUADRO 3 - PERSPECTIVA DO PARTICIPANTE

FONTE: Alexy (2009a)

NOTA: Elaborado pela autora.

O exposto demonstra que as reflexões de Alexy são articuladas entre si, o que justifica a exposição das premissas de sua teoria antes das considerações acerca do conceito de direito não positivista desenvolvido pelo autor, que serão efetuadas a partir deste ponto.

Essas considerações exigem a retomada dos conceitos de validade que implicaram a norma fundamental proposta por Alexy (vide 1.3). Segundo o autor (ALEXY, 2009a, p.16), existem três conceitos de validade, o sociológico, o ético e o jurídico, que são ligados aos elementos que se combinam para compor os diversos conceitos de direito: respectivamente, eficácia social, correção material e legalidade conforme o ordenamento. Os diferentes conceitos de direito têm por base a importância atribuída para cada um dos três elementos conforme quadro 4.

CONCEITOS DE DIREITO	ELEMENTOS
Puramente jusnatural ou jusracional	Eficácia material (correção material)
Puramente positivista	Eficácia social (aspecto interno ou externo) e (ou) Legalidade (normatização)
Conceitos intermediários	Diversas combinações dos elementos

QUADRO 4 - CONCEITOS DE DIREITO

FONTE: Alexy (2009a)

NOTA: Elaborado pela autora.

No conceito puramente jusnatural ou jusracional há consideração exclusiva da eficácia material, enquanto no conceito puramente positivista pode haver orientação primariamente para a normatização (legalidade)⁶⁵ ou para eficácia social.⁶⁶ Os conceitos intermediários ocupam os espaços entre esses dois conceitos e são possíveis inúmeras variantes e combinações. Assim, posições diversas podem ser acolhidas sob o rótulo de positivismo ou não positivismo jurídico desde que acolhida ou não a tese da separação entre direito e moral. Por isso, o embate entre positivismo e não positivismo jurídico, ressalta Alexy, parece uma

⁶⁵ Segundo Alexy (2009a, p.18-23), no século XX, Hans Kelsen e Herbert Hart são os autores mais importantes da corrente positivista orientada para a normatização. Enquanto Kelsen define o direito como um ordenamento normativo coativo cuja validade tem por base a norma fundamental pressuposta, Hart define o direito como sistema que pode ser identificado por meio de uma regra de reconhecimento cuja função é análoga a da norma fundamental de Kelsen, com a diferença de tratar-se de um fato social. As teorias positivistas primariamente orientadas para a legalidade (normatização) também são importantes no âmbito da teoria analítica do direito (que procede a análise lógica ou conceitual da prática jurídica).

⁶⁶ A eficácia social pode ser referida à regularidade de observância da norma e à sanção de sua não observância, que é o chamado aspecto externo da eficácia social; a motivação da observância ou aplicação da norma é o chamado aspecto interno. Exemplo importante de teoria positivista primariamente orientada para eficácia social orientada ao aspecto externo é o de Max Weber, que afirma que um ordenamento se chamará direito se garantido externamente por coerção; exemplos importantes de orientação para o aspecto interno são de Ernst Rudolf Bierling, para quem o conceito de reconhecimento tem papel central, e o de Niklas Luhmann, para quem o direito tem por base expectativas normativas.

[...] polêmica sem fim, o que é um traço característico das discussões filosóficas. Nesse tipo de disputas, ao mesmo tempo intermináveis, perspicazes e persistentes, pode-se supor que todos os participantes, em algum sentido ou sob alguma condição, têm razão (ALEXY, 2006b, p.235).⁶⁷

Ciente da polêmica, Alexy propõe um conceito não positivista de direito que entrelaça dois vieses: por um lado, o decretado e o eficaz, que formam o lado fático e institucional do direito, e, por outro lado, o correto, que forma a dimensão ideal ou discursiva do direito (ALEXY, 2011, p.20). O conceito de direito não positivista de Alexy é o seguinte:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade de normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção (ALEXY, 2009a, p.151).

Esse mesmo conceito é apresentado no quadro 5, a seguir.

DIVISÕES E SUBDIVISÕES/ARGUMENTO PRINCIPAL		CONTEÚDO
Primeira parte (argumento de correção)		O direito é um sistema normativo que formula uma pretensão à correção,
Segunda parte (argumento da injustiça)	Primeiro nível (Constituição)	consiste na totalidade de normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas,
	Segundo nível (normas estabelecidas em conformidade com a Constituição)	bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas,
Terceira parte (argumento de princípios)		ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e (ou) deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.

QUADRO 5 - CONCEITO DE DIREITO NÃO POSITIVISTA DE ROBERT ALEXY

FONTE: Alexy (2009a, p.151)

NOTA: Elaborado pela autora.

⁶⁷ Tradução livre de: "[...] *polémica sin fin, lo que es un rasgo característico de las discusiones filosóficas. En este tipo de disputas al mismo tiempo interminables, perspicaces y persistentes, se puede suponer que todos los participantes, en uno u otro sentido o bajo alguna condición, tienen razón*" (ALEXY, 2006b, p.235).

O conceito de direito de Alexy é uma definição a partir do ponto de vista do participante, sendo que às partes principais correspondem, respectivamente, o argumento da correção, o da injustiça e o dos princípios.

A primeira parte tem a pretensão de correção como argumento central, pois "sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos" (ALEXY, 2009a, p.152). Por isso, nesse caso, a pretensão à correção tem uma relevância classificadora (embora, isso não seja muito importante, pois, em geral, sistemas jurídicos formulam uma pretensão à correção mesmo que minimamente justificada). A relevância qualificadora é a mais importante: "Ela consiste no fato de que o mero não cumprimento da pretensão à correção, embora não prive os sistemas ou normas jurídicas individuais do caráter jurídico ou da validade jurídica, torna-os juridicamente defeituosos" (ALEXY, 2009a, .152).

Logo, o direito, segundo Alexy, possui uma condição ideal ou crítica necessária.

A segunda parte consiste na relação entre os elementos do direito: legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material. A determinação dessa relação acontece em dois níveis: o da Constituição e o das normas estabelecidas em conformidade com a Constituição.

No primeiro nível, o da Constituição, pressupõe-se a validade de uma Constituição se ela for socialmente eficaz em termos globais e quando o sistema jurídico como um todo, estabelecido em conformidade com a constituição, for socialmente eficaz em termos globais. Alexy salienta que, nesse nível, o conceito de eficácia social contém como características a coação e a dominância ante a sistemas normativos concorrentes:

Esse conceito contém a característica da coação, porque a eficácia social de uma norma consiste em sua observância ou em punição caso ela não seja observada, e porque a punição em caso de inobservância de normas jurídicas inclui o exercício da coação física, que, nos sistemas jurídicos desenvolvidos, é coação organizada pelo Estado. A característica da dominância em relação a sistemas normativos concorrentes compreende o conceito da eficácia social em termos globais, porque um sistema normativo que não se impõe perante outros em caso de conflito não é socialmente eficaz em termos globais (ALEXY, 2009a, 153).

Esse critério, se considerado individualmente, poderia ser aplicado aos conceitos positivistas de direito. Ele somente ganhará um caráter não positivista quando a eficácia social for limitada pelo argumento da injustiça extrema.

O segundo nível, da segunda parte, compreende as normas individuais em conformidade com a Constituição. Nesse caso, a condição de validade jurídica é a legalidade da norma conforme o ordenamento. Sob a perspectiva de um direito de caráter não positivista, essas normas se comportam da seguinte maneira: "Normas individuais estabelecidas em conformidade com o ordenamento perdem a validade jurídica quando não apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e/ou quando são extremamente injustas" (ALEXY, 2009a, p.154).

A terceira parte do conceito de direito de Alexy incorpora o procedimento de aplicação do direito ao conteúdo do direito, uma vez que os argumentos nos quais se apoia quem aplica o direito para satisfazer a pretensão à correção fazem parte do direito. Assim, "[...] os princípios – ainda que não possam ser identificados como princípios jurídicos em virtude dos critérios de validade da Constituição – e os outros argumentos normativos que fundamentam a decisão tornam-se componentes da decisão" (ALEXY, 2009a, p.155).

Portanto, integram o conceito de direito tanto os argumentos com os quais o aplicador justifica faticamente sua decisão como aqueles nos quais as decisões deveriam apoiar-se para satisfazer a pretensão à correção. Assim, conclui Alexy, é "possível uma crítica da prática decisória a partir do ponto de vista do direito" (ALEXY, 2009a, p.155).

O conceito de direito não positivista de Alexy e a inserção nele do argumento de injustiça, com base nos pressupostos teóricos apresentados neste capítulo, refletem a tese de Alexy de que há uma relação necessária entre o direito e a moral. Partindo dessa necessária relação, Alexy apresenta as justificativas para aplicação do argumento de injustiça naqueles casos nos quais é ultrapassado o umbral da injustiça e realiza uma análise da sua aplicação no caso das sentinelas do Muro de Berlim – a falta de apuro teórico levou a uma fundamentação imprecisa da decisão por parte da Justiça alemã, embora tenha sido acertada a aplicação do argumento. Essas considerações serão apresentadas no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2

O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA NO CASO DAS SENTINELAS DO MURO DE BERLIM: A ANÁLISE DE ROBERT ALEXY

O objetivo deste capítulo é apresentar as razões que justificam a aplicação do argumento de injustiça na perspectiva do participante, bem como expor a análise efetuada por Alexy da fundamentação das decisões da justiça alemã, no caso das sentinelas do Muro de Berlim e no caso dos membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA. Alexy busca fornecer um arcabouço teórico que permita à aplicação do argumento de injustiça com base não em argumentos emocionais e políticos, mas em argumentos da filosofia do direito e da teoria geral do direito.

Alexy toma como um dos alicerces de suas teorizações o argumento de injustiça de Gustav Radbruch ("direito extremamente injusto não é direito *ab initio*"). Em geral, a discussão da fórmula é feita com base em argumentos normativos, sopesando valores da justiça e segurança jurídica, mas Alexy faz uma investigação que leva em conta, também, argumentos conceituais. Dessa análise decorre a conclusão da inaplicabilidade da fórmula na perspectiva do observador, bem como emergem as razões para sua aplicação na perspectiva do participante. A apresentação dessas considerações de Alexy iniciará este capítulo.

Em prosseguimento, serão apresentados os casos citados por Alexy como paradigmáticos, no campo da cidadania e patrimônio, nos quais o argumento de injustiça foi aplicado. Em seguida, serão expostas as análises de Alexy das decisões da justiça alemã no caso das sentinelas do Muro de Berlim e no caso dos membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA – nesses casos, a fórmula de Radbruch foi aplicada e os réus foram considerados responsáveis pelo assassinato de pessoas que tentavam cruzar a fronteira entre a Alemanha dividida. Segundo Alexy, embora a aplicação da fórmula tenha sido correta, houve falhas em relação à fundamentação das decisões.

Com a análise de casos concretos, Alexy comprova a sua tese de que a importância do estudo do argumento de injustiça ultrapassa o âmbito da filosofia do direito, pois tem consequências práticas importantes em casos nos quais é preciso dar solução para a impossibilidade de punição dos responsáveis pelo cometimento de atos de extrema injustiça ocorridos em um regime injusto anterior.

As considerações de Alexy em relação às justificativas de aplicação do argumento de injustiça e sua crítica às decisões no caso dos atiradores do Muro de Berlim fornecem subsídios para uma melhor compreensão e avaliação das discussões entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin, que compreenderão o núcleo do último capítulo.

2.1 PERSPECTIVA DO OBSERVADOR: INSUSTENTABILIDADE DA TESE DA VINCULAÇÃO

A perspectiva do observador é aquela de quem se pergunta pela decisão de fato em determinado sistema jurídico, enquanto a perspectiva do participante é aquela de quem participa da argumentação em relação à correção de dada decisão, como já visto no capítulo 1. Alexy examina se a tese da vinculação necessária entre o direito e a moral se sustenta em cada uma dessas perspectivas:

Deseja-se saber se uma infração contra um critério moral qualquer subtrai das normas de um sistema normativo o caráter de normas jurídicas ou de todo o sistema normativo o caráter de sistema jurídico. Quem pretende responder afirmativamente a essa questão precisa mostrar que o caráter jurídico de normas ou de sistemas normativos perde-se quando se ultrapassa determinado limiar da injustiça ou da iniquidade. Justamente essa tese da perda da qualidade jurídica, quando se ultrapassa um limiar da injustiça – independentemente de como ela é determinada –, é designada como "argumento da injustiça" (ALEXY, 2009a, p.33).

Alexy (2009a, p.34-37) conclui que, na perspectiva do observador, em se tratando de normas individuais, o argumento da injustiça não é cabível. O exemplo que justifica essa afirmação é o seguinte: um jurista estrangeiro entenderia perfeitamente, sem mais esclarecimentos ou argumentações morais, o enunciado "A é desnaturalizado conforme o direito alemão", mesmo que essa desnaturalização, embora legal, tivesse ocorrido com base em norma contrária à moral.

Esse exemplo demonstra que, do ponto de vista do observador, não se faz necessária (ao menos conceitualmente) a inclusão de elementos morais no conceito de direito. Reforça essa conclusão o fato de que, para esse mesmo jurista estrangeiro, seria contraditória a afirmação de que A não é desnaturalizado embora haja normas nesse sentido que atendem a todos os critérios de validade.

Assim, a inclusão classificadora ou qualificadora de elementos morais na perspectiva do observador, em relação a normas individuais, é conceitualmente impossível. Esse observador, se levar em conta elementos como o justo, deixa de ser observador, torna-se crítico e passa para a perspectiva do participante (ALEXY, 2009a, p.37).

Alexy avalia se os sistemas jurídicos como um todo se comportariam da mesma maneira que as normas individuais, na perspectiva do observador, a partir de reflexões sobre dois tipos de ordenamento social que não são sistemas jurídicos, os ordenamentos absurdos e os predatórios ou rapaces. Um ordenamento absurdo é aquele imposto por um grupo de bandoleiros armados nos quais os dominados não têm direito algum (as ordens são contraditórias e cambiantes e os dominados obedecem exclusivamente por medo da violência). Esse ordenamento absurdo transforma-se em ordenamento predatório ou rapace quando os bandidos se organizam. "Isso pressupõe, no mínimo, que se introduzam uma proibição de violência e uma hierarquia de ordens entre os indivíduos armados" (ALEXY, 2009a, p.40), com a finalidade de manter a dominação, mas essa violência e hierarquia não fundamentam direitos dos subordinados.

Em longo prazo, o ordenamento predatório ou rapace transformar-se-á em um ordenamento de dominadores legitimado por uma finalidade superior (por exemplo, desenvolvimento do povo); além disso, uma determinada forma e certos procedimentos deverão ser obedecidos na relação entre dominados e dominadores. Nesse ponto, embora injusto, da perspectiva conceitual, estamos diante de um ordenamento jurídico porque há uma pretensão à correção, que tem uma importância qualificadora.

Assim, "somente em sentido direto ou figurado poderá um observador designar como 'sistema jurídico' um sistema normativo que não formule explícita nem implicitamente uma pretensão à correção" (ALEXY, 2009a, p.42); portanto, "sistemas normativos que não formulam explícita e nem implicitamente uma pretensão à correção não podem ser classificados como sistemas jurídicos já a partir da perspectiva do observador" (p.76).

Do exposto decorre que, na perspectiva do observador, questionamentos acerca da justiça apenas têm cabimento em relação à formulação da pretensão de correção no tocante a sistemas jurídicos como um todo. Se houver a formulação da pretensão de correção, ainda que em grau mínimo, questionamentos acerca da justiça não são mais pertinentes, pois levariam à perspectiva do participante. Logo, o

argumento de injustiça, que questiona a injustiça extrema, não é cabível nesta perspectiva em nenhum caso.

Portanto, conclui Alexy, na perspectiva do observador, a tese da separação entre direito e moral, é correta, mas terá por limite, em relação a sistemas normativos considerados como um todo, a não formulação de uma pretensão à correção.

2.2 PERSPECTIVA DO PARTICIPANTE: RAZÕES PARA APLICAÇÃO DO ARGUMENTO DA INJUSTIÇA

A perspectiva do participante é aquela de quem participa da argumentação em um discurso jurídico e questiona se dado sistema normativo, norma jurídica ou decisão judicial são corretos (justos). Por isso, é uma perspectiva crítica. Segundo Alexy, o resultado da investigação é diferente para sistemas normativos, de um lado, e para normas jurídicas e decisões judiciais, de outro.

O argumento de correção possui, na perspectiva do participante, quanto a sistemas normativos, uma função classificadora, pois "sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos" (ALEXY, 2009a, p.43), e uma função qualificadora, pois sistemas jurídicos que formulam essa pretensão, mas não a satisfazem, são sistemas jurídicos defeituosos. Cabe à pretensão à correção uma relevância exclusivamente qualificadora quando se refere a normas jurídicas e decisões jurídicas individuais: elas são juridicamente defeituosas quando não formulam ou não satisfazem a pretensão à correção, antes do limiar da injustiça extrema. Isso porque o direito e a moral, embora tenham conexões, não se confundem e uma norma jurídica, apesar de injusta ainda é direito, desde que acoplada a um sistema jurídico no qual a pretensão à correção, foi, ao menos, formulada – somente deixaria de ser jurídica após transposto o limiar do direito extremamente injusto.

Quando se ultrapassa o que Alexy denomina "umbral da injustiça", o argumento de injustiça deve ser aplicado. A análise desse argumento, na perspectiva do participante, deve ser efetuada em dois campos: no da norma jurídica e da decisão judicial individual e no do sistema jurídico.

No campo das normas individualmente consideradas, é essência do argumento da injustiça que normas individuais perdem seu caráter jurídico "quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto" (ALEXY, 2009a, p.48). Alexy partiu da fórmula de Radbruch "direito extremamente injusto não é direito *ab initio*" examinada no Capítulo 1.

Para justificar a aplicação da fórmula, segundo Alexy, é preciso contrapor o argumento da injustiça a outros argumentos (ALEXY, 2006b, p.241) que fundamentam posições pró e contra a fórmula de Radbruch. Alexy analisará os seguintes: o argumento linguístico, o argumento da clareza, o argumento da efetividade, o argumento da segurança jurídica, o argumento do relativismo, o argumento da democracia, o argumento da inutilidade e o argumento da honestidade. Dessa análise decorre a constatação de Alexy que as razões em favor da aplicação do argumento de injustiça, na perspectiva do participante, são mais fortes do que as objeções.

O argumento linguístico refere-se à aplicação conveniente da palavra direito – por exemplo, se dada norma não for aplicada por ser considerada extremamente injusta, não seria adequado dizer que essa norma é direito sob pena de contradição. Todavia, não há indicação de qual palavra substituiria o conceito de direito axiologicamente neutro pelo conceito de direito carregado de moral. Para Alexy, a contradição do exemplo soluciona-se se o juiz disser que dada norma, mesmo sendo extremamente injusta, *prima facie*, é direito, embora, no resultado, não o seja (ALEXY, 2009a, p.51). Para Alexy, se houver razões substanciais em favor da inclusão de elementos morais no conceito de direito, o uso linguístico também deverá se adequar a essa inclusão visto que argumentos substanciais não podem ser prejudicados por argumentos linguísticos.

Por sua vez, quem introduz no debate acerca da aplicação do argumento de injustiça o argumento de clareza levanta dúvidas se a inclusão de elementos morais no conceito de direito não positivista geraria confusão. Alexy (2006b, p.242) argumenta que o "não positivismo pode, também, formular-se em linguagem clara, e o positivismo também pode ser considerado como uma filosofia discutível [...]"⁶⁸. Além disso, um conceito complexo pode ser claro e os juristas não farão confusão com a inclusão de elementos morais no conceito de direito. No que diz respeito ao cidadão, a suposta falta de clareza estaria ligada à dificuldade de designação do que sejam normas

⁶⁸ Tradução livre de: "[...] no positivismo puede también formularse en lenguaje claro, y el positivismo también puede ser considerado como una filosofía discutible [...]" (ALEXY, 2006b, p.242).

extremamente injustas (mas essa seria uma questão não de clareza, mas de segurança jurídica – argumento que será tratado adiante).

Outro argumento objeto da análise de Alexy é o da efetividade, ou seja, a análise dos efeitos do não positivismo contra a injustiça. Alexy diz que Radbruch reclamou a inclusão de elementos morais no conceito de direito e indica a potencial efetividade dessa inclusão:

Radbruch era positivista antes dos tempos do nacional-socialismo. Depois de 1945, mudou sua concepção e passou a defender a opinião de que o positivismo jurídico deixou "tanto os juristas quanto o povo desarmados contra leis ainda tão arbitrárias, ainda tão cruéis, ainda tão criminosas". A inclusão de elementos morais no conceito de direito por ele reclamada tem por função "armar...[os juristas] contra o retorno de semelhante Estado injusto". (ALEXY, 2009a, p.55)

Para Alexy, a fórmula de Radbruch trata do passado e do futuro, mas a sua aceitação deve ter por base a possibilidade de projeção para o futuro, ou seja, se seria efetiva para evitar o retorno de Estados extremamente injustos (ALEXY, 2009a, p.232-243). Para explorar a questão, Alexy (2009a, p.242) cita Hart, para quem seria um pensamento ingênuo, embora simpático, pensar que o não positivismo teria algum efeito contra a injustiça legal. Nas palavras de Hart (1983, p.74) é

[...] impossível ler sem simpatia o apaixonado pleito de Radbruch de que a consciência jurídica alemã deveria estar aberta a demandas morais, bem como sua afirmação de que isso tem acontecido pouco na tradição alemã. Por outro lado, há uma extraordinária ingenuidade na visão de que a insensibilidade às exigências da moral e a subserviência ao poder do Estado, por parte de um povo como o alemão, tenha surgido da crença de que a lei é lei mesmo não estando em conformidade com requisitos mínimos da moralidade. Ao contrário, esta história terrível leva a questão do porquê da ênfase do slogan "lei é lei" e a distinção entre direito e moral adquiriram um caráter sinistro na Alemanha – em outros lugares, bem como com os utilitaristas, essa distinção foi absorvida junto com as esclarecidas atitudes liberais.⁶⁹

⁶⁹ Tradução livre de: "[...] impossible to read without sympathy Radbruch's passionate demand that the German legal conscience should be open to the demands of morality and his complaint that this has been too little the case in the German tradition. On the other hand there is an extraordinary naivety in the view that insensitiveness to the demands of morality and subservience to state power in a people like the Germans should have arisen from the belief that law might be law though it failed to conform with the minimum requirements of morality. Rather this terrible history prompts inquiry into why emphasis on the slogan 'law is law', and the distinction between law and morals, acquired a sinister character in Germany, but elsewhere, as with the Utilitarians themselves, went along with the most enlightened liberal attitudes" (HART, 1983, p.74).

Sobre o posicionamento de Hart, acerca de uma suposta falta de efetividade na aplicação da fórmula, Alexy anuncia que, para aprofundamento na questão, é preciso distinguir duas teses no âmbito da efetividade. A primeira tese afirma que "um conceito não positivista de direito comporta o risco de legitimar a injustiça legal de forma acrítica" (ALEXY, 2009a, p.57). Segundo Alexy, essa tese não prospera, pois tal risco somente existiria se a tese da vinculação afirmasse que uma norma somente seria jurídica se seu conteúdo fosse condizente com a moral (tese forte da vinculação). Ao contrário, a fórmula de Radbruch expressa que "o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, é injusto e não atende a uma finalidade" (p.57).

Nesse sentido, o caráter jurídico da norma somente será retirado quando houver uma contradição insustentável entre direito e moral (tese fraca). Logo, normas injustas (ímorais) podem ser direito e isso permite uma crítica interna ao direito. O caráter jurídico da norma somente será retirado a partir de certo limiar marcado por exigências morais mínimas.

Quanto à segunda tese, "um conceito não positivista de direito não pode desenvolver efeito algum contra a injustiça legal" (ALEXY, 2009a, p.57), Alexy sustenta que se poderia concordar com

(...) com Hart e Hoerster [que sustentam] que definições teórico-jurídicas ou filosófico-jurídicas não são capazes de mudar a realidade. Para um juiz num Estado injusto não existe uma diferença relevante entre ele recorrer a Hart, negando-se a aplicar uma lei extremamente injusta por razões morais, ou a Radbruch, utilizando-se de razões jurídicas. Em ambos os casos, ele tem de contar com sacrifícios pessoais, e a disposição para assumi-los depende de outros fatores que não a definição do conceito de direito (ALEXY, 2009a, p.60).

Dessa maneira, no mínimo, pode-se ter como certo que, em um Estado injusto, o conceito não positivista de direito é tão eficaz quanto o seria um conceito positivista. (ALEXY, 2009a, p.60). No entanto, um importante efeito do conceito não positivista de direito em Estados injustos é o chamado "efeito de risco" (p.60). Sob o conceito não positivista de direito, ao pronunciar, por exemplo, uma condenação penal por crime de terrorismo respaldada por uma norma injusta, o juiz correrá o risco de, mais tarde, não conseguir justificar-se e ser processado. O risco seria menor sob um conceito positivista de direito. Assim,

uma aceitação majoritária ou geral de um conceito não positivista de direito aumento o risco das pessoas que cometem ou participam de atos de injustiça legalmente respaldados por um Estado injusto. [...] Dessa forma, a aceitação majoritária ou geral de um conceito não positivista de direito pode ter efeitos positivos já num Estado injusto (ALEXY, 2009a, p.62).

Alexy sustenta, portanto, que os efeitos do não positivismo em um Estado injusto não são piores do que o positivismo, "sendo até melhores em alguns aspectos" (ALEXY, p.2009a, 62).

O argumento da segurança jurídica é bastante discutido. Quando utilizado por aqueles contrários à aplicabilidade da fórmula de Radbruch, demonstra que o não positivismo põe em risco a segurança jurídica. Esse argumento transforma-se no argumento da anarquia quando se admite o pressuposto de que o julgamento que se faz das normas, a partir do argumento da injustiça, autoriza a que todos desobedeçam às leis. Segundo Alexy, esse argumento teria algum fundamento apenas no caso de aceitação da tese forte da vinculação, na qual se entende por uma coincidência completa entre direito e moral (ALEXY, 2006b, p.245). Todavia, o não positivismo, que parte da tese fraca de vinculação, não é atingido por esse argumento. É o caso da fórmula de Radbruch que somente desconsidera o caráter jurídico da norma no caso de injustiça extrema. Segundo Alexy, seria possível

[...] sustentar que são concebíveis casos nos quais não se pode dizer com total certeza que existe uma injustiça extrema. Contudo, em comparação com as inseguranças às quais a reconhecimento do direito está associada de forma bastante genérica, isso quase não tem importância. Por isso, a tese não positivista da vinculação leva, quando muito, a uma perda mínima da segurança jurídica (ALEXY, 2009a, p.63).

O dano mínimo à segurança jurídica é aceitável desde que sopesado com o dano à justiça material. Isso porque, Alexy bem destaca, considerar a segurança jurídica (ou qualquer outro princípio) como princípio absoluto "contém certa dose de fanatismo" (ALEXY, 2009a, p.64).

As reflexões até aqui levam a um questionamento importante: existiria algo como a injustiça extrema? A resposta a essa questão pode ser esboçada pela análise do argumento do relativismo. Segundo a tese do relativismo radical, tanto a injustiça quanto a injustiça extrema são insuscetíveis de fundamentação racional ou reconhecimento objetiva. Isso significa que o juiz, quando decidir contra a lei, decidirá sempre de acordo com suas preferências subjetivas. Alexy derruba esse argumento:

Se todas as decisões de justiça não fossem outra coisa que a mera expressão de emoções, decisões, preferências, interesses ou ideologias, isto é, se correspondessem à tese do relativismo radical e do subjetivismo, pouco diriam a favor de um conceito não positivista de Direito. Nesse caso, a fórmula de Radbruch não seria outra coisa que a autorização ao juiz, em casos nos quais suas convicções subjetivas se vissem afetadas de modo especialmente intenso, para decidir contra a lei. No entanto, o não positivismo pressupõe uma ética não relativista, ao menos rudimentar (ALEXY, 2006b, p.246).⁷⁰

Alexy observa que Radbruch, depois de 1945, chamou atenção para a experiência histórica que elaborou por meio de um consenso as declarações de direito humanos e civis. Alexy sustenta que, para responder a um cético que objetasse que as declarações e os consensos se tratariam apenas de um "erro coletivo", a afirmação de que "a aniquilação física e material de uma minoria da população por motivos racistas é uma injustiça extrema" deve ser fundamentada racionalmente. Se isso não for possível, ainda assim, a referência à realidade de um consenso já seria um ponto de partida.

Quanto à possibilidade de um juiz recorrer a uma moral nazista diante de leis justas e democráticas, Alexy argumenta que, em um Estado que se encontre dentro da tradição dos direitos humanos, um juiz que se ativesse a tal moral fracassaria diante de um amplo consenso sobre os direitos fundamentais (não seria possível julgamentos racionalmente fundamentados em uma moral nazista ante a leis democraticamente bem-sucedidas). Ainda, segundo o autor, o risco

[...] de um juiz, recorrendo a um conceito não positivista de direito, negar a leis justas o caráter jurídico em virtude uma infração contra uma "moral nazista" que seja insustentável para ele existe somente numa sociedade que se tenha tornado majoritariamente adepta de uma "moral nazista". Poder fazer mau uso do conceito não positivista de direito dessa forma e em tal sociedade é uma desvantagem que, no entanto, não se mostra tão relevante (ALEXY, 2009a, p.67).

⁷⁰ Tradução livre de: "*Si todas las decisiones de justicia no fuesen otra cosa que la mera expresión de emociones, decisiones, preferencias, intereses o ideologías, esto es, si correspondiesen a la tesis del relativismo radical y del subjetivismo, poco dirían a favor de un concepto no positivista de Derecho. En ese supuesto la fórmula de Radbruch no sería otra cosa que la autorización al juez, en casos en los que sus convicciones subjetivas se viesen afectadas de modo especialmente intenso para decidir en contra de la ley. Pero el no positivismo presupone una ética no relativista al menos rudimentaria*" (ALEXY, 2006b, 246).

Dessa maneira, os argumentos do relativismo e da segurança jurídica remetem ao argumento da democracia. Por meio desse argumento, quando contrário à viabilidade da fórmula de Radbruch, sustenta-se que haveria risco de que o juiz que recorra à justiça venha a contrapor-se ao legislador (que, afinal, fora democraticamente legitimado), de forma que haveria uma intervenção indevida do Judiciário no Legislativo, ou seja, a fórmula de Radbruch iria de encontro à divisão de poderes (ALEXY, 2009a, p.68).

Alexy sustenta que essa objeção não faz sentido em ditaduras que não conhecem nem democracia e nem divisão de poderes (ALEXY, 2006b, p.148). Por outro lado, em Estados democráticos, há que se levar em conta que a fórmula, ao referir-se apenas à injustiça extrema, tem eficácia somente nesse núcleo essencial. Ademais, o controle

[...] por parte da jurisdição constitucional das violações de direitos fundamentais nos Estados democráticos constitucionais vai mais além quanto ao seu conteúdo. Quem aduz um argumento de democracia ou da divisão de poderes contra a fórmula de Radbruch deveria, por essa razão, rechaçar qualquer vinculação do legislador aos direitos fundamentais judicialmente controláveis (ALEXY, 2006b, p.249).⁷¹

Assim, segundo Alexy (2009a, p.249), aceitar o argumento da democracia contra a tese fraca da vinculação significaria rechaçar toda e qualquer possibilidade de controle judicial em Estados constitucionais democráticos.

Quem argumenta a favor da possibilidade da revogação de uma lei injusta simplesmente mediante a uma lei retroativa sem a necessidade do não reconhecimento da qualidade jurídica e aplicação da fórmula de Radbruch está a se referir ao argumento da inutilidade (2009a, p.70-71). No caso de desmoronamento de regimes injustos, bastaria que o novo legislador suprimisse a injustiça mediante uma lei retroativa. Segundo Alexy, a solução não é tão simples: há casos em que o legislador não é suficientemente ativo e, além disso, no campo penal, vigora o princípio elementar do

⁷¹ Tradução livre de: "[...] por parte de la jurisdicción constitucional de las violaciones de derechos fundamentales en los Estados democráticos constitucionales va más allá en cuanto a su contenido. Quién aduzca un argumento de la democracia o de la división de poderes contra la fórmula de Radbruch debería, por esa razón, rechazar cualquier vinculación del legislador a los derechos fundamentales judicialmente controlable" (ALEXY, 2006b, p.249).

Estado de direito "*nulla poena sine lege*" e, por isso, as leis penais retroativas são proibidas. Diante disso, o argumento da inutilidade perde sua força.

Ainda se pode pensar se o princípio da proibição da retroatividade poderia admitir exceções em casos de injustiça extrema. Segundo Alexy (2009a, p.70), isso não é possível em Estados democráticos, pois os princípios elementares do Estado de direito não estão à disposição do legislador – e, ainda que estivessem, faticamente seria muito difícil a aprovação de uma maioria qualificada necessária à modificação da Constituição. Portanto, não é válido o argumento da inutilidade da fórmula de Radbruch.

O último argumento analisado por Alexy (2009a, p.71) é o da honestidade: a questão é se o conceito não positivista de direito elidiria, de forma dissimulada, o princípio da "*nulla poena sine lege*" nas infrações penais. Alexy utiliza um caso, primeiramente analisado por Hart (1983, p.75-76), para ilustrar o argumento, como segue.

Em 1944, uma mulher, querendo ver-se livre do marido, declarou às autoridades que ele teria feito comentários depreciativos a respeito de Hitler. O homem foi preso e condenado à morte, em aplicação de dispositivos que cominavam pena a manifestações desse tipo; porém, em vez de ser executado, foi enviado para a linha de frente em cumprimento de sursis. Em 1949, a mulher foi denunciada por privação de liberdade e foi considerada culpada pelo Tribunal de Justiça de Bamberg "com base numa construção dogmático-penal contestável" segundo a qual "uma privação de liberdade punível em autoria mediata também pode ser praticada quando aquele que atua diretamente, ou seja, nesse caso, o Tribunal, age legalmente" (ALEXY, 2009a, p.72).

O que importa, segundo Alexy, é o fundamento da condenação. Segundo Hart, o Tribunal condenou a mulher negando validade jurídica às leis nas quais se baseara a sentença de morte do marido (teria havido aplicação da fórmula de Radbruch). Hart observa que, além da solução dada pelo Tribunal, existiriam ainda duas possibilidades: deixar a mulher impune ou a resignação com o fato de que a punição requereria a promulgação de uma lei flagrantemente retroativa. Para Hart, escolher abertamente entre esses dois males teria sido mais honesto do que a construção dogmático-penal utilizada para solucionar o caso (HART, 1983, p.76-77)⁷².

⁷² Hart, em escritos posteriores, admite que expôs o caso erroneamente, pois o Tribunal não considerou nula a lei que cominava pena ao delito da mulher. No entanto, Hart mantém o exemplo ressaltando que deve ser considerado como um caso hipotético (HART, 1986, p. 289-290).

Alexy, analisando as ponderações de Hart, salienta que o argumento da honestidade (admissão que a lei retroagiria em determinados casos) é o mais forte a favor do positivismo. No entanto, a fórmula de Radbruch

[...] leva apenas à punibilidade daqueles atos cujo conteúdo injusto é tão extremo e, conseqüentemente, tão evidente que é mais fácil ser reconhecido do que em muitas infrações penais comuns. Isso é aceitável, pelo menos quando, como no caso da denunciante, não se trata de produzir normas que fundamentem a punibilidade com a ajuda de um conceito não positivista de direito, e sim de derrubar uma injustiça legal que acarreta uma exclusão de punibilidade. Quando a injustiça dessas normas é tão extrema e, portanto, tão evidente que qualquer um pode reconhecê-la claramente, não se pode falar em retroatividade oculta. Pois, nesse caso, depois de cometido o ato, sua injustiça era claramente reconhecível. E, como naquele momento ela era tão extrema e, portanto, tão evidente que todos a reconheciam com clareza, essas normas já não eram, no momento do ato, um direito que pudesse levar à exclusão da punibilidade (ALEXY, 2009a, p.74).

Ademais, Alexy salienta que a Fórmula de Radbruch tem um caráter exclusivamente negativo, pois não dá lugar a novos tipos penais, mas apenas elimina normas ou causas de justificação (extremamente injustas) em um regime injusto. Por outro lado, a fórmula de Radbruch não pode contrariar o *ius praeivium*, ou seja, o fato deveria ser punível antes de ser cometido (ALEXY, 2006b, p.250).

Assim, complementa Alexy, a situação jurídica não é modificada retroativamente – ela já era injusta no momento do ato – e não se pode falar em falta de honestidade no mascaramento de uma retroatividade oculta. Ademais, quanto ao argumento da honestidade, é importante a observação de Alexy: o próprio Radbruch nunca associou a aplicação do argumento de injustiça à harmonia, mas, a conflitos e perigos. Trata-se da eleição entre dois males: "uma diminuição da segurança jurídica ou uma diminuição da justiça material" (ALEXY, 2006b, p.76).⁷³

A conclusão de Alexy, no que tange à crítica ao argumento de injustiça, na perspectiva do participante, em relação às normas individuais, é de que as razões em favor da fórmula de Radbruch são mais fortes do que as objeções (ALEXY, 2009a, p.76).

O próximo passo, após a análise da aplicabilidade da fórmula de Radbruch a normas individuais na perspectiva do participante, é perquirir se a perda do caráter

⁷³ Tradução livre de: "[...] una disminución de seguridad jurídica o una disminución de justicia material" (ALEXY, 2006b, p.251).

jurídico de normas individuais, após transposto o limiar do direito extremamente injusto, afetaria o sistema jurídico como um todo. Essa investigação é efetuada por Alexy à luz da tese da irradiação e da tese do colapso.

A tese da irradiação é aquela que "afirma que a falta de caráter jurídico das normas fundamentais de conteúdo de um sistema jurídico acarreta a falta de caráter jurídico de todas as normas típicas do sistema e, nesse sentido, irradia-se sobre elas" (ALEXY, 2009a, p.78) – mesmo que a injustiça da norma afetada analisada individualmente esteja aquém do limiar da injustiça extrema. Em suma, normas individualmente injustas acarretariam também consequências para outras normas inseridas no sistema e, conseqüentemente, para a totalidade do sistema.

Alexy (2009a, p.79) discorda da tese da irradiação e afirma que o caráter jurídico das normas individuais somente poderá ser atingido, no caso da injustiça extrema, considerando a norma individualmente tomada. Isso acontece por força da centralidade do argumento da segurança jurídica quando se discute o argumento da injustiça. A segurança jurídica sairia muito prejudicada se, aquém do umbral da injustiça, normas pudessem perder seu caráter jurídico somente por estarem inseridas no mesmo sistema que normas extremamente injustas.

A tese do colapso propõe que "um sistema normativo perde seu caráter normativo quando, em termos globais, é extremamente injusto" (ALEXY, 2009a, 80), ou seja, o sistema entra em colapso quando muitas normas individuais importantes para o sistema têm seu caráter jurídico contestado (isso não por uma irradiação qualquer, mas por não restarem normas suficientes para sustentar um sistema jurídico). Alexy defende que a tese pode estar correta, no entanto, apesar de normas importantes perderem seu caráter jurídico, podem restar normas que possibilitem a continuidade da existência do sistema jurídico. Isso legitima afirmar que "a aplicação do argumento da injustiça a um sistema jurídico como um todo não traz consequências que vão além daquelas de sua aplicação a normas individuais" (p.83).

Essa é a razão pela qual o sistema jurídico nazista não perdeu sua qualidade de jurídico, mesmo que normas extremamente injustas inseridas nele tenham sido consideradas nulas pela Justiça alemã. Os casos paradigmáticos e o caso das sentinelas do Muro de Berlim são exemplos de decisões em que normas jurídicas foram consideradas nulas, no entanto, sem reflexos no sistema jurídico como um todo.

2.3 DECISÕES PARADIGMÁTICAS: CIDADANIA E PATRIMÔNIO

Alexy sustenta que as razões para aplicação do argumento de injustiça, em casos de injustiça extrema, são mais fortes do que os argumentos contrários à aplicação. Para ilustrar a aplicação do argumento, o autor cita decisões da justiça alemã, em casos paradigmáticos, que demonstram que o debate filosófico sobre a relação entre direito e moral tem consequências práticas diretas (ALEXY, 2006b, p.230). Alexy não detalhou esses casos assim como o fez no caso das sentinelas do Muro de Berlim (expostas na sequência), pois, segundo ele, a aplicação do argumento de injustiça em decisões no âmbito da cidadania e patrimônio não oferecem tantas dificuldades como a aplicação no âmbito penal.

Um das decisões referidas por Alexy tem por objeto a aplicação do 11.º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de 1941, em conjunto com o artigo 116 da Constituição alemã de 1949. O § 2.º do 11.º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de cunho eminentemente racista, privava de nacionalidade alemã os judeus emigrados⁷⁴; a fim de corrigir esta injustiça, o art. 116 da Constituição Alemã, de 1949, dispõe que os expulsos em razão de racismo não perderam sua nacionalidade se voltaram a residir na Alemanha depois de 8 de maio de 1945.⁷⁵

⁷⁴ O conteúdo do § 2.º, do 11.º do Decreto da Lei de Cidadania do Reich, era o seguinte (ALEXY, 2006b, p.230): "Um judeu perde a nacionalidade alemã: com a entrada em vigor deste Decreto, quando tenha sua residência habitual no estrangeiro na entrada em vigor deste Decreto; quando em data posterior, tenha sua residência habitual no estrangeiro, com a mudança de sua residência habitual ao estrangeiro" (tradução livre de: "*Un judío pierde la nacionalidad alemana: Con la entrada en vigor de este Decreto, cuando tenga su residencia habitual en el extranjero a la entrada en vigor de este Decreto. Cuando en fecha posterior tenga su residencia habitual en el extranjero, con el traslado de su residencia habitual al extranjero*").

⁷⁵ "Art. 116 da Lei Fundamental da República Alemã de 23 de maio de 1949:
[Definição de 'alemão' – Recuperação da nacionalidade]
(1) Para os efeitos desta Lei Fundamental e salvo disposição legal em contrário, é alemão aquele que detiver a nacionalidade alemã ou quem, de descendência étnica alemã, tenha sido acolhido como refugiado ou exilado do território do Reich alemão, com as fronteiras vigentes em 31 de dezembro de 1937, ou seu cônjuge ou descendente.
(2) Pessoas que possuíam anteriormente a nacionalidade alemã e dela foram privadas, entre os dias 30 de janeiro de 1933 e 8 de maio de 1945, por motivos políticos, raciais ou religiosos, assim como os seus descendentes, recuperarão a seu pedido a nacionalidade alemã. **Será considerada inválida a sua perda da nacionalidade, desde que essas pessoas tenham estabelecido o seu domicílio na Alemanha após o dia 8 de maio de 1945 e não tenham expressado desejo em contrário**". (Grifou-se).
(Tradução livre de: "*Artículo 116 – ALEMANHA, Ley Fundamental de La Republica Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949*").

Os fatos que deram ensejo à ação foram os seguintes: em 1942, um advogado judeu emigrou para Amsterdam e perdeu sua cidadania. Como ele não voltara a residir na Alemanha após 8 de maio de 1945 porque, provavelmente, morrera no exílio, não poderia recuperar sua cidadania nos termos do art. 116 da Constituição. A não recuperação da cidadania do advogado teria repercussões jurídicas para seus herdeiros. Dessa maneira, o mandamento constitucional não estava apto, nesse caso, a reparar a injustiça decorrente do 11.º Decreto da Lei de Cidadania.

O Tribunal Constitucional Federal, após a Segunda Guerra, em demanda formulada pelos herdeiros, decidiu que o advogado nunca perdera sua cidadania com base no seguinte argumento: o juiz que reconhecesse os efeitos jurídicos do 11.º Decreto da Lei de Cidadania estaria pronunciando injustiça em medida insuportável e não direito. Dessa maneira, o § 2.º do referido decreto foi considerado nulo *ab initio*. Alexy esclarece que

[...] o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de privar de validade as disposições "jurídicas" nacional-socialistas porque contradizem de modo tão evidente princípios fundamentais de justiça que o juiz que quiser aplicá-las ou reconhecer suas consequências jurídicas pronunciaria não Direito em lugar de Direito [...]. (ALEXY, 2006b, p.230).⁷⁶

Tal decisão reforça o argumento do não positivismo de que o caráter jurídico de uma norma ou ordenamento pode ser negado quando infringir o direito suprapositivo. Essa questão é importante uma vez que

[El status de "alemán", recuperación de la nacionalidad]

(1) A los efectos de la presente Ley Fundamental y salvo disposición legal en contrario, es alemán quien posea la nacionalidad alemana o haya sido acogido en el territorio del Reich tal como existía al 31 de diciembre de 1937, en calidad de refugiado o de expulsado perteneciente al pueblo alemán o de cónyuge o descendiente de aquél.

(2) Las personas que poseían nacionalidad alemana y que fueron privadas de ella entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945 por razones políticas, raciales o religiosas, al igual que sus descendientes, recobrarán la nacionalidad alemana si así lo solicitaran. **Se considerará que no han perdido su nacionalidad si estas personas hubieran fijado su domicilio en Alemania con posterioridad al 8 de mayo de 1945 y no hubiesen expresado voluntad en contrario**". (Grifou-se).

⁷⁶ Tradução livre de: "[...] el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado la posibilidad de privar de la validez como Derecho a las disposiciones 'jurídicas' nacionalsocialistas, porque contradicen de modo tan evidente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o reconocer sus consecuencias jurídicas pronunciaría no-Derecho en lugar de Derecho [...]" (ALEXY, 2006b, p.230).

[...] existem casos nos quais importa saber se a norma era nula desde o início, e uma constituição ulterior não tem como fazer isso. Basta pensar, por exemplo, em normas de um regime injusto, normas essas estabelecidas conforme o ordenamento e socialmente eficazes, que exijam ou autorizem medidas que atentem contra os direitos humanos. Se aqueles que agiram de acordo com essas normas podem ser punidos após a derrocada desse regime injusto é uma questão que depende essencialmente – se não for promulgada nenhuma lei retroativa – do fato de essas normas terem sido nulas ou não desde o início (ALEXY, 2009a, p.8-9).

O 11.º Decreto da Lei de Cidadania do Reich foi objeto de outra decisão paradigmática. Alexy transcreve o seu § 3.º parágrafo: "O patrimônio do judeu que perca a nacionalidade em virtude deste Decreto será confiscado pelo Reich desde a perda da nacionalidade" (ALEXY, 2006b, p.231)⁷⁷.

Uma judia, que emigrara para Suíça em 1939 e perdera, por isso, sua nacionalidade, voltou para Alemanha, após a Guerra, e reclamou o valor que havia deixado depositado em um banco. A questão era se ela havia perdido ou não o dinheiro tendo em vista as disposições da Lei da Cidadania do Reich. Segundo Alexy (2006b, p.231), a decisão foi a seguinte:

O núcleo de sua particularmente complexa fundamentação é constituído pela tese de "que o § 3 do 11.º Decreto sobre a Lei de cidadania do Reich deve ser considerado nulo desde sua origem uma vez que seu conteúdo injusto contradiz as exigências básicas de qualquer ordenamento de um Estado de Direito" [...].⁷⁸

Outra decisão importante, citada por Alexy, embora não trate diretamente da aplicação do argumento de injustiça, refere-se à formação do direito por parte do juiz em contradição com o enunciado de uma lei (ou seja, refere-se a uma decisão *contra legem*). O art. 253 do BGB admite compensação por danos imateriais apenas nos casos previstos em lei, mas o Tribunal Constitucional Federal aprovou a

⁷⁷ Tradução livre de: "*El patrimonio del judío que pierda la nacionalidad en virtud de este Decreto quedará confiscado por el Reich con pérdida de la nacionalidad*" (ALEXY, 2006b, p.231).

⁷⁸ Tradução livre de: "*El núcleo de su particularmente compleja fundamentación lo constituye la tesis de 'que el § 3 del 11.º Decreto sobre la Ley de ciudadanía del Reich debe considerarse nulo desde su origen debido a que su contenido injusto contradice las exigencias básicas de cualquier ordenamiento de un Estado de Derecho' [...]*" (ALEXY, 2006b, p.231).

jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça alemão que não se atém a essa regra sustentando que "o direito não é idêntico à totalidade das leis escritas" (ALEXY, 2009a, p.11).⁷⁹ O importante, segundo Alexy, é que essa constatação refere-se a todos os casos duvidosos e vai de encontro ao positivismo legal.

Essas decisões, citadas por Alexy, atestam as consequências práticas do debate acerca do conceito de Direito no âmbito da cidadania e do patrimônio. No entanto, Alexy foi mais além e estudou detalhadamente as decisões referentes aos casos das sentinelas do Muro de Berlim e dos membros do Conselho de Defesa da República Democrática Alemã, no âmbito penal, e verificou que foi acertada a aplicação do argumento de injustiça, embora a fundamentação da aplicação tenha sido feita de maneira imprecisa. Essas decisões referem-se aos assassinatos cometidos pelas sentinelas encarregadas de evitar a travessia ilegal da fronteira entre a República Democrática Alemanha (referida a partir de agora como RDA) e a República Federal Alemã (referida a partir deste ponto como RFA)⁸⁰ antes da Reunificação, bem como à questão da autoria mediata imputada aos membros do Conselho de Defesa da RDA em assassinatos cometidos antes da queda do Muro. A crítica de Alexy a essas decisões será exposta a seguir.

⁷⁹ Desde 1958 o Supremo Tribunal de Justiça já concedia indenizações em dinheiro em casos de lesão aos direitos da personalidade (casos de danos imateriais não previstos em lei). Em 1973, o mesmo Tribunal condenou uma revista semanal a indenizar a princesa Soraya (ex-mulher de um xá iraniano) pela publicação de um entrevista que teria sido concedida pela princesa, mas que era falsa (caso de dano imaterial não previsto em lei).

⁸⁰ Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi dividida em quatro zonas de ocupação – essa foi a chamada "grande aliança" entre Estados Unidos, França, Inglaterra e União Soviética. Em 1948, os aliados ocidentais, promoveram um reforma monetária que foi o primeiro passo para criação de um Estado Alemão no Ocidente. Os russos responderam organizando um bloqueio em volta de Berlim (foram interdidas todas as comunicações por terra). Começa, segundo Ferro (2011, p.13) "uma prova de força, a primeira da Guerra Fria".

2.4 O CASO DAS SENTINELAS DO MURO DE BERLIM⁸¹

Alexy analisou, em detalhes, decisões judiciais da justiça alemã referentes a homicídios praticados na fronteira entre a RDA e RFA antes da queda do Muro de Berlim ocorrida em 1989.⁸² O resultado das investigações foi apresentado em dois artigos: *Mauerschützen: acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad* (*Mauerschützen: sobre a relação entre Direito, Moral e Punibilidade*) (ALEXY, 2006a,

⁸¹ Em 13 de agosto de 1961, guardas da RDA iniciaram o isolamento de cerca de 16 milhões de pessoas com arame farpado e concreto. A RDA "justificou a construção do Muro com a necessidade de 'bloquear as provocações imperialistas montadas pelo ocidente'. O verdadeiro objetivo dos líderes comunistas, porém, era estancar a emigração para o lado ocidental. Nos primeiros 12 anos de existência da RDA, o número de pessoas que fugiram do regime já tinha ultrapassado os três milhões. Na madrugada do dia 13 de agosto de 1961, um domingo, as milícias da RDA começaram a erguer barreiras de arame farpado na linha divisória entre o setor soviético e os setores ocidentais. Tanques orientais ocuparam importantes vias, e a circulação dos transportes públicos no sentido leste-oeste foi interrompida. As potências ocidentais renunciaram uma intervenção militar, a fim de evitar um conflito que poderia conduzir a uma terceira guerra mundial. 'Mais vale um muro do que uma guerra', justificou à época o então presidente norte-americano John F. Kennedy, segundo vários historiadores" (ALEMANHA lembra os 50 anos de construção do Muro de Berlim. Disponível em: <<http://www.dw.de/alemanha-lembra-os-50-anos-da-constru%C3%A7%C3%A3o-do-muro-de-berlim/a-15314791>>. Acesso em: 15 jan. 2013.). O historiador Marc Ferro (2011, p.15) afirma sobre o Muro: "Com esse símbolo bem no meio de Berlim, cidade enclavada e ainda assim em contato com o Ocidente, a Alemanha continuava sendo uma nação, porém dividida em dois Estados: RFA e RDA, ambos reconhecidos pela comunidade internacional".

⁸² O Muro de Berlim cairia em 1989 e seria o primeiro passo no sentido da Reunificação alemã: "Aquela entrevista coletiva de imprensa no horário nobre da televisão alemã conta entre as mais memoráveis do continente europeu. Günter Schabowski, porta-voz do governo da então Alemanha Oriental, acabara de anunciar a nova legislação sobre viagens ao país. Devido a um mal-entendido, respondeu à pergunta de um jornalista italiano, a respeito do momento em que a lei entraria em vigor, com uma frase que se tornou famosa 'Pelo que sei, ela entra... já, imediatamente'. Como a entrevista era transmitida ao vivo e acompanhada tanto na Alemanha Ocidental como na Oriental, essa pane de comunicação teve consequências enormes para a política mundial. [...] Tarde da noite, naquele 9 de novembro de 1989, os agentes de segurança suspenderam sua resistência, abriram as passagens de fronteira berlinenses e deixaram as pessoas passarem do Leste para o Oeste e vice-versa, sem que fossem controladas" (1989: Cai o Muro de Berlim. Disponível em: <<http://www.dw.de/1989-cai-o-muro-de-berlim/a-4869441>>. Acesso em: 15 jan. 2013.). A queda do Muro foi resultado da forte oposição ao domínio do SED (Partido Socialista Unitário) e à tutela do União Soviética. Essa oposição se tornou mais forte quando a RDA não acompanhou as reformas iniciadas por Mikhail Gorbatchov na União Soviética em 1985. Após a queda do Muro, o Tratado de Reunificação, assinado em 31 de agosto de 1990, estabeleceu que a RDA e a RFA passariam a existir como um só país, a partir de 3 de outubro de 1990 (HÁ 20 anos era assinado o Tratado de Reunificação da Alemanha. Disponível em: <<http://www.dw.de/h%C3%A1-20-anos-era-assinado-o-tratado-de-reunifica%C3%A7%C3%A3o-da-alemanha/a-5962847>>. Acesso em: 15 jan. 2013.).

p.167-195) e *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal (Direito injusto, retroatividade e princípio da legalidade penal)* (ALEXY, 2000a, p.197-230).⁸³

Esses dois artigos trouxeram a crítica de Alexy à aplicação do argumento de injustiça em três casos: o primeiro caso é relativo ao julgamento de um homicídio ocorrido em 1984 (os réus eram sentinelas do Muro de Berlim); o segundo refere-se ao julgamento de uma morte ocorrida em 1972 (os réus eram, também, sentinelas do Muro de Berlim); o terceiro caso, que será exposto, em separado, ao final deste Capítulo, é referente à decisão, em última instância, sobre a autoria mediata de sete mortes ocorridas entre 1971 e 1989 (os réus eram membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA), em conjunto com a decisão acerca da punibilidade de uma das sentinelas que recorreu à instância suprema.⁸⁴

CASO 1:

Homicídio (vítima tentou fuga por meio de escalada em 01/12/1984)

Réus: duas sentinelas do Muro de Berlim

Decisão do Tribunal Territorial de Berlim: 1992

Decisão do Tribunal Supremo Federal: 1992

⁸³ No ano de 2006, Roberta Magalhães Gubert, em dissertação de mestrado cujo tema principal é o caso dos atiradores do Muro e a crítica à teoria Alexy com base no paradigma hermenêutico desenvolvido por Lenio Luiz Streck, apontava para a novidade da discussão no Brasil (GUBERT, 2007, p.18). Passados cerca de sete anos, o debate parece não ter prosperado haja vista a carência de produção científica nacional sobre o tema.

⁸⁴ Sobre o número de vítimas do Muro, embora os pesquisadores do Centro de Pesquisa de História Contemporânea, em Potsdam, afirmem que 134 pessoas morreram ao tentar atravessar o Muro (entre fugitivos, soldados e acidentados) e que, dessas pessoas, 99 foram assassinadas na tentativa de travessia (HÁ 20 anos, morria a última vítima do Muro de Berlim. Disponível em: <<http://www.dw.de/h%C3%A1-20-anos-morria-a-%C3%BAltima-v%C3%ADtima-do-muro-de-berlim/a-4004269>> Acesso em 14 jan. 2013), há controvérsias sobre o número de vítimas. "De acordo com pesquisas do Museu do Muro no Checkpoint Charlie, entre 1945 e 1989, pelo menos 1.393 homens e mulheres perderam a vida entre as Alemanhas Ocidental e Oriental. [...] A nova lista bota lenha na fogueira de uma antiga controvérsia em torno do número exato de vítimas mortais da divisão entre as duas Alemanhas. O Registro Central de Criminalidade Estatal e Institucional, localizado na cidade de Salzgitter (instituição criada pela Alemanha Ocidental ainda na época da Guerra Fria para investigar crimes da Alemanha Oriental), contabiliza 872 vítimas mortais no Muro de Berlim e na fronteira entre os dois países. [...] O historiador Klaus Schroeder da Universidade Livre de Berlim acredita [...] que o número correto estaria em torno de mil pessoas". A controvérsia acontece porque não há consenso de quem pode ser considerado vítima do Muro (nas estatísticas onde são maiores os números de vítimas, são contabilizadas, "por exemplo, vítimas de ataque cardíaco durante o controle de fronteiras") (NÚMERO de vítimas mortais do Muro de Berlim ainda divide alemães. Disponível em: <<http://www.dw.de/n%C3%BAmero-de-v%C3%ADtimas-mortais-do-muro-de-berlim-ainda-divide-alem%C3%A3es/a-5909323>>. Acesso em 10 jan. 2013).

Segundo Alexy, em 01 de dezembro de 1984, o sargento W., de 20 anos, e o soldado H., de 23 anos, do exército da RDA, avistaram S., de 20 anos, que tentava atravessar a fronteira entre a RDA e a RFA utilizando uma escada para transpor o Muro. Os soldados

[...] perceberam S. pela primeira vez quando este havia escalado o muro traseiro de 3,25 metros de altura. Agora, S., ainda teria que superar a faixa fronteira de 29 metros de largura, com um alambrado de 2,50 metros de altura, que emitia sinais em caso de contato, e o próprio muro fronteiro de 3,50 metros de altura (ALEXY, 2006a, p.171).⁸⁵

O sargento W. alegou, mais tarde, que havia gritado e ordenado que a vítima ficasse imóvel, mas ela continuou a correr. Segundo os soldados, não haveria outra possibilidade de impedir a fuga, senão com tiros:

Quando S. puxou a escada para o Muro fronteiro e estava prestes a escalá-lo sem dificuldades, foi, então, claro para ambos os guardas da fronteira que era possível ainda impedir a fuga de S. somente mediante fogo dirigido ao objetivo. Apoiado sobre o muro, a mais ou menos 110 metros de distância, H. efetuou um total de 25 disparos em várias rajadas; W. desde sua torre de vigilância, a uma distância de 150 metros aproximadamente, e, também, com fogo contínuo, efetuou 27 disparos em direção de S. Ambos apontaram para as pernas da vítima, mas sabiam que, especialmente por causa do fogo continuado, existia a possibilidade de um impacto mortal e, inclusive a esse preço, quiseram impedir a fuga (ALEXY, 2006a, p.171).⁸⁶

A vítima foi atingida, mas não morreu instantaneamente. S. foi levado ao hospital duas horas depois, onde viria a falecer.

⁸⁵ Tradução livre de: "[...] divisaron a S. por primera vez cuando éste había escalado el muro trasero de 3,25 metros de altura. Ahora, S. aún tenía que superar la franja fronteriza de 29 metros de ancho, con un alambrado de 2,50 metros de altura que emitía señales en caso de contacto, y el propio Muro fronterizo de 3,50 metros de altura" (ALEXY, 2006, p.171).

⁸⁶ Tradução livre de: "Cuando S. arrió su escalera al Muro fronterizo y se disponía a escalarlo sin dificultad, fue entonces claro para ambos soldados fronterizos que, si, todavía era posible, sólo podrían impedir la huída de S. mediante fuego dirigido al objetivo. Apostado sobre el Muro, y desde aproximadamente 110 metros de distancia, H. efectuó un total de 25 disparos en varias ráfagas de fuego; W., desde su torre de vigilancia a una distancia de 150 metros aproximadamente, y también con fuego sostenido, efectuó 27 disparos sobre S. Ambos apuntaron a las piernas. Pero ellos sabían que, en especial a causa del fuego sostenido, existía la posibilidad de un impacto mortal. Incluso a ese precio quisieron impedir la huída" (ALEXY, 2006, p.171).

Em 05 de fevereiro de 1992, o Tribunal Territorial de Berlim condenou os guardas por homicídio. W. foi condenado a uma pena juvenil de um ano e seis meses e H. foi condenado a uma pena privativa de liberdade de um ano e nove meses – mas as penas foram suspensas condicionalmente. Em 03 de novembro de 1992, o Tribunal Supremo Federal rechaçou os recursos interpostos pelos soldados e manteve as penas.

Essa decisão, segundo argumentos de Alexy, expostos a seguir, embora tenha contribuído para a reparação de injustiças cometidas antes da queda do Muro de Berlim, careceu de fundamentação clara, o que prejudicou o necessário debate público acerca da correção da decisão. No entanto, o autor concorda que a aplicação do argumento de injustiça (fórmula de Radbruch) foi adequada, mas a sua vacilante aplicação demonstra a necessidade de apuro teórico no manejo do argumento de injustiça.

No julgamento dos responsáveis pelas mortes dos que tentavam escapar da RDA, a questão essencial é: "É possível que, seguindo uma recorrente, mas, também, obscura formulação, hoje em dia seja não Direito o que antes foi Direito?" (ALEXY, 2006a, p.167)⁸⁷. A resposta a esse questionamento, de acordo com as formulações de Alexy, tem ligações com o exposto no Capítulo 1: segundo Radbruch, o conflito entre justiça e segurança jurídica deve

[...] resolver-se com a primazia do direito positivo sancionado pelo poder, ainda quando seu conteúdo seja injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável, que deva ser considerado como falso direito e ceda o lugar à justiça (RADBRUCH, 2009c, p.34-35).⁸⁸

Na fórmula de Radbruch, salienta Alexy, não há coincidência entre direito e moral, mas apenas a incorporação de um limite externo ao Direito. Para ele, é direito

⁸⁷ Tradução livre de: "*¿Es posible que, siguiendo una corriente pero también oscura formulación, hoy en día sea no-Derecho lo que en aquel entonces fue Derecho?*" (ALEXY, 2006b, p.167).

⁸⁸ Tradução livre de: "*[...] resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contracción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insuportable, que deba considerarse 'como falso derecho' y ceder el paso a la justicia*" (ALEXY, 2009c, p.34-35).

[...] aquilo que foi disposto em conformidade com o ordenamento e é socialmente eficaz; apenas quando o umbral (*Schwelle*) da injustiça extrema é transposto, as normas ditadas conforme o ordenamento e socialmente eficazes perdem seu caráter jurídico e sua validade jurídica (ALEXY, 2006a, p.168).⁸⁹

Quem adere a essa tese não é positivista, uma vez que ao positivista interessam apenas dois requisitos: a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, sendo a correção material excluída do âmbito do direito (ALEXY, 2006a, p.168). Por sua vez, o não positivismo defendido por Alexy atende, também, aos requisitos da legalidade conforme o ordenamento e ao da eficácia social; no entanto, observa o limite da injustiça extrema, de maneira que "o conceito de direito não é 'inflado' moralmente, mas é moralmente delimitado" (p.169)⁹⁰. Logo, há uma vinculação (e não uma confusão) entre direito e moral.

Os Tribunais alemães aplicaram a fórmula de Radbruch (ou argumento de injustiça) pela primeira vez na decisão sobre cidadania do ano de 1968 – caso do advogado judeu exposto em 2.3 –, pois entenderam que a contradição com a justiça alcançou uma medida insuportável. Alexy (2006a, p.169-170) entende que esse caso é mais simples do que a decisão relativa às sentinelas do Muro de Berlim porque versa sobre uma questão preliminar em um litígio sucessório e, por isso, não infringiu a máxima "*nullum crimen, nulla poena sine lege*".

Em todos os casos, mas, em especial, no âmbito penal, é essencial questionar em qual medida o princípio da segurança jurídica pode ceder ante a justiça. Por isso, segundo Alexy, é preciso um conceito de Direito não positivista que incorpore a pretensão de correção, que faz a ligação entre as dimensões real e ideal do direito, conforme exposto no capítulo 1, e um arcabouço teórico consistente que viabilize a aplicação do argumento de injustiça em casos de injustiça extrema.

O raciocínio de Alexy, no exame da decisão da Justiça alemã relativa às sentinelas do Muro de Berlim, é intrincado. Por isso, um resumo inicial dos passos seguidos pelo autor é importante. O Tratado de Reunificação dispôs que crimes

⁸⁹ Tradução livre de: "[...] aquello que ha sido dispuesto de conformidad con el ordenamiento y es socialmente eficaz; recién cuando el umbral (*Schwelle*) hacia la extrema injusticia resulta transpuesto, las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico e su validez jurídica" (ALEXY, 2006a, p.168).

⁹⁰ Tradução livre de: "[...] concepto del Derecho no es 'inflado' moralmente, pero si es moralmente delimitado" (ALEXY, 2006a, p.169).

puníveis na RDA seriam puníveis também na RFA; logo, se a morte das vítimas fosse punível na RDA, não haveria óbice ao julgamento do crime pelos tribunais da RFA. No entanto, Alexy comprova que o assassinato cometido pelas sentinelas era fato impunível na RDA tendo em vista a vigência de uma causa de justificação. Portanto, o ato das sentinelas somente será passível de julgamento na RFA se a causa de justificação for extremamente injusta, de maneira que se possa aplicar o argumento de injustiça para torná-la nula *ab initio*. Alexy demonstra que havia uma injustiça extrema na causa de justificação e que a justiça alemã acertou ao aplicar o argumento de injustiça. No entanto, a fundamentação da decisão possui problemas de obscuridade, imprecisão e incoerência. As considerações a seguir acerca da análise de Alexy sobre o caso das sentinelas do Muro seguirá essa sequência⁹¹.

O ponto de partida da investigação de Alexy é o seguinte: tanto nos casos das sentinelas do Muro de Berlim quanto nos casos dos membros do Conselho de Defesa Nacional (que será exposto adiante), "o fato foi cometido na desaparecida RDA, contra um cidadão da RDA" (ALEXY, 2006a, p.171).⁹² Decorre disso a exigência de especial atenção à alteração promovida pelo Tratado de Reunificação em relação ao direito intertemporal penal. Conforme Alexy,

[...] segundo o art. 315, inc. 1, da Lei de Introdução do Código Penal (EGStGB) em conexão com o § 2, inc. 1, do Código Penal (StGB), **o ato de ambas sentinelas do Muro somente pode ser sancionado penalmente se o mesmo era punível segundo o direito da R.D.A. vigente ao momento do fato** (ALEXY, 2006a, p.172).⁹³ (Grifou-se).

Assim, os soldados somente poderiam ser julgados na RFA, se os assassinatos fossem fato punível na RDA, e, nesse caso, não seria necessária a aplicação do argumento de injustiça. Por isso, é preciso, em primeiro lugar, investigar o tipo penal

⁹¹ Tendo em vista o objeto desta pesquisa (o argumento de injustiça), aspectos processuais detalhados por Alexy em suas análises somente serão apresentados se forem relevantes para essa investigação.

⁹² Tradução livre de: "*el hecho ha sido cometido en la desaparecida D.D.R., antes del ingreso en la República Federal, por ciudadanos de la D.D.R. contra un ciudadano de la D.D.R.*" (ALEXY, 2006a, p.171).

⁹³ Tradução livre de: "*Según el art. 315, inc. 1, EGStGB, en conexión con el § 2, inc. 1, StGB, el acto de ambos guardianes del Muro sólo puede ser sancionado penalmente si el mismo era punible según el Derecho de la D.D.R., vigente al momento do fato*" (ALEXY, 2006, p.172).

referente à conduta dos soldados previsto no Código Penal Alemão vigente na RDA, bem como a existência de eventuais causas de justificação.

Segundo Alexy (2006a, 172), conforme

[...] o direito penal da RDA, o ato realizava o *Tatbestand* de assassinato (*Mord*) (§ 112 DDR-StGB) ou o de homicídio (*Totschlag*) (§ 113 DDR-StGB). Não obstante, o ato não era punível se o mesmo estava permitido em virtude de uma causa de justificação. Como causa de justificação, entra em jogo o § 27 da Lei de Fronteira (*Grenzgesetz*) da RDA (DDR-GrenzG) de 25 de março de 1982 [...] (ALEXY, 2006a, p.172).⁹⁴

Diante dos seguintes argumentos de validade do § 27 da Lei da Fronteira, de 25 de março de 1982, Alexy salienta que os disparos estavam justificados pelo Direito positivo vigente na RDA e não eram fato punível à época dos fatos e não poderiam ser julgados na RFA: a) a práxis interpretativa na RDA permite inferir a validade da causa de justificação; b) a causa de justificação não feriu preceitos constitucionais vigentes na RDA; c) a causa de justificação não feriu preceitos do Direito Internacional.

Em relação à práxis interpretativa na RDA, Alexy (2006a, p.172-173) ressalta que a disposição do § 27 da Lei de Fronteira da RDA é similar àquelas que regulam, na RFA, o uso de armas de fogo. Isso gerou, na sentença de primeira instância, uma leitura equivocada, à luz do princípio do Estado de Direito, do dispositivo vigente na RDA – decidiu-se, equivocadamente, pela não validade da causa de justificação (entendimento que não foi, acertadamente, seguido pelas instâncias superiores).

Essa leitura equivocada, na sentença de primeira instância, é explicada por Alexy. Para o autor, o § 27 da Lei de Fronteira vigente na RDA dispunha que o emprego de arma de fogo seria uma "[...] medida extrema [...] que somente pode ser praticada quando nenhum outro meio prometa um resultado exitoso" (ALEXY, 2006a, p.172).⁹⁵ Dispunha também que a vida

⁹⁴ Tradução livre de: "[...] al Derecho Penal de la D.D.R., al acto realizaba el *Tatbestand* el asesinato (*Mord*) (§ 112 DDR-StGB) o el del homicidio (*Totschlag*) (§ 113 DDR-StGB). No obstante, el acto no era punible si el mismo estaba permitido en virtud de una causa de justificación. Como causa de justificación, entra en juego el § 27 de la Ley de Frontera (*Grenzgesetz*) de la D.D.R. (DDR-GrenzG) del 25 de marzo de 1982 [...]" (ALEXY, 2006a, p.172).

⁹⁵ Tradução livre de: "*medida extrema [...] que sólo puede ser practicada cuando ningún otro medio prometa un resultado exitoso*" (ALEXY, 2006, p.172).

[...] será preservada na medida do possível (§27, inc. 5, primeira frase). O emprego de arma de fogo, via de regra, há de ser anunciado com um grito ou um disparo de advertência (§ 27, inciso 3). Não se pode disparar, de forma alguma, contra crianças (§ 27, inciso 4, primeira frase, letra b), e, tampouco, contra jovens e mulheres, na medida do possível (§ 27, inciso 4, segunda frase) (ALEXY, 2006a, p.172).⁹⁶

Alexy (2006a, p.173) cita a disposição do inciso, 2, da mesma lei, que dispunha que armas de fogo poderão ser utilizadas legalmente

[...] para evitar a perpetração imediata ou contínua de uma infração penal que, segundo as circunstâncias, apresenta-se como um crime. Também está justificado para prender pessoas que sejam justificadamente suspeitas de um crime (ALEXY, 2006a, p.173).⁹⁷

Essas disposições da RDA, salienta Alexy, são equivalentes às vigentes na RFA relativas à utilização de armas de fogo. Esse fato levou a um equívoco na decisão de primeira instância: em uma leitura anacrônica do texto da norma vigente na RDA, concluiu-se que as sentinelas agiram arbitrariamente. Optou-se pela solução mais simples: desconsiderou-se a realidade na RDA e sob a luz do princípio do Estado de Direito, decidiu-se que os disparos não estariam justificados pelo § 27 da Lei de Fronteira (dessa maneira, não seria necessária sequer a aplicação da Fórmula de Radbruch). Segundo a sentença de primeira instância, do ano de 1992, as sentinelas deveriam ter levado em conta o princípio da proporcionalidade de modo que os disparos deveriam ter sido efetuados de forma mais suave (tiro a tiro). Além disso, a vida, como bem jurídico mais elevado em relação à evitação de uma infração penal, deveria ser preservada, caso não estivesse em perigo a vida de outrem.

⁹⁶ Tradução livre de: "[...] 'se preservará en lo posible' (§27, inciso 5, primera frase. El empleo del arma de fuego, por vía de principio, ha de anunciarse a través de un grito o de un disparo de advertencia (§ 27, inciso 3). No se puede disparar de ninguna manera contra niños (§ 27, inciso 4, primera frase, letra b), y tampoco contra jóvenes y mujeres en la medida de lo posible (§ 27, inciso 4, segunda frase)" (ALEXY, 2006, p.172).

⁹⁷ Tradução livre de: "[...] para impedir la inmediata perpetración o continuación de una infracción penal que según las circunstancias se presenta como un crimen. También está justificado para aprehender personas que sean justificadamente sospechosas de un crimen" (ALEXY, 2006a, p.173).

Alexy discorda dessa fundamentação que, segundo ele, seria uma retroatividade encoberta uma vez que o Direito positivo se constitui não apenas do texto, mas também da práxis interpretativa. A práxis interpretativa na RDA permite afirmar que a conduta dos soldados (disparar para impedir um cruzamento iminente da fronteira) foi protegida pela causa de justificação. Segundo o autor, o cruzamento da fronteira naquelas circunstâncias era considerado crime (agravado pela circunstância da utilização de uma escada, que era considerado um "método perigoso", segundo a interpretação vigente):

Segundo o § 1, inc. 3, segunda frase, DDR-StGB, eram considerados crimes, entre outros, as infrações penais 'socialmente perigosas' contra 'direitos e interesses da sociedade', que exibissem uma 'grande inobservância da legalidade socialista e... para as quais, dentro de um marco punitivo previsto, houvesse sido estabelecida, no caso concreto, uma pena privativa de liberdade de mais de dois anos'. O cruzamento ilegal da fronteira, se fosse um caso agravado, estava cominado com uma pena privativa de liberdade de um a oito anos [...] (ALEXY, 2006a, p.174).⁹⁸

Conclui Alexy que, como o cruzamento ilegal de fronteira era considerado crime na RDA, estavam satisfeitos todos os requisitos do § 27 da Lei de Fronteiras para autorizar o uso de armas de fogo pelas sentinelas como medida extrema tendo em vista que outros meios não seriam eficientes para evitar esse crime. A preservação da vida somente era obrigatória na medida do possível: "O texto da Lei de Fronteira permite ser interpretado de modo tal que se poderia chegar a disparar com dolo eventual de matar quando um cruzamento de fronteira não pudesse ser impedido de outra maneira" (ALEXY, 2006a, p.175).⁹⁹

Essa era a interpretação predominante na RDA: na ponderação entre a vida daqueles que intentavam fugir e a inviolabilidade da fronteira, predominava a razão do Estado. Os soldados que impediam fugas eram, inclusive, condecorados e

⁹⁸ Tradução livre de: "*Según el § 1, inc. 3, segunda frase, DDR-StGB, se consideraban crímenes, entre otras, a las infracciones penales 'socialmente peligrosas' contra 'derechos e intereses de la sociedad', que exhiben una 'grave inobservancia de la legalidad socialista y ... para las cuales dentro del marco punitivo prevista se haya establecido en el caso concreto una pena privativa de libertad de más de dos años'. El cruce ilegal de frontera, si se presentaba un caso agravado, estaba coninado con una pena privativa de la libertad de uno a ocho años [...]*" (ALEXY, 2006, p.174).

⁹⁹ Tradução livre de: "*El texto de la Ley de Frontera permite efectuar una interpretación de modo tal que se podría llegar a disparar con dolo eventual de matar cuando un cruce de frontera no podría ser impedido de otra manera*" (ALEXY, 2006, p.175).

recompensados, não sendo aberto nenhum processo judicial ou administrativo, mesmo que houvesse mortes.

Alexy examina ainda um segundo argumento a favor da validade da causa de justificação do ato das sentinelas, pois a possibilidade de condenação dos réus, depois da Reunificação, sem a utilização da fórmula de Radbruch, dependeria de que os homicídios fossem puníveis à época dos fatos. O argumento examinado por Alexy é o seguinte: os preceitos constitucionais vigentes na RDA não foram feridos, pois a Constituição da República Democrática Alemã não reconhecia como direito fundamental a liberdade de saída, nem, tampouco, se referia explicitamente à vida e à integridade corporal como direitos fundamentais (ALEXY, 2006a, p.176).

O art. 30 da Constituição, que declarava inviolável a personalidade e a liberdade, garantiria a vida e a integridade corporal, mas não ilimitadamente:

Conforme o art. 30, segundo parágrafo, DDR-Verf., as limitações eram admitidas, entre outros casos, quando as mesmas (1) estavam "legalmente fundadas", (2) eram praticadas "com relação a condutas puníveis", (3) mantinham-se dentro de um marco do que estava "legalmente admitido" e, por último, (4) eram "imprescindíveis" (ALEXY, 2006a, p.176).¹⁰⁰

Segundo Alexy, todos os pressupostos constitucionais de limitação da garantia à vida, nesses casos, foram respeitados: a Lei de Fronteira de 1982 era um marco legal que permitia a limitação da proteção à vida; a conduta de cruzamento ilegal de fronteira era punível conforme § 213, inc. 3, DDR-StGB (o que atende ao segundo pressuposto); os soldados não excederam ao âmbito do que estava legalmente admitido (pressuposto número três), sendo que os disparos foram imprescindíveis (pois não havia outro meio de evitar o crime).

Alexy salienta ainda que a Constituição não precisava a hierarquia entre direito à vida e a razão de Estado e apresenta os motivos dessa conclusão:

¹⁰⁰ Tradução livre de: "Conforme al art. 30, segundo párrafo, DDR-Verf., las limitaciones eran admitidas, entre otros casos, cuando las mismas (1) estaban 'legalmente fundadas', (2) eran practicadas 'con relación a conductas punibles', (3) se mantenían en el marco de lo que estaba 'legalmente admitido' y, por último, (4) eran 'imprescindibles'" (ALEXY, 2006a, p.176).

A Constituição da RDA não era uma Constituição própria de um Estado de direito liberal. O artigo 1, primeiro parágrafo, segunda frase, da Constituição caracterizava a RDA como 'a organização política dos trabalhadores na cidade e no campo, sob a condução da classe trabalhadora e do Partido marxista-leninista'. A 'inviolabilidade de suas fronteiras estatais' havia sido elevada por meio do artigo 7, primeiro parágrafo, da Constituição da RDA, à categoria de bem jurídico protegido constitucionalmente (ALEXY, 2006a, p.177).¹⁰¹

Assim, mesmo uma interpretação constitucional permite concluir pela validade da causa de justificação do § 27 de Lei de Fronteiras e, portanto, por força da Constituição, o ato dos soldados não era fato punível na RDA e, conseqüentemente, na RFA.

Como último argumento de validade da causa de justificação, Alexy (2006a, p.177) sustenta que o § 27 da Lei de Fronteira não infringiu o Pacto Internacional sobre Direito Civis e Políticos de 1966¹⁰², que protege tanto a liberdade de saída quanto o direito à vida. Somente se poderia concluir pela nulidade do § 27 da Lei de Fronteiras, primeiro, se o referido Pacto estivesse, à época dos fatos, incorporado ao direito alemão; segundo, se o § 27 da Lei de Fronteiras fosse inconciliável com o Pacto; terceiro, se, caso incorporado, o Pacto tivesse um status superior a uma lei ditada pelo Parlamento, de maneira que não pudesse ser revogado por lei posterior.

Segundo Alexy, a RDA aderiu ao Pacto apenas em 1974 (2006a, p.177), mas não se produziu a ratificação prevista constitucionalmente. Por isso, embora a RDA estivesse obrigada a promover a eficácia dos princípios do Pacto, a colisão de uma norma interna com as normas do Pacto não levaria à nulidade da norma interna.

Também resta duvidosa a afirmação de que o § 27 da Lei de Fronteira seria irreconciliável com o Pacto, pois a liberdade de saída não é protegida sem reservas por ele. Segundo o Pacto, a liberdade de saída pode ser limitada se houver previsão legal e se essa limitação for se necessária para a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde da população, da moral pública, de direitos e liberdades de terceiros e outras limitações compatíveis com os direitos regulados pelo Pacto

¹⁰¹ Tradução livre de: "*La Constitución de la D.D.R. no era una Constitución del tipo propio del Estado del Estado de Derecho liberal. El artículo 1, primer párrafo, segunda frase, DDR-Verf. caracterizaba a la D.D.R. como 'la organización política de los trabajadores en la ciudad y el campo, bajo la conducción de la clase trabajadora y su Partido marxista-leninista'. La 'inviolabilidad de sus fronteras estatales' había sido elevada por medio del artículo 7, primer párrafo, DDR-Verf. a la categoría de bien jurídico de rango constitucional*" (ALEXY, 2006, p.177).

¹⁰² Texto apenso ao Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992, que decreta que, no Brasil, o pacto internacional sobre Direito Civis e Políticos será executado e cumprido inteiramente. (Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 28 jul 2012).

(ALEXY, 2006a, p.179).¹⁰³ Alexy ressalta que a RDA interpretava o Pacto de acordo com sua concepção socialista de direitos humanos para qual a ilimitada liberdade corresponde à aspiração do anticomunismo e vai de encontro ao dever de fidelidade ao Estado socialista (p.179).

Ademais, a Lei de Fronteiras não seria irreconciliável com o Pacto considerando que, em seu art. 1.º, o Pacto faz referência ao direito de autodeterminação dos povos, que permite aos seus signatários decidirem sem ingerência externa acerca da sua concepção de direitos humanos. Logo, a soberania da RDA era indiscutível.¹⁰⁴

Tampouco o direito à vida, protegido pelo art. 6.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹⁰⁵, é irreconciliável com o § 27 da Lei de Fronteiras, uma vez

¹⁰³ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (Art. 12):

1. toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrição, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente pacto.
4. Ninguém poderá ser privado do direito de entrar em seu próprio país.

¹⁰⁴ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (Art. 1.º):

1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito internacional. Em caso algum poderá, um povo ser privado de seus meios de subsistência.
3. Os Estados partes do presente pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das nações unidas.

¹⁰⁵ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (Art. 6.º):

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.
2. nos Países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.
3. Quando a privação da vida constituir um crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de quaisquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.
4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação de pena poderão ser concedidos em todos os casos.
5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.
6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente pacto.

que as vítimas não eram privadas arbitrariamente da sua vida conforme interpretação à época das mortes sob a concepção socialista de direitos humanos.

Decorre do exposto a conclusão de Alexy: levando-se em conta a práxis interpretativa da RDA e o fato de que não houve infringência a preceitos constitucionais da RDA, além do direito penal internacional e do direito positivo vigente na RDA, a conduta dos atiradores não careceria de punição na RDA tendo em vista a causa de justificação prevista no § 27 da Lei de Fronteiras. Levando em consideração que a RFA apenas poderia julgar as sentinelas caso o homicídio de pessoas que tentavam escapar da RDA fosse fato punível na RDA, a única maneira de punir os atiradores seria a aplicação da fórmula de Radbruch para derrubar a causa de justificação. Segundo Alexy,

[...] tudo conduz à questão de se a causa de justificação então defendida pelo direito positivo resulta suprimida pelo direito suprapositivo (*überpositives Recht*). Este é o caso se a morte dos fugitivos constituiu extrema injustiça, e se é possível aceitar junto com Radbruch que a extrema injustiça não é direito (ALEXY, 2006a, p.182).¹⁰⁶

Derrubar uma causa de justificação válida em um regime injusto mediante a aplicação do argumento de injustiça exige verificar se é possível precisar objetivamente algo como uma injustiça extrema.

Para iniciar essa investigação, Alexy apresenta os argumentos daqueles que sustentam que não é possível essa identificação:

Um relativista radical questionaria isto e afirmaria que os juízos sobre injustiça extrema, como, na realidade, todos os juízos sobre injustiça, não têm nenhuma classe de significação cognitiva e objetiva. A esse respeito, poder-se-ia alegar, com o apoio do decisionismo, que tais juízos seriam meras opiniões ou, com o apoio do emotivismo, poder-se-ia interpretá-los como expressões de sentimentos e intentos de persuasão. Com uma devida dose de cinismo, também se pode classificá-los como uma questão de gosto. E, finalmente, para mencionar inclusive mais uma variante, pode-se intentar desmascarar, em termos de crítica ideológica, os juízos sobre injustiça como puros

¹⁰⁶ Tradução livre de: "[...] todo conduce a la cuestión de si la causa de justificación entonces defendida por el Derecho positivo resulta suprimida por el Derecho suprapositivo (*überpositives Recht*). Este es el caso si la muerte de fugitivos constituyó una extrema injusticia, y si se puede aceptar con Radbruch que la extrema injusticia no es Derecho". (ALEXY, 2006, p.182).

assuntos de *Weltanschauung* [concepções de mundo] ou meras expressões de interesses. A essas posições metaéticas se podem acrescentar teses como a de Alasdair MacIntyre, para quem a crença nos direitos humanos não seria distinta da crença em bruxas e unicórnios (ALEXY, 2006a, p.182).¹⁰⁷

Caso não fosse possível identificar objetivamente uma injustiça extrema, desapareceria a tensão entre moral e direito. Bastaria assumir que o direito é apenas o estabelecido legalmente e o socialmente eficaz. Alexy rechaça essa tese e argumenta que os juízos acerca da injustiça extrema são suscetíveis de fundamentação racional e possuem um caráter cognitivo e objetivo (e cita como exemplo a decisão acerca da cidadania, exposta em 2.3).

Alexy adverte: é importante que os conceitos de injustiça evidente e injustiça extrema não se confundam. Embora a injustiça seja tão mais evidente quanto mais extrema, há sempre a possibilidade de que uma injustiça extrema não seja evidente por conta de uma cegueira moral (ideologias, tradições ou fanatismos) ou de um erro moral (não consideração de todas ou de algumas circunstâncias). Assim, não se pode atrelar injustiça extrema a uma injustiça evidente.

Quanto à existência de injustiça extrema, afirma que

[...] definitivamente, somente **argumentos** podem decidir, e não intuições ou as experiências do "evidente". As evidências podem ser destruídas em um discurso racional, porque elas não resistem aos argumentos ali postos em jogo, e o que não era evidente antes de um discurso desse tipo, pode ser evidente depois dele. **Somente aquelas evidências e não evidências que se submetem a uma comprovação racional discursiva e resistem a ela podem ser invocadas como critérios para a presença ou ausência de uma injustiça extrema** (ALEXY, 2006a, p.184).¹⁰⁸ (Grifou-se)

¹⁰⁷ Tradução livre de: *"Un relativista radical cuestionaría esto y afirmaría que los juicios sobre injusticia extrema, como en realidad todos los juicios sobre injusticia, no tienen ninguna clase de significación cognitiva y objetiva. Al respecto podría alegar con el decisionismo que tales juicios serían meras opiniones o, con el emotivismo podría interpretarlos como expresiones de sentimientos e intentos de persuasión. Con una debida pizca de cinismo, también puede clasificarlos como una cuestión de gustos. Y finalmente, para mencionar incluso una variante más, puede intentar desenmascarar en términos de crítica ideológica los juicios sobre injusticia como puros asuntos de Weltanschauung [concepções de mundo] o meras expresiones de interés. A estas posiciones metaéticas se pueden añadir tesis como la de Alasdair MacIntyre, para cual la creencia en los derechos humanos no se distinguiría de la creencia en brujas y unicornios"* (ALEXY, 2006, p.182).

¹⁰⁸ Tradução livre de: *"[...] en definitiva sólo los argumentos pueden decidir, y no las intuiciones o las experiencias de 'lo evidente'. Las evidencias pueden destruirse en un discurso racional, porque ellas no resisten a los argumentos allí puestos en juego, y lo que no era evidente antes de un discurso de ese tipo, puede serlo después de él. Sólo aquellas evidencias y no-evidencias que se someten a una comprobación racional discursiva y resisten a la misma pueden ser invocadas como criterios para la presencia o la ausencia de una injusticia extrema"* (ALEXY, 2006, p.184).

Assim, é preciso fundamentação racional pela qual se possa admitir que os disparos das sentinelas foram uma injustiça extrema (e, por isso, a importância das teorias concernentes à razão prática geral, ao discurso jurídico, à pretensão à correção e à fundamentabilidade expostas no Capítulo 1). Por força dessa necessidade de fundamentação racional, Alexy analisa os fundamentos do Tribunal Supremo Federal utilizados para justificar a aplicação do argumento de injustiça.

A decisão teve por base o art. 12 e o art. 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que garantem o direito de saída e o direito à vida. Para Alexy, esse fundamento não é satisfatório, uma vez que o Pacto não foi internalizado pelo Parlamento da RDA (ALEXY, 2006a, p.185), e, por isso, o Pacto apenas proporcionaria pautas de valoração e pontos de apoio para avaliação sobre a existência de injustiça extrema.

Além disso, Alexy aponta outros problemas. Embora a decisão se ajuste à proposição de Radbruch de que o inventário de direitos humanos apostos nas declarações internacionais de direitos humanos e civis tenha sido forjado pelo "trabalho dos séculos" e que somente um ceticismo extremado poderia refutar esses direitos, o próprio Radbruch afirmou que não há consenso em relação a todos os direitos afirmados nessas declarações (ALEXY, 2006a, p.185).

Ademais, nem toda a lesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é uma injustiça extrema necessariamente, uma vez que a injustiça extrema é uma questão de gradação e depende da intensidade do ataque e do prejuízo deixado por esse ataque (ALEXY, 2006a, p.186).

Outrossim, o art. 6.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dispõe que toda pessoa tem um direito inato à vida, mas proíbe apenas que a vida seja tirada arbitrariamente, e, por isso, não se pode afirmar que todo uso de arma de fogo em fronteiras seja uma extrema injustiça. O Tribunal Supremo Federal, na decisão de 1992, afirma que o uso de armas de fogo, mesmo na fronteira da RFA, está limitado contra pessoas incontrolavelmente perigosas visando à defesa da integridade de terceiros. No entanto, segundo Alexy, essa

[...] expressão do Tribunal Supremo Federal não é de todo clara. O Bundesgerichtshof exige um perigo concreto na própria situação de cruzamento da fronteira, por exemplo, um ataque contra um funcionário da guarda fronteiriça ou admite como suficiente um perigo abstrato contra todos os cidadãos alemães, como se apresenta, por exemplo, no caso de cruzamento da fronteira de traficantes de drogas ou armas? (ALEXY, 2006a, p.187).¹⁰⁹

Diante de todas essas questões, Alexy assinala que a tese do Tribunal Supremo Federal somente se torna clara com a análise do contexto normativo e fático dos disparos, ou seja, na RDA havia proibição da saída legal para os cidadãos sem privilégios políticos sendo que não havia necessidade de fundamentação dessa proibição e nem possibilidade de intervenção de recursos na justiça. Na verdade, a intenção dessas proibições era "impedir que a RDA sangrasse pessoal e economicamente, e, por conseguinte, estava, como pano de fundo, a razão de Estado" (ALEXY, 2006a, p.187)¹¹⁰. Diante da razão de Estado, Alexy amplia a análise, para além do que fez o Tribunal Supremo Federal, em direção ao problema do totalitarismo que impedia a discussão pública e livre acerca do direito de saída: "Para a vítima S., isso significava que não poderia opor-se, com argumentos publicamente expostos, a seguir algemado a uma comunidade a qual não somente rechaçava, mas que, ademais, não podia modificar mediante **argumentos** expostos publicamente" (ALEXY, 2006a, p.187)¹¹¹. (Grifou-se).

Alexy responde à questão essencial para a aplicação da fórmula de Radbruch, ou seja, se teria ou não havido injustiça extrema na morte dos que tentavam cruzar o Muro. Segundo ele, a injustiça extrema

[...] se caracteriza porque **não se podia discutir livremente** não somente sobre o problema da saída, mas sobre nada em absoluto. **A RDA foi uma sociedade não discursiva**. Isso, considerado em si mesmo, tampouco, é uma injustiça extrema. Todavia, **se tudo concorre: uma vida completa e única que deve ser conduzida como não se quer, a impossibilidade de oposição com argumentos a essa proibição de escapar, e o disparo**

¹⁰⁹ Tradução livre de: "[...] *la expresión del Bundesgerichtshof no es del todo clara. El Bundesgerichtshof ¿exige un peligro concreto en la situación misma del cruce de frontera, así por ejemplo un ataque contra un funcionario de la guardia fronteriza, o admite como suficiente un peligro abstracto contra los ciudadanos alemanes, como se presenta, por ejemplo, en el caso de cruces de frontera de traficantes de drogas o de armas?*" (ALEXY, 2006, p.187).

¹¹⁰ Tradução livre de: "[...] *impedir que la D.D.R. se desangre personal y económicamente, y, por consiguiente, estaba la razón de Estado*" (ALEXY, 2006a, p.187).

¹¹¹ Tradução livre de: "[...] *Para la víctima S. esto significaba que no podía oponerse con argumentos públicamente expuestos a seguir maniatado en una comunidad a la cual no sólo rechazaba sino que, además, no podía cambiar mediante argumentos expuestos públicamente*" (ALEXY, 2006, p.187).

mortal para quem não suporta isso, então se pode chegar à ideia final de que existiu uma extrema injustiça quando se negou a vida a pessoas, em sua maioria jovens, que quiseram realizar sua concepção de vida boa e correta, [...] inclusive ao preço da morte (ALEXY, 2006a, p.188).¹¹² (Grifou-se)

Esse é o ponto-chave da análise de Alexy: os argumentos do Tribunal, na decisão de 1992, não apontaram para o fato de que a RDA era uma sociedade não discursiva, na qual era impossível o procedimento argumentativo em busca da justiça e da moral fundamentada, conforme as teorizações de Alexy expostas no Capítulo 1.

Além da referência ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Tribunal faz referência ao princípio da proibição da irretroatividade previsto na Constituição da RFA, no sentido de fundamentar sua não violação pela aplicação da fórmula de Radbruch. Segundo o Tribunal, não houve ofensa a esse princípio porque a morte dos que tentavam cruzar o Muro não estaria justificada pelo direito positivo da RDA tendo em vista a necessidade de proteção dos direitos humanos.

Alexy (2006a, p.188) rechaça inteiramente essa fundamentação, pois o Tribunal aplica a fórmula, mas diz que os assassinatos não estavam justificados no momento do fato. Ora, se assim o fosse, sequer haveria necessidade de utilização da fórmula de Radbruch, pois fatos puníveis ocorridos na RDA poderiam ser julgados na RFA.

Ademais, a leitura da Lei de Fronteira à luz dos direitos humanos efetuada pelo Tribunal é anacrônica e apenas encobre a essência da questão: se "a aplicação da fórmula de Radbruch sobre especiais causas de justificação de um regime injusto colide com a proibição da retroatividade" (ALEXY, 2006a, p.188).¹¹³ A resposta é negativa tendo em vista o seguinte:

O § 27, inciso segundo, primeira frase, na medida em permitiu uma extrema injustiça, já não era Direito – segundo o conceito de Direito aqui defendido – ao tempo do fato. Por isso, com a aplicação da fórmula de Radbruch não se

¹¹² Tradução livre de: "[...] se caracteriza porque no se podía discutir libremente no sólo sobre el problema de la salida, sino sobre nada en absoluto. La D.D.R. fue una sociedad no-discursiva. Esto, considerado en sí mismo, tampoco es una injusticia extrema. Pero si todo concurre: una vida completa y única que debe ser conducida como no se quiere, la imposibilidad de oponerse con argumentos a la prohibición de escapar, y el disparo mortal para aquél que no suporta esto, entonces se puede llegar a la ideal final de que existió una extrema injusticia cuando se quitó la vida a personas en su mayoría jóvenes que quisieron realizar su concepción de la buena y correcta vida, [...] incluso al precio de su muerte" (ALEXY, 2006, p.188).

¹¹³ Tradução livre de: "[...] la aplicación de la fórmula de Radbruch sobre especiales causas de justificación de un régimen injusto colisiona contra la prohibición de retroactividad" (ALEXY, 2006a, p.188).

modifica retroativamente o panorama jurídico, apenas se determina como era o panorama jurídico no momento do fato. Naturalmente que isso significa uma modificação sob o ponto de vista da facticidade. No entanto, este é precisamente o *quid* da fórmula de Radbruch. Ela não identifica o Direito com a facticidade da lei conforme o ordenamento e com a eficácia social, mas estabelece para essa facticidade um limite no umbral da injustiça, fazendo a lei perder, a partir dali, o caráter jurídico e a validade jurídica. Se essas premissas são aceitas, então o Direito não terá sido modificado retroativamente. Fica excluída uma lesão à exigência do *ius praeivium* (ALEXY, 2006a, p.190).¹¹⁴

Logo, a fundamentação do Tribunal em relação ao princípio de proibição da irretroatividade foi contraditória e é inaceitável (ALEXY, 2006a, p.188).

Alexy assinala a conveniência da nulidade *ab initio* da causa de justificação em casos de injustiça extrema, pois

[...] as pessoas que, em um regime injusto, se perguntam se é conveniente tomar parte em uma injustiça extrema podem incluir absolutamente em suas ponderações a possibilidade de que a eles seja solicitada uma prestação de contas depois da queda desse regime. Sua confiança em que o regime não vá cair ou que, após a queda, possam apelar a uma causa de justificação que também abarcará a injustiça extrema não merece proteção. Um dos fundamentos essenciais da fórmula de Radbruch é, precisamente, que, mediante o conceito de Direito não positivista, gera-se um efeito de risco para o autor. Visto que, uma ou outra vez, deve contar-se com a formação de Estados injustos, o castigo penal daqueles que em um regime injusto tenham cometido uma extrema injustiça protegida legalmente pode ter um importante efeito de prevenção geral que se estende para além das fronteiras do Estado nacional (ALEXY, 2006a, p.191).¹¹⁵

¹¹⁴ Tradução livre de: "*El § 27, inciso segundo, primera frase, en la medida en que permitió una extrema injusticia, ya no era Derecho – según el concepto del Derecho aquí defendido – al tiempo del hecho. Por ello, con la aplicación de la fórmula de Radbruch no se modifica retroactivamente el panorama jurídico, sino que sólo se determina cómo era el panorama jurídico al momento del hecho. Naturalmente que ello significa una modificación desde el punto de vista de facticidad. Pero éste es precisamente el quid de la fórmula de Radbruch. Ella no identifica el Derecho con la facticidad de la ley conforme el ordenamiento y la eficacia social, sino que establece para esa facticidad un límite en el umbral hacia la extrema injusticia, haciéndole perder allí el carácter jurídico y la validez jurídica. Si se acepta estas premisas, entonces el Derecho no ha sido modificado retroactivamente. Queda excluida una lesión a la exigencia del ius praeivium*" (ALEXY, 2006a, p.190).

¹¹⁵ Tradução livre de: "*[...] las personas que en un régimen injusto se preguntan si es conveniente tomar parte en una injusticia extrema, pueden incluir absolutamente en sus ponderaciones la posibilidad de que a ellos se les pidan cuentas tras la caída de ese régimen. Su confianza en que el régimen no va a caer, o en que tras su caída podrán apelar a una causa de justificación que también abarcará la injusticia extrema, no merece protección. Uno de los fundamentos esenciales de la fórmula de Radbruch es precisamente que mediante el concepto del Derecho no-positivista se genera un efecto de riesgo para el autor. Ya que una y otra vez debe contarse con la formación de Estados injustos, el castigo penal de aquellos que en un régimen hayan cometido una extrema injusticia protegida legalmente, puede tener un importante efecto de prevención general que se extiende más allá de las fronteras del Estado Nacional*" (ALEXY, 2006a, p.191).

Ademais, a aplicação da fórmula de Radbruch, conforme Alexy, é justificada pelo fato de que um Estado constitucional democrático não é somente um Estado de direito em sentido formal, mas, principalmente, em sentido material. Nesse contexto, dado que, quando aplicam a fórmula, os juízes não criam direito novo, não são lesionados o princípio da divisão de poderes, nem o princípio da reserva de lei e nem o princípio da segurança jurídica.

Alexy analisa, ainda, a culpabilidade, pois, segundo ele, "a punibilidade de ambos os soldados fronteiriços somente pode ser excluída se eles atuaram sem culpa" (ALEXY, 2006a, p.192)¹¹⁶, uma vez que estavam cumprindo ordens.

Tendo em vista a aplicação da lei mais benigna quando fatos acontecidos na RDA são julgados na RFA (conforme disposição do Tratado de Reunificação), o Tribunal recorreu ao § 5, inciso primeiro, do Código Militar Alemão, que dispõe que um soldado comete um ato punível seguindo ordens se reconhece que se trata de um ato antijurídico ou se a antijuridicidade é evidente, segundo as circunstâncias conhecidas pelo soldado. Segundo o Tribunal, os soldados não reconheceram a antijuridicidade, no entanto o homicídio de uma pessoa desarmada foi contra a proibição de matar, inclusive para um soldado doutrinado – logo a antijuridicidade era evidente.

No entanto, pondera Alexy (2006a, p.193), é preciso levar em conta o fenômeno da cegueira moral. Segundo o autor, os jovens soldados "careciam das condições comunicativas para uma formação racional e moral de seu próprio juízo"¹¹⁷. Isso porque a violência junto ao Muro nunca foi criticada publicamente, imperava um "sistema de mentiras" com base teórica em grandes pensadores, o sistema teve poucas críticas e obteve reconhecimento internacional com visita de chefes de Estado e apoio financeiro. Para Alexy (2006a, p.194), o Tribunal Supremo Federal errou ao apenas brandamente os soldados. Eles deveriam ter sido absolvidos.

Essa foi a primeira decisão em relação às sentinelas do Muro de Berlim, que, embora tenha um caráter não positivista importante ao aplicar o argumento de injustiça, careceu de uma fundamentação consistente. Anos mais tarde, em 1997, Alexy, no artigo intitulado "*Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad*

¹¹⁶ Tradução livre de: "*la punibilidad de ambos os soldados fronterizos solo puede llegar a ser excluida si ellos actuaron sin culpa*" (ALEXY, 2006a, p.192).

¹¹⁷ Tradução livre de: "*carecían de las condiciones comunicativas para una formación racional y moral de su propio juicio*" (ALEXY, 2006a, p.193).

penal" (Direito injusto, retroatividade e princípio da legalidade penal), analisará outra decisão da justiça alemã, referente à morte de uma pessoa que tentava cruzar a fronteira em 1972, conforme detalhes a seguir.

CASO 2

Homicídio (vítima tentou fuga a nado da RDA em 14 e 15 de fevereiro de 1972)

Réus: duas sentinelas do Muro de Berlim

Decisão do Tribunal Territorial de Berlim: 1993

Decisão do Tribunal Supremo Federal: 1994

Conforme Alexy, na noite entre 14 e 15 de fevereiro de 1972, dois membros de uma patrulha fronteira (a sentinela chefe e um soldado) avistaram um homem que tentava cruzar a nado a fronteira, que acompanhava o curso do rio Spree, entre as fronteiras da RDA e RFA. Era um homem, de 29 anos, nascido em Berlim Oriental. As sentinelas perceberam o fato quando o homem já estava aproximadamente na metade da travessia; gritaram "alto!", mas, quase ao mesmo tempo, dispararam suas metralhadoras em sua direção do homem.

Um dos soldados apertou três vezes o gatilho e o outro, duas vezes. Embora se tenha provado que os primeiros disparos foram de aviso, provou-se, também, que os dois soldados estavam conscientes de que poderiam ferir de morte a vítima e assumiram esse risco. A vítima foi ferida por um tiro na cabeça e afogou-se. Não ficou claro qual dos soldados teria efetuado o disparo letal, mas ambos atuaram no sentido de impedir a fuga de acordo com instruções recebidas com base no Regulamento de Serviço 30/10 do Ministério de Defesa Nacional, do ano de 1967, que dispunha que a patrulha

[...] vigiará a fronteira estatal com a missão de não permitir que ninguém atravesse a linha fronteira e de deter provisoriamente ou, se for o caso, abater, a quem transpassar ilegalmente a fronteira, assim como de garantir sob qualquer circunstância a proteção da fronteira estatal (ALEXY, 2000a, p.199).¹¹⁸

¹¹⁸ Tradução livre de: "[...] vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atravesase la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir a quienes traspasen ilegalmente la frontera, así como de garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal" (ALEXY, 2000a, p.199).

No dia seguinte à morte, foi outorgada aos soldados uma distinção por mérito, além de um prêmio de 150 marcos. A viúva da vítima seria comunicada, quatro semanas mais tarde, que o marido teria cometido suicídio e que o cadáver dele havia sido incinerado.

Julgadas na RDA, após a queda do muro, as sentinelas foram condenadas.

Assim como na decisão de 1992, o mais importante a ser analisado é se o fato era impunível pelo direito da RDA e, caso afirmativo, investigar se a fórmula de Radbruch seria aplicável para anular a causa de justificação. Dessa maneira, as análises de Alexy das decisões proferidas em 1984 e 1972 referentes às mortes das pessoas que tentaram cruzar a fronteira trazem argumentos em comum. A opção por apresentar as análises das duas decisões em separado levou em consideração o fato de que a retomada breve dos argumentos já expostos tornará mais claro o raciocínio de Alexy, bem como o fato de que houve a menção a diferentes leis em cada decisão.

À época dos fatos, 1972, segundo Alexy (2000a, p.199), vigorava a Lei sobre Funções e Competências da Polícia Popular de 11 de junho de 1968. De acordo com essa lei, os membros do exército estavam autorizados a cumprir as funções militares de vigilância, ordem e segurança de acordo com as instruções do ministro da defesa nacional. Segundo a mesma lei (e também de acordo com a lei de Fronteiras da RDA que a substituiria em 1982), poder-se-ia abrir fogo para evitar tanto a comissão quanto a continuação de um fato que poderia constituir um delito - inclusive os delitos contra a ordem pública (dentre eles, o cruzamento ilegal da fronteira, conforme o Código Penal da RDA).

Alexy (2000a, p.200), como fez na crítica à decisão referente ao homicídio ocorrido em 1984, exposta acima, observa que essas disposições coincidem em boa parte com as disposições referentes a armas de fogo vigentes na RFA. Esse aspecto e o fato de que a Constituição da RDA de 1968 reconhecia o direito à vida e à integridade corporal levaram à conclusão do Tribunal Territorial de Berlim de que as disposições da RDA deveriam ser interpretadas à luz do Estado do direito, sendo, portanto, o ato dos atiradores punível. Como o Tratado de Reunificação dispunha que crimes puníveis na RDA poderiam ser julgados na RFA, as sentinelas foram julgadas e, em primeira instância, condenadas, sem que se recorresse ao argumento de injustiça.

Para Alexy, essa decisão é equivocada, pois aplicar os princípios do Estado de direito à RDA é um anacronismo.

Houve recurso de uma das sentinelas, e, em 26 de julho de 1994, o Tribunal Supremo Federal confirmou a decisão da primeira instância, mas com outra fundamentação. Assim como na decisão de 1992 (referente ao assassinato de 1984), o Tribunal Supremo rechaçou o fundamento de que as mortes eram puníveis de acordo com o direito vigente na RDA – de acordo com Alexy (2000a, p.201), acertadamente, pois interpretar o direito vigente na RDA à luz dos princípios do Estado de direito seria incorrer em uma retroatividade encoberta, o que é muito mais grave do que uma retroatividade explícita. Para evitar esse equívoco, adverte Alexy, deve-se levar em conta que ao direito positivo pertence, além do teor literal das normas, a correspondente prática interpretativa.

Segundo Alexy (2000a, p.204), na decisão do Supremo Tribunal Federal foram consideradas como causas de justificação tanto o Regramento de Serviço 30/10 quanto o § 17.2.a da Lei sobre Funções e Competências da Polícia Popular Alemã vigentes em 1972. Dessa maneira, resta ao Tribunal enfrentar as seguintes questões: um guarda da fronteira somente poderá ser condenado se houver algo que neutralize a causa de justificação vigente na RDA; deve-se verificar se essa eliminação não violaria o princípio da irretroatividade.

O Tribunal Supremo Federal considerou que a causa de justificação pode ser eliminada por um direito suprapositivo e aplicou a fórmula de Radbruch. Alexy (2000a, p.205) discorre sobre a decisão do Tribunal Superior:

A justificação da morte do fugitivo, resultante do direito então vigente na RDA, é declarada ineficaz tendo em vista sua "agressão aberta e insuportável contra mandatos elementares da justiça e contra os direitos humanos protegidos pelo Direito Internacional".¹¹⁹

Para Alexy (2000a, p.205-206), na decisão, estão mesclados critérios de justiça com direito internacional, o que encerra o perigo de confundir-se a questão do direito extremamente injusto com a lesão de direito internacional, como aconteceu

¹¹⁹ Tradução livre de: *"La justificación de la muerte del fugitivo, resultante del derecho entonces vigente en la RDA, es declarada ineficaz a causa de su "agresión abierta e insoportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional"* (ALEXY, 2000a, p.205).

na decisão relativa ao homicídio em 1984 exposta antes. Em contrapartida, tem como acerto a invocação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, uma vez que essa invocação corresponde à tese de Radbruch de que os séculos construíram um acervo de direitos reunidos nas declarações de direitos do homem e do cidadão. Mesmo assim, o autor sustenta que seria desejável uma fundamentação com maior consistência que justificasse a neutralização da causa de justificação e remete à análise que fez dos fundamentos da morte ocorrida em 1984 (a neutralização da causa de justificação deve levar em conta que a RDA era uma sociedade não discursiva, conforme exposto acima).

Assim como na decisão de 1992, referente à morte ocorrida em 1984, o Tribunal analisa se houve ou não infringência do princípio da irretroatividade. O argumento evocado pelo Tribunal Superior Federal é de que as disposições sobre o uso de armas de fogo precisam ser interpretadas da forma mais favorável aos direitos humanos (o interesse do Estado em impedir o cruzamento da fronteira não é superior à preservação da vida). Assim, o art. 103.2 da Constituição Alemã de 1949 não seria lesionado pela exclusão da cláusula de justificação.

Essa conclusão é criticada veementemente por Alexy (2000a, p.207), pois se uma morte na fronteira se mantém dentro do teor literal da cláusula de justificação e se a aceitação da justificação reflete a prática interpretativa dominante à época dos fatos, o recurso a uma interpretação favorável aos direitos humanos revela uma retroatividade encoberta.

Assim, para Alexy (2000a, p.207; 2006a, p.185), tanto na decisão relativa à morte em 1984 como naquela relativa à morte em 1972, quanto ao resultado, o Tribunal Supremo Federal tem razão – embora não a tenha quanto à fundamentação. Para uma fundamentação consistente, reforça Alexy, bastaria a eliminação da cláusula de justificação mediante a aplicação da Fórmula de Radbruch, que, per se, não lesiona o princípio da irretroatividade.

Quanto à punibilidade (ALEXY, 2000a, p.226-228), o Tribunal Supremo Federal entendeu que era evidente para o soldado a violação da norma penal e confirmou a pena, para menores, de um ano e dez meses (uma das sentinelas recorreu e o Tribunal Constitucional Federal confirmou a pena conforme exposto a seguir). Alexy critica essa decisão e pondera que não estava ao alcance das jovens sentinelas a cognição de que os disparos seriam direito extremamente injusto.

Dessa maneira, os problemas apontados na justificação da decisão no caso do assassinato ocorrido em 1984 são semelhantes aos problemas apontados na fundamentação da decisão no caso dos assassinatos ocorridos em 1972, embora as causas de justificação estivessem apostas em conjuntos normativos diferentes. Nos dois casos, segundo Alexy, as decisões tiveram problemas na fundamentação, embora concorde com a aplicação da fórmula.

No mesmo artigo em que analisa a fundamentação das decisões relativas ao assassinato de um homem que tentava cruzar a fronteira em 1972, Alexy analisa a fundamentação do Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso da responsabilização de membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA e detecta, também, uma série de imprecisões na aplicação do argumento de injustiça.

2.5 O CASO DOS MEMBROS DO CONSELHO DE DEFESA DA RDA

Segundo relata Alexy, três membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA, Keßler (último ministro da defesa da RDA), Streletz (antigo ministro delegado para defesa e chefe do Estado maior do exército popular da RDA) e Albrecht (detentor de alto cargo no Partido Socialista Unificado da Alemanha em Suhl) foram processados por sete homicídios na fronteira entre 1971 e 1989 e recorreram ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. O recurso foi julgado em conjunto com um recurso interposto por uma sentinela do Muro condenada nas instâncias inferiores no caso da morte ocorrida em 1972. Os fatos que deram ensejo à ação que tem por réus os membros do Conselho Nacional de Defesa estão expostos a seguir.

CASO 3

Homicídios na fronteira cometidos entre 1971 e 1989 (autoria mediata)

Réus: membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA

Decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: 24/10/1996

Segundo Alexy, o processo contra os três membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA (Keßler, Streletz e Albrecht) tem por objeto um total de sete homicídios na fronteira ocorridos entre 1971 e 1989. Uma das vítimas morreu na explosão de

uma mina terrestre, quatro morreram na explosão de minas de fragmentação e duas morreram devido aos disparos dos guardas da fronteira. A acusação principal é de coautoria e participação nas mortes (ALEXY, 2000a, p.197).

O recurso de amparo dos membros do Conselho de Defesa da RDA que provocou o Tribunal Constitucional Federal teve como argumento principal o fato de que a aplicação da fórmula de Radbruch infringiria a proibição da retroatividade do art. 103.2 da Constituição. A defesa alegou, também, que, como ex-detentores de altos cargos governamentais e membros de um órgão constitucional da RDA, os altos funcionários desfrutariam de imunidade.

A decisão final do Tribunal Constitucional foi pelo não provimento dos recursos e pela manutenção da condenação de Keßler a sete anos e seis meses, de Streletz a cinco anos e seis meses por indução ao homicídio e de Albrecht a quatro anos e seis meses como cúmplice dos homicídios. O importante para determinação da autoria "[...] foi que, como membros do Conselho de Defesa Nacional, pertenciam a um órgão cujas resoluções constituíam o pressuposto necessário para as ordens fundamentais sobre as quais se erigia o regime fronteiriço da RDA" (ALEXY, 2000a, p.210).¹²⁰

O Tribunal Constitucional Federal reafirmou que é uma instância superior de revisão e que, devido à sua competência, a análise da decisão recorrida seria feita apenas no sentido de verificar se houve ou não a violação de direitos fundamentais dos recorrentes. No mérito, o Tribunal decidiu que as sentenças não foram defeituosas e manteve a condenação, uma vez que as resoluções do Conselho Nacional de Defesa, do qual os réus eram membros, foram os pressupostos fundamentais do regime fronteiriço da RDA. Foram rejeitados os argumentos de infringência à proibição da retroatividade e imunidade dos réus (ALEXY, 2000a, p.210-228).

Alexy, assim como fez nos casos das sentinelas, analisou minuciosamente a decisão e apontou falhas em sua fundamentação em relação a diversos pontos. Além dos problemas quanto ao princípio da irretroatividade, há problemas quanto

¹²⁰ Tradução livre de: "[...] fue que, en calidad de miembros del Consejo Nacional de Defensa, pertenecían a un órgano cuya resoluciones constituían el presupuesto necesario para las órdenes fundamentales sobre las que se erigía el régimen fronterizo de la RDA" (ALEXY, 2000a, p.210).

ao tratamento peculiar dos precedentes e uma atitude pouco clara em relação ao direito suprapositivo.

Em relação à infringência do princípio da irretroatividade, o Tribunal Constitucional Federal, segundo Alexy, foi contraditório, pois indica que o art. 103.2 da Constituição possui uma validade estrita, ou seja, não pode ceder em nenhum caso quando imperam a democracia e a divisão de poderes e vigem os direitos humanos. Em Estados que não estivessem sob essas condições, surgiria um conflito entre a justiça material e a proibição absoluta da retroatividade porque desapareceria o chamado "fundamento especial de confiança" próprio das sociedades democráticas nas quais imperam a divisão de poderes. Assim, o fundamento especial de confiança não deveria ser aplicado

[...] quando, em primeiro lugar, nem a democracia, nem a divisão de poderes e nem os direitos fundamentais sejam respeitados (*verwicklicht*) e, em segundo lugar, quando, sob essas circunstâncias, sejam previstas causas de justificação que amparem direito extremamente injusto [...] (ALEXY, 2000a, p.213).¹²¹

Alexy pondera que é razoável que não se aprecie a violação do art. 103.2 da Constituição em regimes nos quais foi aplicado direito extremamente injusto, mas que a argumentação falha ao referir-se à validade do art. 103.2 como estrita – se fosse assim, sua aplicação não deveria ceder em nenhum caso. Considerar a validade art. 103.2 como estrita soa contraditório, o que faz Alexy indagar: "Como algo pode ser absoluto, mas limitado; reger estritamente e, por outro lado, estar em conflito com outros mandados 'irrenunciáveis'; estar dotado de caráter absoluto e estrito e, no entanto, ter que ceder ou não ser aplicado?" (ALEXY, 2000a, p.213).¹²²

De toda maneira, Alexy ressalta que a decisão do Tribunal Constitucional passou ao largo do desatendimento ao teor literal do art. 103.2 – bastava ter assinalado que, com a aplicação da fórmula de Radbruch, não se altera o Direito

¹²¹ Tradução livre de: "[...] cuando, en primer lugar, ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales sean respetados (*verwicklicht*) y, en segundo lugar, cuando bajo estas circunstancias se prevean causas de justificación que amparen derecho extremamente injusto [...]" (ALEXY, 2000a, p.213).

¹²² Tradução livre de: "¿Como puede algo ser absoluto pero limitado; regir estrictamente y, en cambio, estar en conflicto con otros mandatos 'irrenunciables'; estar dotado de carácter absoluto y estricto y, sin embargo, tener que ceder o inaplicarse?" (ALEXY, 2000a, p.213).

retroativamente, apenas se verifica, em casos de extrema injustiça, a nulidade *ab initio* de determinadas disposições. Alexy afirma que as

[...] causas de justificação do direito positivo da RDA não eram direito, já desde o princípio, porque e na medida em que constituíam direito injusto. Com a aplicação da fórmula de Radbruch, portanto, não se altera retroativamente a situação jurídica, somente se constata como ela era no momento dos fatos (ALEXY, 2000a, p.218).¹²³

Além dessas falhas de fundamentação quanto ao princípio da irretroatividade, Alexy aponta um equívoco importante quanto ao tratamento dos precedentes: o Tribunal Constitucional Federal afirma que "tomou em consideração" a jurisprudência que sugere que, no caso de uma contradição insuportável entre em direito positivo e justiça, o princípio da segurança jurídica "pode" ter menos valor do que o princípio da justiça material.

Para Alexy (2000a, p.219), soa desconcertante o Tribunal afirmar que, na contradição insuportável entre direito positivo e justiça, o princípio da segurança jurídica "poderá" ser menos valorado do que a justiça material; na verdade, o correto seria afirmar que, nesses casos, o valor da segurança jurídica "deverá" ser menor do que o da justiça material, pois não se pode falar em levar em consideração a fórmula de Radbruch ante a mera possibilidade de que o direito positivo não ceda ante à injustiça extrema.

Sobre o tratamento do direito suprapositivo, Alexy aponta para o que poderia parecer uma negação expressa de utilização da fórmula de Radbruch quando o Tribunal Constitucional textualmente aduz não ser necessário recorrer-se a princípios jurídicos suprapositivos com a seguinte frase: "Para fundamentação da punibilidade não é preciso aqui o recurso a princípios suprapositivos" (ALEXY, 2000a, p.220).¹²⁴

Conforme Alexy, uma leitura contextualizada pode levar não à negação da fórmula, mas ao seu reforço, pois, nos casos em questão, a supressão do direito

¹²³ Tradução livre de: "[...] causas de justificación del derecho positivo de la RDA no fueron derecho, ya desde un principio, porque, y en la medida en que, constituían derecho extremadamente injusto. Con la aplicación de la fórmula de Radbruch, por tanto, no se altera retroactivamente la situación jurídica, sino que sólo se constata cómo era ésta en el momento de los hechos" (ALEXY, 2000a, p.218).

¹²⁴ Tradução livre de: "para fundamentación de la punibilidad no es preciso aquí el recurso a principios jurídicos suprapositivos" (ALEXY, 2000a, p.220).

extremamente injusto não levaria à aparição de uma lacuna no direito (bastaria apenas a aplicação da legislação que punia homicídios dolosos à época dos fatos). Assim, não haveria a necessidade de suprir eventual lacuna com princípios suprapositivos, bastaria a aplicação das disposições penais. Disso decorre que a frase poderia não dizer nada contra a fórmula.

Além dessas considerações quanto ao princípio da irretroatividade, ao tratamento peculiar dos precedentes e ao direito suprapositivo, Alexy faz outras considerações quanto à decisão do Tribunal Constitucional.

Um aspecto que mereceu atenção do autor foi o seguinte: se a classificação da causa de justificação como inaplicável seria resultado não da aplicação da fórmula de Radbruch (com a nulidade *ab initio*), mas resultado apenas da nulidade da causa de justificação *no momento* da decisão. Nesse caso, da contradição da causa de justificação com as premissas do Estado de Direito e da consideração genérica da justiça material como princípio decorreria a conclusão de que "a antiga justificação continuaria vigente, mas, simplesmente, já não poderia ser utilizada agora" (ALEXY, 2000a, p.222)¹²⁵.

O autor rechaça essa tese e a qualifica como frágil, pois ela admite, por um lado, a existência de uma causa de justificação, e por outro, que essa mesma causa de justificação existente não deve ser levada em conta. Isso soa contraditório e permite concluir que a fórmula de Radbruch foi o fundamento da decisão.

Quanto à alegação de imunidade dos membros do Conselho, o Tribunal considerou que essa não seria uma regra de direito internacional e, mesmo que existisse, tal imunidade não pode perdurar mais além da existência do Estado onde vigorava essa regra (ALEXY, 2000a, p.226).

Por fim, o Tribunal examinou o princípio da culpabilidade em relação à sentinela (ALEXY, 2000a, p.226-228). Segundo Alexy, na essência, trata-se de resolver se a antijuridicidade foi evidente. O Tribunal Constitucional concluiu no mesmo sentido que o Tribunal Supremo Federal – que o homicídio de uma vítima desarmada, nas circunstâncias em que aconteceu, foi uma atitude sem justificação possível e isso era evidente; logo o princípio da culpabilidade fora respeitado pela decisão que condenou a sentinela.

No entanto, alerta Alexy, há diversos argumentos que sustentam a tese de que não estava ao alcance dos guardas fronteiriços a determinação de que o direito positivo que amparava os disparos junto ao muro era direito extremamente injusto.

Tendo em vista que não houve ofensa aos direitos fundamentais dos recorrentes, os recursos não tiveram provimento e as decisões recorridas foram mantidas.

Alexy aponta o grande problema das decisões examinadas por ele: corretas quanto ao reconhecimento de que a causa de justificação era um direito extremamente injusto, imprecisas quanto à fundamentação da injustiça extrema e obscuras quanto à culpabilidade das sentinelas.¹²⁶ Essas falhas não são de menor importância, pois prejudicaram o debate público, que deve acontecer com o manejo de argumentos para definir qual é a moral correta (conforme a tese forte da moral e conforme a teoria da argumentação de Alexy expostas no Capítulo 1). Alexy conclui que

[...] ainda que a indeterminação e a falta de clareza possam favorecer ocasionalmente o consenso, o certo é que não fazem justiça à gravidade de um verdadeiro debate público sobre o correto, o qual não é somente atrativo por si mesmo, mas também constitui um pressuposto da estabilidade política duradoura (ALEXY, 2000a, p.228).¹²⁷

O exposto demonstra que os debates filosóficos acerca da relação entre direito e justiça têm reflexos no âmbito da aplicação do direito. Além disso, revelam que a falta de apuro teórico pode levar à obscuridade e a contradições no manejo do argumento de injustiça. A teoria de Alexy busca fornecer esses subsídios, mas tem sofrido críticas – as efetuadas por Eugenio Bulygin serão objeto do próximo capítulo.

¹²⁵ Tradução livre de: "*la antigua justificación seguiría vigente, pero simplemente ya no podría ser utilizada ahora*" (ALEXY, 2000a, p.222).

¹²⁶ Os membros do Conselho de Defesa da RDA recorreram ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que entendeu que os petionantes foram penalmente responsáveis pelas mortes dos fugitivos (com base em normas do direito internacional e na responsabilidade consagrada no próprio Código Penal da RDA). Essa decisão não foi objeto de análise de Alexy (SODERO, 2006, p.305-308).

¹²⁷ Tradução livre de: "*[...] aunque la indeterminación y la falta de claridad pueden favorecer ocasionalmente el consenso, lo cierto es que no hacen justicia a la gravedad de un verdadero debate público sobre lo correcto, el cual no sólo es atractivo por si mismo, sino que también constituye un presupuesto de la estabilidad política duradera*" (ALEXY, 2000a, p.228).

CAPÍTULO 3

O ARGUMENTO DE INJUSTIÇA NA POLÊMICA ENTRE ROBERT ALEXY E EUGÊNIO BULYGIN

Hellman (1999, p.13-18) sustenta que um dos problemas da ciência é o modo como a história de suas descobertas é ensinada: supostamente haveria uma marcha grandiosa na qual novas descobertas superariam ideias ultrapassadas, de maneira que se constrói uma falsa impressão da ciência como uma sequência lógica de capítulos sem revelar quão trabalhoso é o amadurecimento das ideias científicas.

Os grandes debates demonstram que a ciência é muito mais complexa e que, no processo da atividade científica, há um espaço natural para divergências. Nesse sentido, os debates científicos contribuem a um só tempo para o amadurecimento das ideias e para o "*processo*, que é a ciência viva, é o que torna a atividade excitante para os que a praticam" (HELLMAN, 1999, p.14). Assim deve ser entendido o debate, iniciado há quase duas décadas, entre Robert Alexy e Eugenio Bulygin.

O objetivo deste capítulo é levantar alguns dos principais pontos de divergência entre os dois autores. Para tanto, será exposta a análise efetuada por Paula Gaido sobre as diferenças das premissas teóricas de Alexy e Bulygin. Na sequência, as principais divergências objeto da polêmica serão registradas, seguindo a ordem cronológica dos debates, ocorridos em 1993/1997, 1998 e 2010. Neste último, em 2010, Bulygin faz a sua principal objeção à aplicação do argumento de injustiça: na verdade, sua aplicação seria uma retroatividade encoberta. Esse aspecto já mostrou sua relevância tendo em vista as diversas considerações feitas ao princípio da proibição da retroatividade por Alexy, quando da análise das decisões relativas ao caso das sentinelas do Muro de Berlim, exposta no Capítulo 2.

Ao final, a reflexão de Manuel Atienza sobre as diversas teorias da argumentação servirá de apoio à constatação de que, apesar dos dois autores partirem de pressupostos distintos e o consenso entre ambos parecer improvável, a polêmica teve por mérito provocar Alexy a esclarecer detalhes e reafirmar os fundamentos de sua teoria.

A maioria das objeções apresentadas por Bulygin (não todas) parece ter tido respostas satisfatórias de Alexy – considerações acerca da insuficiência de alguns contra-argumentos de Alexy serão efetuadas ao final deste trabalho.

3.1 VISÃO GERAL DA POLÊMICA: UM CONSENSO IMPROVÁVEL

O ano de 1993 marca o início de debate profícuo entre Eugenio Bulygin¹²⁸ e Robert Alexy acerca do conceito de direito não positivista de Alexy e sobre os pressupostos que lhe dão sustentação. Nesse contexto, a pré-compreensão dos pontos de partida de cada autor enriquece a leitura dos artigos produzidos em quase duas décadas de discussões, bem como auxilia a compreensão dos termos do debate.

Sobre a natureza da polêmica, Paula Gaido faz um esclarecimento importante. Alexy parte da premissa de que o direito, necessariamente, formula uma pretensão à correção (tese da vinculação entre direito e moral) e isso significa, portanto, que a relação entre moral e direito é necessária, de maneira que há uma relação conceitual entre direito moral. Bulygin discorda e afirma que a relação entre direito e moral é meramente contingente (tese da separação); portanto, não há uma relação conceitual entre direito e moral. Disso decorre que

¹²⁸ Eugênio Bulygin é um dos mais importantes filósofos do direito da atualidade. Doutor em direito, é professor emérito da Universidade de Buenos Aires, onde foi docente por quase seis décadas (NAVARRO, 2011). Nasceu em 1931, em Jarkov (na época, parte da União Soviética e, atualmente, parte da Ucrânia). Em 1943, ele e sua família foram deportados para Alemanha e, depois da Guerra, viveram alguns anos na Áustria. Em 1949, a família mudou-se para Argentina – Bulygin tinha 17 anos e não falava espanhol. O jovem, após familiarizar-se com o idioma na prática do xadrez, terminou seus estudos secundários na Argentina e optou, na sequência, pelo estudo do direito. Na academia, foi colaborador Ambrosio Gioja. Estudou um ano na Alemanha, onde trabalhou com Ulrich Klug e Hans Welzel, e um ano nos Estados Unidos, em Oxford, sob a supervisão de H.L.A. Hart. (CARACCILO, 1993, p.499-500). Produziu treze livros e mais de uma centena de artigos (NAVARRO, 2011). A produção conjunta de trabalhos com Carlos Alchourrón, segundo Manuel Atienza (1984, p.129), no campo da lógica formal, é a mais importante desenvolvida na Argentina com potencial influência na teoria do direito argentina e internacional. Navarro (2011) destaca que as principais contribuições de Bulygin (algumas em conjunto com Alchourrón) à agenda de discussões filosóficas foram em relação à relevância da lógica e da análise conceitual; aos limites da racionalidade do direito; à distinção entre normas e proposições normativas; à falta de argumentos lógicos em favor da suposta completude do direito; à dinâmica dos sistemas jurídicos. Acerca da relevância da lógica e da análise conceitual, Navarro (2011) faz as seguintes considerações: "Eugenio Bulygin tem empregado técnicas formais e estratégias conceituais sofisticadas da filosofia analítica contemporânea. A aplicação dessas ferramentas para análise da ciência jurídica e dos sistemas normativos tem sido um avanço notável na teoria do direito e tem produzido um enorme impacto na comunidade científica internacional" (tradução livre de: "*Eugenio Bulygin ha empleado técnicas formales y estrategias conceptuales sofisticadas de la filosofía analítica contemporánea. La aplicación de estas herramientas para el análisis de la ciencia jurídica y los sistemas normativos ha sido un avance notable en la teoría del derecho y ha producido un enorme impacto en la comunidad científica internacional*").

[...] uma eventual relação contingente entre direito e moral não seria o objeto da polêmica, uma vez que nenhum partidário da tese da separação nega que os sistemas jurídicos sejam reflexos mais ou menos fieis das convicções morais de quem detém o poder em uma sociedade determinada (GAIDO, 2001, p.17).¹²⁹

Dessa maneira, é possível que tanto positivistas como não positivistas entendam que há relação entre direito e moral; todavia essa relação, para os positivistas é contingente; para os não positivistas, é necessária, ou seja, conceitual.

Para Gaido (2001, p.15-16), portanto, a compreensão das divergências entre Alexy e Bulygin envolve a investigação, primeiro, do que cada autor entende por relação conceitual e, segundo, qual a posição de cada um deles acerca da natureza da moral. Salienta Gaido que muitas das divergências debatidas são reflexos da diferença entre os pressupostos teóricos de ambos.

Afirma Bulygin, sobre necessidade conceitual, que uma proposição p é necessária se é verdade, em todas as circunstâncias ou em todos os mundos possíveis. Sobre necessidade normativa, afirma Bulygin que, se p é obrigatória, deve ser falsa em pelo menos um mundo possível, caso contrário, não seria coerente fazê-la obrigatória. Por sua vez, afirma Alexy, a contingência de uma necessidade conceitual é uma contradição e a validade de uma obrigação (normativamente necessária) pode ser negada sem contradição. Até esse ponto não aparecem, ainda, divergências entre os autores (GAIDO, 2001, p.18).

No entanto, Alexy fundamenta a relação entre direito e moral com o argumento injustiça e com o argumento de correção e afirma que essa relação é necessária. Segundo o argumento da injustiça, as normas ou os sistemas normativos perdem seu caráter jurídico se ultrapassam o umbral da injustiça. Segundo o argumento da correção, nos processos de criação e aplicação do direito, os participantes devem formular necessariamente uma pretensão à correção (GAIDO, 2001, p.19).

Assim, o que difere um sistema jurídico ou uma norma jurídica da ordem de um bando de ladrões é a pretensão à correção. Logo, para Alexy tanto normas jurídicas individuais, decisões judiciais individuais e sistemas jurídicos em sua totalidade

¹²⁹ Tradução livre de: "[...] una eventual relación contingente entre derecho y moral no sería el objeto de la polémica de ambas tesis, ya que ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada" (GAIDO, 2001, p.17).

formulam necessariamente uma pretensão à correção (adequação a pautas moralmente justificadas) de maneira explícita ou implícita – essa é a dimensão ideal do direito, e, por isso, se a pretensão foi formulada, poderá ser satisfeita ou não.

Gaido (2001, p.21) salienta que quem formula uma pretensão à correção é o sujeito participante, ou seja, aquele que adota o ponto de vista interno. Essa formulação tem por base a teoria dos atos da fala, pois uma condição necessária ao ato de afirmar é crer no que se afirma, pois caso contrário, haveria uma contradição performativa. Assim, seria contraditório promulgar uma norma jurídica (que é semelhante à afirmação de sentido) sem crer na correção dessa norma. Segundo Gaido, a execução do ato de prescrever

[...] implica, necessariamente, a execução do ato de crer. Nesse sentido, o ato de prescrever carrega a intenção de modificar um estado de coisas em conformidade com algo que se pretende correto. Se isso não se realiza dessa maneira, chega-se a uma contradição pragmática, que, para Alexy, é, em sentido amplo, uma falha conceitual (GAIDO, 2001, p.22).¹³⁰

No entanto, para Bulygin, não existe algo como uma contradição pragmática, o que torna as afirmações de Alexy confusas. Nesse caso, ou seja, na promulgação de uma norma jurídica sem o elemento mental da correção, segundo Bulygin, haveria apenas uma falha política e não conceitual.

Ademais, Alexy entraria em contradição ao afirmar que a relação entre direito e moral é necessária (não contingente) ao mesmo tempo em que afirma que normas jurídicas individuais continuam sendo normas jurídicas mesmo sem formular uma pretensão à correção – nesses casos, haveria uma conexão qualificadora entre direito e moral (GAIDO, 2001, p.23). Para Bulygin, "falar de uma conexão qualificadora é falar de uma conexão contingente, fática, mas, em nenhum caso, de uma conexão necessária, analítica, conceitual" (p.23).¹³¹

¹³⁰ Tradução livre de: "[...] implica necesariamente la ejecución del acto de creer. En este sentido, el acto de prescribir conlleva la intención de cambiar un estado de cosas de conformidad con algo que se pretende correcto. Si esto no se realiza de esta manera se llega a una contradicción pragmática, que para Alexy es, en sentido amplio, una falla conceptual" (GAIDO, 2001, p.22).

¹³¹ Tradução livre de: "hablar de una unión cualificatoria es hablar de una unión contingente, fática, y en ningún caso de una unión necesaria, analítica, conceptual" (GAIDO, 2001, p.23).

A resposta de Alexy a essa objeção é que normas que não formulam e nem satisfazem a pretensão à correção seguem sendo jurídicas devido ao seu engate institucional, ou seja, mantêm a qualidade de "jurídicas" pelo caráter jurídico do sistema no qual estão inseridas.

Bulygin critica o raciocínio de Alexy, uma vez que critérios conceituais se apoiam somente em fatos e não em juízos ou valorações morais, pois os critérios conceituais asseguram o caráter descritivo das formulações teóricas. Nesse sentido, não haveria características definitórias dadas de antemão (GAIDO, 2001, p.24). Já Alexy tem uma perspectiva essencialista e entende que o que faz algo ser uma coisa é a essência dessa coisa e que todas as entidades têm uma espécie de propósito. Para Alexy,

[...] a pretensão à correção, que é uma pretensão de adequação a pautas morais, é o que diferencia o direito da pura facticidade do poder e é o que lhe outorga uma dimensão ideal. Isso significa adjudicar ao direito a tendência constitutiva de satisfação desse ideal (GAIDO, 2001, p.25).¹³²

Do exposto é possível afirmar que, para Bulygin, critérios conceituais a) não incluem avaliações morais, b) asseguram o caráter descritivo das formulações teóricas. Para Alexy, a) conceituar é definir a essência da coisa e b) o propósito faz parte do conceito de entidade. Em complemento, para Alexy, a pretensão à correção diferencia direito de poder e outorga uma dimensão ideal ao direito. Esse ideal regulativo, para Alexy, permite buscar uma essência do direito. Assim, a definição do direito não é arbitrária e nem convencional, de maneira que conceituar o direito não se refere a como deveria ser o direito, mas como o direito é (GAIDO, 2001, p.24-26). Portanto, Bulygin, ao negar a ligação conceitual entre direito e moral, o faz com base em critérios não essencialistas, enquanto Alexy tem por base justamente esses critérios.

Bulygin afirma, ainda, que, mesmo que se admita uma relação conceitual entre direito e moral, não há garantia de que todos entendam por justiça a mesma coisa. Bulygin indica que esta questão se refere à conexão entre direito e uma suposta moral crítica ou objetiva, que seria o conjunto de normas que se privilegia e

¹³² Tradução livre de: "[...] la pretensión de corrección, que es una pretensión de adecuación a pauta morales, es lo que diferencia al derecho de la pura facticidad del poder y lo que le otorga una dimensión ideal. Lo que significaría adjudicarle al derecho la tendencia constitutiva a la satisfacción de ese ideal" (GAIDO, 2001, p.25).

que são objetivamente verdadeiras e acessíveis ao conhecimento humano (GAIDO, 2001, p.27). Para Bulygin, se a tese de Alexy estiver correta, essa moral objetiva deve ser compartilhada por todos que fazem o direito. Assim, quando Alexy diz que há uma conexão entre direito e moral, ele deveria demonstrar que há uma conexão necessária entre todos os sistemas jurídicos e uma mesma moral (a moral objetiva).

Para compreender a refutação de Alexy a tal crítica, afirma Gaido (2001, p.29), é importante não olvidar que, para o autor, o que fundamenta os juízos morais é uma moral correta, ou seja, uma moral fundamentada. Alexy toma como ponto de partida a teoria do discurso (conforme exposto no Capítulo 1). À luz dessa teoria, a correção de pretensão é uma dimensão ideal e necessária do direito, que o conecta com a moral universal procedimental. Dessa maneira, a pretensão à correção implica uma pretensão de fundamentabilidade ou justificação.

Alexy, com base em Habermas, entende que justificar significa aceitar ao outro como igual (pretensão de igualdade) e significa defender o que se afirma a frente de qualquer um (pretensão de universalidade). A possibilidade de aplicar a teoria do discurso ao direito é explicada pela tese do caso especial, ou seja, para Alexy o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Ele nega, portanto, a possibilidade de uma moral objetiva (a moral a que se refere é uma moral fundamentada).

Bulygin, diferentemente de Alexy, é um cético moral: para Bulygin, não há verdades morais (ceticismo ontológico)¹³³. Isso porque ele a) assume a verdade

¹³³ "Uma das reprovações mais frequentes que recebo (inclusive de meus amigos) é que sou um cético que no creê na democracia, nos direitos humanos ou na verdade moral. Isso é parcialmente, mas somente parcialmente, correto. A verdade é que eu não sou um cético total, creio em muitas coisas, tenho muitas convicções políticas, morais, estéticas e culinárias, mas não creio na verdade dos juízos éticos, políticos ou estéticos pela simples razão de que tais juízos dependem, em grande medida, de emoções, sentimentos e gostos, que, por mais respeitáveis que sejam, não são suscetíveis de controle racional. Na medida em que esses juízos dependem de fatores emocionais, não são verdadeiros nem falsos. Isso não implica que não sejam importantes; há pessoas que sacrificam suas vidas por seus ideais políticos, morais ou religiosos, mas uma coisa é a importância e outra muito distinta é a verdade. Estou firmemente convencido de que Mozart é mais valioso que Johann Strauss, que a Catedral de Chartres supera em beleza o monumento a Vittorio Emmanuele, que Ghandi é moralmente superior a Bush, que a democracia é preferível a uma ditadura, que uma garrafa de um bom vinho tinto é melhor que Coca-Cola. No entanto não creio que sejam verdades. Por conseguinte seguirei incorrendo em minhas heresias, coisa que não me impede gozar de obras artísticas, criticar a maus políticos, respeitar os direitos humanos e desfrutar de manjares culinários" (tradução livre de: *"Uno de los reproches más frecuentes que se me han hecho (incluso por mis amigos) es que soy un escéptico que no cree en la democracia, en los derechos humanos o en la verdad moral. Esto es parcialmente, pero sólo parcialmente, cierto. La verdad es que yo no soy un escéptico total, creo en muchas cosas, tengo bastante firmes convicciones políticas, morales, estéticas y culinarias, pero no creo en la verdad de los juicios éticos, políticos o estéticos por la sencilla razón de que tales juicios dependen en gran medida de*

como correspondência (uma expressão é verdadeira somente se corresponde ao fato que descreve, ou seja, a verdade está no objeto e não no sujeito); b) assume a tese ontológica (não existem fatos normativos, ou seja, não existem razões objetivas para atuar) e c) assume a tese semântica (as normas não são descritivas, são prescritivas). Dessa maneira não há que se possa chamar de moral objetiva na relação entre moral e direito (GAIDO, 2001, p.30; CARACCILO, 1993, p.509-510).¹³⁴

Ademais, segundo Bulygin (2004, p.16-17), as diversas correntes que tentam dar conta da normatividade do direito, isto é, de seu valor moral, tem por base um

emociones, sentimientos y gustos, que por respetables que sean no son susceptibles del control racional. En la medida en que esos juicios dependen de factores emocionales, no son verdaderos ni falsos. Esto no implica que no sean importantes; hay gente que sacrifica sus vidas por sus ideales políticos, morales o religiosos, pero una cosa es la importancia y otra muy distinta la verdad. Estoy firmemente convencido de que Mozart es más valioso que Johann Strauss, que la catedral de Chartres le supera en belleza al monumento a Vittorio Emmanuele, que Ghandi es moralmente superior a Busch, que la democracia es preferible a una dictadura, que una botella de un buen tinto es mejor que Coca-Cola. Pero no creo que todo esto sean verdades. Por consiguiente, seguiré incurriendo en mis herejías, cosa que no me impide gozar de obras artísticas, criticar a malos políticos, respetar los derechos humanos y disfrutar de los manjares culinarios" (BULYGIN, 2013).

¹³⁴ São palavras de Bulygin quando entrevistado por Ricardo Caracciolo: "Meu ceticismo ético tem, por sua vez, uma base tríplice. Em primeiro lugar, a definição de verdade como correspondência: uma expressão (oração, enunciado, proposição) é verdadeira se, e somente se, corresponde ao fato que descreve. Essa é a ideia básica da velha teoria da verdade como correspondência da tradição de Aristóteles-Tarski. [...] Em segundo lugar, meu ceticismo ético baseia-se em uma tese ontológica: creio que não existem fatos normativos (ou razões objetivas para atuar, de acordo com a terminologia hoje em dia em voga). Pois bem, se as normas descrevem algo, elas têm que descrever fatos normativos ou valorativos e, se não existem tais fatos, as normas não podem ser verdadeiras, já que não há nada que possam descrever. Esta conclusão é reforçada, em terceiro lugar, por uma tese semântica: as normas não são descritivas, são prescritivas. Sua relação com a realidade é de tal natureza que o problema de verdade não se coloca. [...] Cabe ressaltar que meu ceticismo não é meramente cognoscitivo (não se pode conhecer verdades morais), mas ontológico (não há verdades morais). Isso não quer dizer que não haja possibilidade de discrepâncias éticas genuínas ou que não se possam aduzir argumentos racionais a favor de uma posição ética. No entanto, tais argumentos e discrepâncias somente são possíveis dentro do marco comum de certas normas ou de valores básicos compartilhados" (CARACCILO, 1993, p.510). Tradução livre de: "[...] *Mi escepticismo ético tiene, a su vez una base tríplice. En primer lugar, la definición de verdad como correspondencia: una expresión (oración, enunciado, proposición) es verdadera si, y sólo si, corresponde al hecho que describe. Esta es la idea básica de la vieja teoría de la verdad como correspondencia de la tradición Aristóteles-Tarski. [...] En segundo lugar, mi escepticismo ético se basa en una tesis ontológica: creo que no existen hechos normativos (o razones objetivas para actuar, de acuerdo con la terminología hoy día en voga). Ahora bien, si las normas describen algo, tienen que describir hechos normativos o valorativos y si no existen tales hechos, las normas no pueden ser verdaderas, ya que no hay nada que puedan describir. Esta conclusión es reforzada, en tercer lugar, por una tesis semántica: las normas no son descriptivas, sino prescriptivas. Su relación con la realidad es de tal naturaleza que el problema de la verdad ni siquiera se plantea. [...] Cabe subrayar que mi escepticismo no es meramente cognoscitivo (no se puede conocer verdades morales) sino ontológico (no hay verdades morales). Esto no quiere decir que no haya posibilidad de discrepancias éticas genuinas o que no se pueda aducir argumentos racionales a favor de una posición ética. Pero tales argumentos y discrepancias sólo son posibles dentro del marco común de ciertas normas o valores básicos compartidos"* (CARACCILO, 1993, p.510).

mal-entendido. A tese do autor é que a normatividade do direito não é um problema jurídico, mas um problema moral e, por isso, sua solução está no campo da filosofia moral e não no campo da filosofia jurídica. O autor faz uma analogia:

É como perguntar-se se a TV é moralmente boa ou má. Há, certamente, muitos programas televisivos que são maus e moralmente condenáveis; muitos programas são moralmente indiferentes, e, às vezes, ainda que não frequentemente, podem-se encontrar programas moralmente recomendáveis. Todavia, a televisão como tal não é nem boa e nem má e, portanto, a pergunta acerca de seu valor moral carece de sentido. Algo similar sucede com o direito. Há boas e más normas jurídicas; há normas jurídicas que solucionam problemas sociais e contribuem, desta maneira, à paz e à felicidade, mas também há normas jurídicas más e, inclusive, perversas. Perguntas acerca do valor moral de uma norma jurídica ou de um conjunto de normas jurídicas ou acerca de nosso dever moral de obedecer tais normas são perfeitamente significativas, mas não é significativa a pergunta acerca do valor moral do direito em si. Lamentavelmente, os filósofos do direito formulam essa última questão e, não surpreende demasiadamente que suas respostas sejam pouco satisfatórias (BULYGIN, 2004, p.17).¹³⁵

Dessa maneira, a pergunta acerca do valor moral do direito, ou seja, se o direito, pelo mero fato de ser direito, é moralmente obrigatório não pode ser respondida pela teoria jurídica – a teoria jurídica não pode supor uma obrigação moral de obedecer ao direito (BULYGIN, 2010, p.23); a teoria jurídica tem apenas respostas para identificação das normas jurídicas, mas não tem respostas suficientes no âmbito da aplicação, especialmente nos casos difíceis, nos quais estão envolvidas, com frequência, questões morais. O problema se torna mais complexo quando colidem deveres jurídicos do juiz e aquilo que o juiz considera seu dever moral. O juiz ou violará seu dever jurídico ou violará seu dever moral.

Há autores, como Alexy, que recorrem à fórmula de Radbruch, mas, para Bulygin, essa aplicação é insuficiente para resolver a questão. Bulygin (2004, p.25-26)

¹³⁵ Tradução livre de: *"Es como preguntarse si la televisión es moralmente buena o mala. Hay ciertamente muchos programas televisivos que son malos y moralmente condenables; muchos programas son moralmente indiferentes y a veces, aunque no muy a menudo, se puede encontrar programas moralmente recomendables, pero la televisión como tal no es ni bueno ni mala y, por lo tanto, la pregunta acerca de su valor moral carece de sentido. Algo similar sucede con el derecho. Hay buenas y hay malas normas jurídicas; hay normas jurídicas que solucionan problemas sociales y contribuyen de esta manera a la paz y a la felicidad, pero también hay normas jurídicas malas e incluso perversas. Preguntas acerca del valor moral de una norma jurídica o de un conjunto de normas jurídicas o acerca de nuestro deber moral de obedecer tales normas son perfectamente significativas, pero no la pregunta acerca del valor moral del derecho en sí. Lamentablemente, los filósofos del derecho suelen formular esta última pregunta y no es demasiado sorprendente que sus respuestas sean poco satisfactorias"* (BULYGIN, 2004, p.17).

ilustra sua posição com o exemplo da ordem dada por um oficial a três soldados, A, B e C, para torturem um prisioneiro. O soldado A, num raciocínio positivista, entende que ordens juridicamente válidas devem ser obedecidas, logo, tortura o prisioneiro. B entende, como Bulygin entenderia, que a ordem é juridicamente válida, mas é moralmente repugnante. Como não há obrigações morais de obedecer normas jurídicas, B não cumpre a ordem por razões morais, mesmo correndo o risco de ser castigado. C é um seguidor de Radbruch e entende que uma norma moralmente repugnante não é direito e, por isso, não tortura o prisioneiro. B e C correm o risco de castigo devido à desobediência, mas enquanto B pode invocar razões morais para não ter obedecido, C poderá apenas invocar razões semânticas (a ordem não era direito). Segundo Bulygin, a posição de C, de um ponto de vista moral é

[...] certamente muito menos vantajosa do que a de B. Desde o ponto de vista teórico, não vejo vantagens em negar que o direito mau seja direito, do mesmo modo como não vejo vantagens em sustentar que um mau professor não seja professor. A consequência de uma decisão semântica tal é a impossibilidade de criticar um professor por ser mau ou criticar uma norma jurídica por ser injusta (BULYGIN, 2004, p.25-26).¹³⁶

Assim, a posição de Bulygin (2004, p.26) é explícita: ele defende um certo positivismo jurídico que tem por base a distinção das obrigações jurídicas das obrigações morais. O juiz, nos casos difíceis, tem que tomar a decisão de agir conforme seus deveres jurídicos ou agir conforme suas crenças morais. Dessa maneira, não apenas razões jurídicas são suficientes para sua atuação, mas razões morais. Na determinação dessas razões, já que Bulygin entende que não há um critério objetivo para determinar o que é moralmente devido, é que está centrada a dificuldade. Para o autor, não se pode negar a possibilidade de conflitos entre deveres jurídicos e morais, mas, ainda assim, esses deveres mantêm-se em instâncias distintas e não necessariamente relacionados como entende Alexy (a relação entre direito e moral, para Bulygin, acontece de forma contingente).

¹³⁶ Tradução livre de: "[...] ciertamente mucho menos ventajosa que la de B. Desde el punto de vista teórico, no veo ventajas en negar que el derecho malo sea derecho, del mismo modo como no veo ventajas en sostener que un mal profesor no es profesor. La consecuencia de una decisión semántica tal es la imposibilidad de criticar a un profesor por ser malo o una norma jurídica por injusta" (BULYGIN, 2004, p.25-26).

Outra objeção de Bulygin a Alexy seria a seguinte: os sistemas jurídicos democráticos modernos recepcionam em suas constituições princípios de uma ética normativa determinada. Nesse sentido, Alexy poderia ter confundido os limites conceituais do direito com pautas normativas de um Estado democrático de direito. Bulygin afirma que há possibilidade de discussões racionais sobre justiça, mas essas discussões somente são possíveis no interior de sistemas determinados, sem, no entanto, poder-se dizer qual seja o correto ou verdadeiro, embora, dentro de cada sistema seja possível determinar racionalmente quais as consequências da adoção de determinados princípios básicos (GAIDO, 2001, p.34; CARACCILO, 1993, p.510).

Em suma, afirma Gaido (2001, p.34-35) que tanto Bulygin quanto Alexy concordam que não existe uma moral objetiva (apreensível pelos sentidos e compartilhada por todos), mas discordam sobre a justiça. Para Bulygin, não há princípios de justiça verdadeiros (princípios não se podem determinar racionalmente), pois, se houvesse uma verdade moral, não seria possível distinguir conceitualmente direito e moral e, nesse caso, sequer haveria necessidade de normas jurídicas, pois os homens já saberiam o que fazer; para Alexy existe uma forma racional de discutir acerca do que é moralmente correto (teoria do discurso racional). As duas teorias têm em comum o objetivo de justificar o direito positivo.

Gaido (2001, p.38) observa, ainda, que Alexy sustenta a validade do conceito de correção, não somente pela sua importância teórica, mas pela sua aplicabilidade prática, uma vez que as teorias da argumentação têm por objetivo controlar racionalmente a eleição entre premissas normativas que justifiquem as decisões finais dos juízes. A relevância prática do argumento de correção se mostra na derrubada de regimes jurídicos injustos e na solução dos casos difíceis (conforme exposto no Capítulo 2).

Por sua vez, Bulygin afirma que para justificar uma decisão judicial somente são requeridas normas jurídicas, definições pertinentes e descrição dos fatos. A lógica, nesse caso, é perfeitamente utilizável na comparação das consequências que se seguiriam com a eleição de uma ou outra premissa (GAIDO, 2001, p.38-39; CARACCILO, 1993, p.508-511).¹³⁷

¹³⁷ A obra de Bulygin reflete a convicção de que a lógica é uma ferramenta indispensável tanto para a filosofia em geral quanto para o estudo de normas e sistemas jurídicos. Bulygin insiste que é necessária uma renovação metodológica que permita a aplicação de ferramentas formais idôneas e sofisticadas na identificação e solução de problemas na área do direito (NAVARRO, 2011). Portanto, tendo em vista que Bulygin poderia ter utilizado, mas não utilizou, o ferramental teórico

Esses são os pontos principais da polêmica, que segue vigorosa desde 1993. Os artigos nos quais foram apresentados os argumentos e contra-argumentos dos autores serão objeto das considerações a seguir.

3.2 PRIMEIRAS CONTROVÉRSIAS (1993 E 1997)

Em 1993, Eugenio Bulygin, no artigo *Alexy y el argumento de la corrección* (*Alexy e o argumento de correção*), formula as suas primeiras críticas às teorias de Alexy (BULYGIN, 2001a, p.41-51). Em 1997, essas críticas foram refutadas por Alexy no artigo *La crítica de Bulygin al argumento de la corrección* (*A crítica de Bulygin ao argumento da correção*) (ALEXY, 2001a, p.53-84).

Os principais pontos debatidos foram: uma suposta contradição na teoria de Alexy em relação às consequências classificadoras e qualificadores da relação entre

da lógica deôntica na análise e crítica das teorizações de Alexy, as observações de Rover, Serbena e Cella (2009, p.247-256) trazem importantes contribuições ao debate. Eles afirmam que a formulação de alguns sistemas de lógica deôntica introduz um ângulo novo à discussão entre as relações conceituais entre a moral e o direito. Sob essa perspectiva, é possível afirmar que, tanto Habermas como Alexy pressupõem "uma lógica sem apresentar um axioma, um teorema ou regra de inferência" de maneira que suas teorizações acerca da relação entre direito e moral seriam obscuras. A questão colocada pelos autores é se é possível a análise lógica da relação entre sistemas jurídicos e morais. A resposta é que essa análise é possível, mas revela as dificuldades e consequências contraintuitivas. Os autores apresentam as teorizações de R. Vernengo, N.C.A da Costa e L.Z. Puga expostas no artigo *Normative logics, Morality and Law* (In: *Experts systems in Law*. A. Martino (Ed.) Elsevier Sc. Pv., 1992. p.345-365). Nesse artigo, foi apresentada a formulação de sistemas lógicos com operadores distintos para obrigação moral (O_m) e obrigação jurídica (O_j). Das diversas conclusões apresentadas, seguem dois exemplos: de um sistema D, em cujo interior esteja o seguinte postulado: " $O_j A \rightarrow O_m A$ (uma obrigação jurídica implica uma obrigação moral)" e " $O_m A \rightarrow P_j A$ (uma obrigação moral implica uma permissão jurídica)", não se pode logicamente concluir, por exemplo, a tese de Tomás de Aquino de que o pagamento de impostos é legalmente obrigatório, mas essa obrigação poderia não ser aceita como obrigação moral. O segundo exemplo seria: de um sistema D', em que são válidas as fórmulas: " $O_j A \rightarrow P_m A$ (uma obrigação jurídica implica uma permissão moral)" e " $O_m A \rightarrow P_j A$ (uma obrigação moral implica uma permissão jurídica)" não se consegue justificar logicamente os casos em que o legalmente obrigatório não é moralmente permitido (dever dos soldados matarem, no caso de guerra, contra a proibição geral de matar). Há, também, os casos em que o moralmente obrigatório não é juridicamente permitido – como no caso de Antígona, que, moralmente obrigada a sepultar seu irmão, teve que enfrentar a proibição legal positiva do funeral, decretada por Creonte – que não conseguem ser explicados dentro desse sistema. Dessas constatações se deduz que as relações entre moral e direito carecem de uma explicação rigorosa e encontram problemas do ponto de vista lógico. Dessa maneira, segundo Rover, Serbena e Cella, as dificuldades apresentadas confirmam que a pretensão à correção, como elemento ideal do direito, não seria necessária (conforme defende Alexy). Além disso, a pretensão à correção poderia ser pressuposta de diversas maneiras de acordo com a corrente ideológica do jurista, moralista ou filósofo e "não apenas de uma [maneira], como parece supor erroneamente o argumento de correção de Alexy" (ROVER; SERBENA; CELLA, 2009, p.256).

moral e direito e a suposta falta de fundamentação da tese de Alexy de que todo ordenamento jurídico formula, necessariamente, uma pretensão à correção (base do argumento de injustiça que é o objeto desta investigação). Embora Alexy tenha rebatido todas as críticas, seus contra-argumentos não foram suficientes para convencer Bulygin, como se pode perceber na continuidade do debate (exposta adiante).

A primeira crítica de Bulygin (2001a, p.44) refere-se às conexões classificadoras e qualificadoras propostas por Alexy (na conexão classificadora, a satisfação do critério moral seria necessária; na conexão qualificadora esta satisfação não seria necessária, ou seja, seria contingente). Segundo Bulygin, haveria uma contradição nas teorizações de Alexy, uma vez que ele sustenta duas teses antagônicas: a) normas e decisões judiciais consideradas individualmente, bem como sistemas jurídicos, formulam, necessariamente, uma pretensão à correção; b) a pretensão à correção, no caso de normas jurídicas e decisões judiciais individualmente consideradas, tem uma pretensão qualificadora, ou seja, mesmo se faltar a pretensão à correção, essas normas e decisões ainda serão normas jurídicas (embora deficientes). Assim,

[...] a pretensão à correção é uma característica definitiva (e, por conseguinte, necessária) dos sistemas jurídicos, no entanto, não é uma característica definitiva de normas jurídicas e decisões judiciais individuais e, portanto, não é necessária. Um sistema normativo que não formule uma pretensão desta natureza, não é um sistema jurídico; pelo contrário, uma norma ou uma decisão judicial podem ser consideradas jurídicas, ainda que não formulem nenhuma pretensão à correção. Tampouco, a satisfação desta pretensão à correção é uma característica definitiva da expressão "sistema jurídico": um sistema normativo que formule esta pretensão, mas que não a satisfaça, é, no entanto, um sistema jurídico, ainda que juridicamente deficiente (BULYGIN, 2001a, p.46).¹³⁸

Dessa maneira, sustenta Bulygin, Alexy teria feito confusão entre as características definitórias e contingentes do sistema jurídico, de maneira que a base de suas teorizações cairia por terra.

¹³⁸ Tradução livre de: [...] *la pretensión de corrección es una característica definitiva (y por consiguiente necesaria) de los sistemas jurídicos, pero no es una característica definitiva de normas jurídicas y decisiones judiciales aisladas y, por tanto, no es necesaria. Un sistema normativo que no formule una pretensión de esta naturaleza, no es un sistema jurídico; por el contrario, una norma o una decisión judicial pueden ser consideradas jurídicas, aunque no formulen ninguna pretensión de corrección. Tampoco la satisfacción de esta pretensión de corrección es una característica definitiva de la expresión "sistema jurídico": un sistema normativo que formule esta pretensión pero que no la satisfaga es, sin embargo, un sistema jurídico aún cuando jurídicamente deficiente* (BULYGIN, 2001a, p.46)

Alexy, para refutar essa suposta contradição, ressalta as premissas de suas teorizações. Em primeiro lugar, Alexy considera os sistemas jurídicos. Segundo Alexy, a pretensão à correção tem um caráter duplo: a pretensão à correção a) pode ou não ser formulada e b) pode ou não ser satisfeita. Assim, alguns sistemas normativos formulam ou não a pretensão à correção e alguns sistemas normativos formulam, mas não satisfazem a pretensão à correção. A formulação da pretensão à correção se dá no próprio ato institucional de promulgação da norma, e a não satisfação dessa pretensão se dará apenas se

[...] algo é falso ou foi feito equivocadamente. O que é falso é defeituoso. Isso quer dizer que, se a pretensão à correção é necessariamente formulada pelos sistemas jurídicos, a não satisfação dessa pretensão por um sistema jurídico o converte em necessariamente deficiente (ALEXY, 2001a, p.64).¹³⁹

Dessa maneira, sustenta Alexy (2001a, p.64), a tese de que os sistemas jurídicos formulam necessariamente uma pretensão à correção não é contraditória, pois a) a não formulação de pretensão retira dos sistemas normativos a qualidade de "jurídico" (conexão classificadora) e b) a não satisfação de pretensão torna o sistema jurídico deficiente – e isso é uma consequência qualificadora e necessária (e não contingente como supôs Bulygin).

Em relação às normas jurídicas e decisões judiciais individualmente consideradas (ALEXY, 2001a, p.65), pode-se dizer que a não satisfação da pretensão à correção as torna deficientes (conforme os mesmos argumentos referentes ao sistema jurídico como um todo). No entanto, diferentemente dos sistemas normativos, a não formulação da pretensão à correção tem consequências qualificadoras e não classificadoras. Isso se deve ao fato de que as normas jurídicas e as decisões individualmente consideradas se apoiam no caráter institucional do direito. Dessa maneira, mesmo que a norma ou decisão individualmente considerada não formule ou mesmo negue a pretensão à correção, embora seja deficiente, necessariamente continuará sendo parte do sistema jurídico institucionalizado que, por ser um sistema jurídico, necessariamente, formulou a pretensão à correção. Isso explica o motivo da necessária conexão

¹³⁹ Tradução livre de: "[...] algo es falso o ha sido hecho equivocadamente. Lo que es falso, es defectuoso. Esto quiere decir que si la pretensión de corrección es necesariamente formulada por los sistemas jurídicos, la no satisfacción de esa pretensión por un sistema jurídico, lo convierte en necesariamente deficiente" (ALEXY, 2001a, p.64).

qualificadora nesses casos, de maneira que, para Alexy, a suposta contradição apontada por Bulygin é facilmente refutada.

Alexy (2001a, p.68-69) ressalta que a não formulação da pretensão à correção, nos casos de normas ou decisões judiciais individualmente consideradas, somente pode ser efetivada por sua negação explícita, uma vez que a formulação da pretensão à correção se dá pelo ato institucional de promulgação da norma ou da publicação da sentença – por exemplo, nos casos de um juiz que afirma, na sentença, ao mesmo tempo, que condena o réu, mas que sua sentença é falsa. Uma sentença assim soa absurda, o que demonstra que a não formulação de correção é uma exceção, enquanto a não satisfação é mais corriqueira. O importante é que as normas jurídicas e as decisões judiciais consideradas individualmente são deficientes, mas ainda são direito devido ao seu engate no sistema jurídico, que como um todo formula a pretensão à correção.

Bulygin (2001a, p.46-51) faz outra objeção às teorizações de Alexy: não haveria fundamentos para a afirmação de que todo ordenamento jurídico formula uma pretensão à correção, uma vez que Alexy utiliza apenas exemplos para apoiar sua tese (e a utilização de exemplos não é suficiente como argumento de apoio a qualquer tese). Bulygin analisa dois desses exemplos. No primeiro, supôs-se que uma assembleia constitucional teria formulado o seguinte artigo: (1) "X é uma república soberana, federal e injusta"; Alexy sustenta que o artigo não teria uma falha técnica, moral ou convencional, mas uma falha conceitual, pois o conteúdo do ato constituinte negaria a pretensão à correção que se formularia com a execução do ato (BULYGIN, 2001a, p.47). O segundo exemplo, (2) "X é um estado justo", para Alexy, seria redundante.

Bulygin não concorda com as conclusões de Alexy, uma vez que entende que os dois enunciados não são descrições, mas são prescrições, logo, não se pode dizer se são falsos ou verdadeiros. Ademais seriam prescrições incoerentes, pois não há sentido em "[...] ordenar que uma Constituição ou um Estado sejam justos ou injustos, como tampouco tem sentido ordenar que um país seja rico o que as árvores sejam verdes" (BULYGIN, 2001a, p.48).¹⁴⁰

¹⁴⁰ Tradução livre de: "[...] ordenar que una Constitución o un Estado sean justos o injustos, como tampoco tiene sentido ordenar que un país sea rico o que los árboles sean verdes" (BULYGIN, 2001a, p.48).

Somente, na opinião de Bulygin (2001a, p.47-48), ações ou estado de coisas que são o resultado de uma ação podem ser conteúdo de uma norma. Dessa maneira, os dois enunciados não são ordens e nem descrições, mas declarações políticas de forma que o enunciado (1) teria uma falha política e não uma falha conceitual.

Assim, afirma Bulygin (2001a, p.50), os enunciados utilizados por Alexy não apoiam a tese de que todos os sistemas normativos formulam uma pretensão à correção e nem de que normas ou sistemas jurídicos que não satisfaçam a pretensão à correção são deficientes. Tendo em vista que a tese da vinculação de Alexy depende do argumento da correção, seria preciso uma melhor fundamentação para esse argumento.

Alexy rechaçou essa objeção de Bulygin. Quanto ao exemplo de um artigo de uma nova Constituição para o Estado X, no qual a minoria oprime a maioria, (1) "X é uma república soberana, federal e injusta", e ao entendimento de Bulygin que o enunciado traz apenas uma falha política e em nada contribui para a fundamentação da tese de que a formulação da pretensão à correção é sempre necessária, Alexy afirma que a falha conceitual pode ser afirmada com a contraposição com o segundo exemplo: (2) "X é um estado justo". Segundo Alexy, o enunciado (2), assim como o enunciado (1) possui uma falha conceitual, pois é redundante e viola as regras constitutivas dos atos linguísticos (expressões linguísticas como ações):

Com o ato de sanção da constituição, está vinculada, necessariamente, a pretensão à correção, que, neste caso, é, sobretudo, uma pretensão de justiça. Um constituinte comete uma contradição performativa quando o conteúdo do ato constituinte nega esta pretensão, apesar de tê-la formulado com a execução do ato (ALEXY, 2001a, p.73).¹⁴¹

Alexy (2001a, p.75) chamou de tese da inutilidade o raciocínio de Bulygin segundo o qual o enunciado (1) não é contraditório, o enunciado (2) não é redundante e ambos são ordens que carecem de sentido. Alexy contesta a tese da inutilidade, tendo em vista que enunciados como o enunciado (2), embora redundante, são típicos dos textos constitucionais – cita como exemplo o art. 20, par, 1 da Constituição

¹⁴¹ Tradução livre de: "*Con el acto de sanción de la constitución está vinculada necesariamente la pretensión de corrección que, en este caso, es sobre todo una pretensión de justicia. Un constituyente comete una contradicción performativa cuando el contenido del acto constituyente niega esta pretensión, a pesar de que con su ejecución la formula*" (ALEXY, 2001a, p.73).

Alemã ("A República Federal Alemã é um Estado federal democrático e social") – e estabelecem princípios que, com ações, devem ser efetivados. Por outro lado, o enunciado (1), ao introduzir o princípio da injustiça, embora encerre uma contradição performativa por ir de encontro à pretensão à correção, refere-se a ações que deverão ser efetivadas. Assim, a tese da inutilidade de Bulygin não se sustenta (ALEXY, 2001a, p.78).

Alexy e Bulygin também discordam acerca do enunciado (3): "O acusado é condenado, em virtude de uma falsa interpretação do direito vigente, à prisão perpétua" (BULYGIN, 2001a, p.49).¹⁴²

Para Bulygin, o enunciado (3) carece de sentido, pois não é racional ordenar que uma sentença seja falsa. Se um juiz fizesse tal afirmação, expressaria sua opinião privada e sairia do seu papel de juiz.

Para Alexy, no entanto, esse enunciado encerra uma contradição performativa, pois uma sentença sempre formula uma pretensão de que o direito se aplica corretamente (embora essa pretensão possa não ser satisfeita). Assim, nesse caso, "[...] a pretensão à correção, necessariamente formulada com a execução do ato institucional de condenação, contradiz a qualificação de falsa declarada na sentença" (ALEXY, 2001a, p.79).¹⁴³

Alexy (2001a, p.81-82) também sustenta que a tese de Bulygin (2001a, p.50), sobre o enunciado (3), de que o juiz iria para metaplano quando fala sobre a falsidade de sua sentença, fazendo-o passar do plano institucional para o privado, é equivocada. Alexy afirma que a sentença é um texto oficial do qual o enunciado (3) faz parte. Esse texto oficial não se transmuta em texto privado por conta da inclusão do enunciado (3).

Por fim, Alexy rebate o argumento de Bulygin (2001a, p.50) de que faltaram justificações à tese da necessidade de formulação de correção, uma vez que a mera utilização de exemplos de contradições performativas não se presta como fundamentação teórica. Alexy (2001a, p.84) salienta que a indicação de um absurdo

¹⁴² Tradução livre de: *"El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua"* (BULYGIN, 2001a, p.49).

¹⁴³ Tradução livre de: *"[...] pretensión de corrección necesariamente formulada con la ejecución del acto institucional de la condena, contradice a la calificación como falsa vinculada con la sentencia"* (ALEXY, 2001a, p.79).

é mais do que uma explicação ou um exemplo e é, sim, um argumento suficiente para uma fundamentação.

Do exposto verifica-se que desde o início do debate, as objeções de Bulygin são relativas a fundamentos essenciais à teoria de Alexy. Bulygin, não satisfeito com os contra-argumentos de Alexy, insistirá nas críticas.

3.3 RETOMADA DAS DISCUSSÕES (1998)

Em 1998, Bulygin insiste em algumas críticas efetuadas no primeiro debate e acrescenta novas considerações. As objeções de Bulygin foram contestadas por Alexy na mesma ocasião.¹⁴⁴

Nesse segundo momento da polêmica, os pontos principais em debate foram: a obscuridade da ideia de contradição performativa entre a emissão de uma norma e a negação da pretensão à correção; a impossibilidade da definição de uma moral objetiva (não é possível que todos entendam o mesmo acerca do significado da correção moral ou justiça); a impossibilidade lógica de conexões qualificadoras necessárias.

Bulygin expõe o entendimento de Alexy: se tanto normas jurídicas como os sistemas jurídicos formulam necessariamente uma pretensão à correção, "o mesmo ato de emitir uma norma jurídica implica formular uma pretensão dessa natureza" (BULYGIN, 2001b, p.86).¹⁴⁵ Dessa maneira, uma assembleia constituinte que aprovasse o artigo (1) "X é uma república soberana, federal e injusta" cometeria uma contradição performativa uma vez que o conteúdo do ato constituinte negaria a pretensão que se formula com a execução do ato. Alexy afirma que essa contradição performativa é uma falha conceitual.

¹⁴⁴ Em 27 de março de 1998 realizou-se uma mesa-redonda, organizada por Letizia Gianformaggio da Universidade de Ferrara, com participação de Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Gustav Zagrebelsky e Eugenio Bulygin. Os artigos de Alexy e de Bulygin são frutos desse encontro (BULYGIN, 2001b, p.85).

¹⁴⁵ Tradução livre de: "[...] *el mismo acto de emitir una norma jurídica implica formular una pretensión de esa naturaleza*" (BULYGIN, 2001b, p.86).

No entanto, segundo Bulygin, essas considerações de Alexy não se sustentam, uma vez que a ideia de contradição performativa seria obscura, pois não haveria nenhuma contradição lógica entre emitir uma norma e o ato de negar qualquer pretensão à correção. Além disso, Bulygin sustenta que Alexy não teria sido suficientemente claro sobre a natureza da pretensão à correção, pois, ao mesmo tempo em que diz que a pretensão à correção poderia ser implícita ou explícita, diz, também, que um artigo como (2) "X é um estado justo" conteria uma redundância ao formular explicitamente a correção. Ademais, Bulygin diz duvidar

[...] que *todas* as autoridades jurídicas pretendam que suas normas sejam moralmente corretas ou justas. Ao menos, é muito duvidoso nos casos de Calígula ou Nero, mas, ainda assim, é difícil negar que, em Roma, havia um sistema jurídico sob o governo desses imperadores (ALEXY, 2001b, p.87).¹⁴⁶

Alexy contra-argumentou ressaltando que o direito é mais do que a pura facticidade do poder, ordens respaldadas por ameaças, hábitos ou coerção organizada. A natureza do direito possui não apenas um lado fático e real, mas possui, ainda, uma dimensão crítica ou ideal (ALEXY, 2001b, p.95). Esse é o caráter duplo do direito, sendo a pretensão à correção o lado ideal do direito, e é o ponto de partida para refutação da tese de Bulygin de que 1) o direito não formula necessariamente uma pretensão à correção; 2) mesmo que o direito formulasse tal pretensão, isso não implica que haja uma conexão necessária entre direito e moral; 3) a tese da pretensão à correção cai em contradição.

Em primeiro lugar, segundo Alexy, é fácil demonstrar a necessidade da pretensão à correção por meio de exemplos já utilizados no debate anterior. O primeiro deles, (1) "X é um Estado soberano, federal e injusto", é absurdo, pois a cláusula de injustiça ("X é um Estado injusto") contradiz a pretensão à correção que, necessariamente, é formulada com o ato de promulgação de uma Constituição. Segundo Alexy, a pretensão à correção "[...] em uma resolução que se aprova como cláusula Constitucional,

¹⁴⁶ Tradução livre de: "[...] que *todas las autoridades jurídicas pretendan que sus normas sean moralmente correctas o justas. Al menos, es muy dudoso en los casos de Calígula o Nerón, y, aún así es difícil negar que en Roma hubo un sistema jurídico bajo esos emperadores*" (ALEXY, 2001b, p.87).

é, essencialmente, uma pretensão de justiça" (ALEXY, 2001b, p.98).¹⁴⁷ Assim, esse artigo constitucional traz uma contradição performativa, ou seja, há uma contradição entre o conteúdo do ato e as pressuposições necessárias para a atuação.

Para rebater a afirmação de Bulygin de que a ideia de contradição performativa seria obscura, Alexy analisará a formulação da pretensão à correção por meio de três conceitos: "Quem formula uma pretensão à correção com um ato a, primeiro, *afirma* que a é correto, segundo, *garante* que a pode ser justificado, e, terceiro, *espera* que todos os destinatários da pretensão aceitem a" (ALEXY, 2001b, p.99).¹⁴⁸

"Pretender" significa afirmar, logo, a pretensão à correção é uma afirmação da justiça. Dessa maneira, o enunciado (2) "A constituição de X é justa" está implícito no ato de aprovar uma Constituição e contradiz a cláusula de injustiça do enunciado (1). Ainda, o enunciado inserido em uma sentença judicial "O acusado é condenado em virtude de uma falsa interpretação do direito vigente à prisão perpétua" contradiz explicitamente a pretensão à correção.

Segundo Alexy, nesses casos "o núcleo de uma contradição performativa é uma contradição em sentido clássico (ALEXY, 2001b, p.101-102).¹⁴⁹ Isso porque uma parte da contradição tem origem no que se declara realizando o ato jurídico, enquanto outra parte da contradição está implícita na pretensão necessariamente conectada com a execução do ato. Dessa maneira, não tem razão Bulygin quanto a uma suposta obscuridade do conceito de contradição performativa.

As críticas de Bulygin prosseguem. Segundo o autor, ainda que se admita que todas as autoridades que têm competência para legislar necessariamente formulam uma pretensão à correção, não é possível garantir que todos entendam o mesmo por correção moral ou justiça:

¹⁴⁷ Tradução de: "[...] en una resolución que se aprueba como cláusula constitucional, es esencialmente una pretensión de justicia" (ALEXY, 2001b, p.98).

¹⁴⁸ Tradução livre: "Cualquiera que formule una pretensión de corrección con un acto a, primero, afirma que a es correcto, segundo, garantiza que puede ser justificado y tercero, espera que todos los destinatarios de la pretensión acepten a" (ALEXY, 2001b, p.99).

¹⁴⁹ Tradução livre de: "el núcleo de una contradicción performativa es una contradicción en el sentido clásico" (ALEXY, 2001b, p.101-102).

É a mesma ideia de justiça que moveu Ghengis Khan, Felipe II da Espanha, Henrique VIII da Inglaterra, Khomeini ou Pinochet para promulgarem normas jurídicas? Provavelmente eles não entendiam da mesma maneira os conceitos de justiça ou correção moral (BULYGIN, 2001b, p.88).¹⁵⁰

Para Bulygin, a tese de vinculação implica que há uma conexão conceitual entre o direito e uma moral correta (que, segundo Alexy, é a moral universal, baseada em uma ética procedimental do discurso). Todavia, Alexy não seria capaz de comprovar que há uma moral objetiva compartilhada por todos (BULYGIN, 2001b, p.88).

Para rebater essa crítica, Alexy faz a seguinte reflexão: "[...] poderíamos imaginar um ato jurídico público de Nero, como, por exemplo, uma sentença arbitrária condenando à pena de morte, que foi pronunciada apenas para sua diversão e para demonstrar seu poder" (ALEXY, 2001b, p.104).¹⁵¹

Obviamente, nesse caso, não há nenhuma formulação de correção. Todavia isso não é suficiente para refutar a tese de que necessariamente o direito formula uma pretensão à correção. Alexy apresenta a distinção entre a formulação de correção subjetiva (pessoal) e a formulação de correção objetiva (oficial). Nero não formulou uma pretensão à correção subjetiva (pessoal), mas, como ele atua como uma "autoridade jurídica", a pretensão à correção é conectada objetivamente (oficialmente) ao sistema jurídico – que é um sistema jurídico justamente por ter formulado, no todo, a pretensão à correção.

Nesse caso, há uma tensão entre a formulação objetiva e subjetiva que torna a norma deficiente e que dá um "carácter escandaloso" à pena de morte neste caso (dimensão crítica da correção). Dessa maneira, a norma, que individualmente, não teve formulada a pretensão à correção, não perde seu carácter jurídico. Segundo Alexy, isso se explica porque "[...] a decisão individualmente considerada está engatada no sistema jurídico que formula, como um todo, a pretensão à correção.

¹⁵⁰ Tradução livre de: "*¿Es la misma idea de justicia que movió a Ghengis Khan, Felipe II de España, Enrique VIII de Inglaterra, Khomeini o Pinochet para promulgar normas jurídicas? Probablemente ellos entendieron cosas bastante diferentes por justicia o corrección moral*" (BULYGIN, 2001b, p.88).

¹⁵¹ Tradução livre de: "*[...] podríamos imaginar un acto jurídico público de Nerón como, por ejemplo, una sentencia a pena de muerte arbitraria, que pronuncia simplemente para su diversión y para demostrar su poder*" (ALEXY, 2001b, p.104).

O caráter jurídico, que é o resultado desta conexão institucional, pode ser chamado de 'parasitário' (ALEXY, 2001b, p.105).¹⁵²

Alexy observa que é difícil sustentar que não houve um sistema jurídico em Roma, isso porque o sistema jurídico não perde seu caráter jurídico se algumas normas ou decisões não formulam isoladamente a pretensão à correção. Seria diferente, no entanto, se uma elevada quantidade de normas ou decisões abandonasse a pretensão à correção: nesse caso, o sistema jurídico correria riscos. Para Alexy,

Calígula e Nero atuaram como parasitas de um sistema jurídico que, como um todo, formulou uma pretensão à correção. Eles somente exemplificam a possibilidade de abusar do direito. Essa possibilidade não destrói a necessidade da pretensão à correção do direito; pelo contrário, o conceito de abuso pressupõe o conceito de uso correto (ALEXY, 2001b, p.106).¹⁵³

Para refutar a crítica de Bulygin de que a tese da conexão necessária entre direito e correção é falha, pois implicaria uma necessária conexão entre direito e uma mesma moral (Bulygin assinala que a mesma ideia de justiça não é compartilhada, por exemplo, por Ghengis Kahn, Khomeini ou Pinochet), Alexy inicia assinalando que "não há nenhuma dúvida de que sistemas jurídicos diferentes expressam concepções de justiça bastante diferentes" (ALEXY, 2001b, p.107)¹⁵⁴, logo, não é possível defender a existência de uma moral objetiva compartilhada por todos. Isso se explica com a constatação de que o conceito de correção é compatível com a disputa moral.

Segundo Alexy, a correção moral formulada no direito é mais complexa do que a pretensão à correção formulada no campo da moral, isso porque a correção das pretensões jurídicas estão engatadas no conteúdo institucional do sistema jurídico. O ponto fundamental do argumento de Alexy para rebater as críticas de Bulygin é que "[...] a aplicação do direito implica argumentos morais, pelo menos nos casos

¹⁵² Tradução livre de: "[...] la decisión aislada está engastada en el sistema jurídico, que formula como un todo una pretensión de corrección. El carácter jurídico, que es el resultado de esta conexión institucional, puede llamarse 'parasitario' (ALEXY, 2001b, p.105).

¹⁵³ Tradução livre de: "Calígula y Nerón actuaron como parásitos de un sistema jurídico que, como un todo, formuló una pretensión de corrección. Ellos sólo ejemplifican la posibilidad de abusar del derecho. Esta posibilidad no destruye la necesidad de la pretensión del derecho; por el contrario, el concepto de abuso presupone el concepto de uso correcto" (ALEXY, 2001b, p.106).

¹⁵⁴ Tradução livre de: "no hay ninguna duda de que sistemas jurídicos diferentes expresan concepciones de justicia bastante diferentes" (ALEXY, 2001b, p.107).

difíceis, e que a legislação pretende ser moralmente justificável, inclusive nos casos de compromisso político" (ALEXY, 2001b, p.108).¹⁵⁵

Alexy ressalta que a correção moral se apresenta em dois aspectos do direito: primeiro, na correção de normas e decisões jurídicas, elementos morais se fazem presentes necessariamente; segundo, a correção moral está ligada à estrutura do direito, de maneira que a solução de certos problemas sociais deve ser feita por meio de procedimentos como eleição democrática, legislação parlamentar e regras jurídicas processuais. Nesses dois campos, estão as questões morais.

A pretensão à correção moral pode ser entendida em sentido fraco (é satisfeita se um juízo moral é justificável com base em uma moral qualquer) e em sentido forte (é satisfeita com base em moral correta, ou seja, justificável). A pretensão à correção a que se refere Alexy é a pretensão à correção em sentido forte. Assim, a justificação aceita a disputa moral, pois argumentos contra e a favor de morais específicas podem ser utilizados, de maneira que algumas morais terão apenas uma pequena possibilidade de sobreviver em caso de livre argumentação. Dessa maneira, não é necessária uma moral objetiva compartilhada por todos. Segundo Alexy a "[...] ideia de uma moral correta, a prática da argumentação racional sobre o que é moralmente correto e a possibilidade de construir, sobre esta base, a racionalidade prática é suficiente" (ALEXY, 2001b, p.109).¹⁵⁶

Logo, tanto Alexy quanto Bulygin concordam que não existe uma moral objetiva compartilhada por todos.

Bulygin, neste segundo momento da polêmica, reafirma que há uma contradição na teoria de Alexy em relação às conexões qualificadoras e classificadoras entre direito e moral. Segundo Bulygin (2001b, p.89-90), Alexy diz que os sistemas normativos que não formulem implícita ou explicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Logo, a pretensão à correção é o que define o termo sistema jurídico (a pretensão à correção tem um caráter definitório). No entanto, ao mesmo tempo, Alexy afirma que sistemas jurídicos que formulam essa pretensão, mas não a

¹⁵⁵ Tradução livre de: "[...] *la aplicación del derecho implica argumentos morales, por lo menos en los casos difíciles, y que la legislación pretende ser moralmente justificable incluso en caso de compromiso político*" (ALEXY, 2001b, p.108)".

¹⁵⁶ Tradução livre de: "[...] *idea de una moral correcta, la práctica de la argumentación racional sobre lo que es moralmente correcto y la posibilidad de construir, sobre esta base, racionalidad práctica, es suficiente*" (ALEXY, 2001b, p.109).

satisfazem são sistemas jurídicos deficientes (caráter qualificador da pretensão à correção). Diz, ainda, Alexy que, quanto às normas jurídicas e decisões judiciais, a pretensão à correção tem um papel apenas qualificador (se elas não formularem ou não satisfizerem a pretensão à correção, serão juridicamente deficientes). Assim, para Alexy, satisfazer a pretensão à correção não é uma característica definitiva do sistema jurídico, e formular a pretensão não é uma característica definitiva de norma jurídica e decisão judicial; é, nesses casos, uma característica contingente. Segundo Bulygin isso contradiz a tese de Alexy de que o direito *necessariamente* formula uma pretensão à correção.

Acerca das críticas de Bulygin quanto a conexões qualificadoras necessárias, Alexy ressalta que formulação da pretensão é algo completamente diferente da satisfação da pretensão. Quanto à formulação, observa que sistemas jurídicos que não formulam a pretensão à correção não são sistemas jurídicos, mas "são sistemas de poder, de força e de coerção, mais além das categorias do correto e do incorreto, do justo e do injusto" (ALEXY, 2001b, p.110).¹⁵⁷ Assim, a formulação de pretensão tem caráter classificador (definitório). No entanto, a satisfação da pretensão não tem caráter classificador, mas qualificador; então, uma das possibilidades seria

[...] pensar que a satisfação da pretensão à correção também tem caráter definitivo. Isso, no entanto, teria consequências desastrosas. Todas e cada uma das incorreções do sistema jurídico ou de uma norma ou decisão individual destruiriam automaticamente o caráter jurídico e, conseqüentemente, a validade jurídica do sistema, da norma e decisão individual (ALEXY, 2001b, p.110).¹⁵⁸

Por razões normativas (especialmente da segurança jurídica) isso não é aceitável, conforme Alexy. Todavia, há também razões conceituais que explicam o caráter qualificador nos casos de sistemas jurídicos que não satisfazem a pretensão

¹⁵⁷ Tradução livre de: "*son sistemas de poder, fuerza, y coerción, más allá de las categorías de lo correcto y lo incorrecto, y de lo justo y lo injusto*" (ALEXY, 2001b, p.110).

¹⁵⁸ Tradução livre de: "[...] pensar que la satisfacción de la pretensión de corrección también tiene carácter definitivo. Esto, sin embargo, tendería consecuencias desastrosas. Todas y cada una de las incorrecciones del sistema jurídico o de una norma o decisión aislada destruiría automáticamente el carácter jurídico y, conseqüentemente, la validez jurídica del sistema y de la norma y decisión aislada" (ALEXY, 2001b, p.110).

à correção e que, por isso, necessariamente, são qualificados como sistemas jurídicos deficientes, bem como nos casos das conexões sempre qualificadoras de normas jurídicas e decisões individuais (exceto quando é transposto o umbral da injustiça). É preciso observar a diferenciação entre formulação subjetiva (pessoal) da pretensão e formulação objetiva (ou oficial) da pretensão, tendo em vista que os atos jurídicos estão engatados no contexto institucional de um sistema jurídico.

Em relação à formulação subjetiva, entende Alexy que há competências definidas pelo sistema jurídico a serem exercidas pelos ocupantes de determinados cargos e a pretensão à correção está ligada, necessariamente, a esse rol de competências. Dessa maneira, um juiz que nega a correção somente poderá fazê-lo de forma subjetiva, pois a sua própria atuação como juiz implica a formulação da correção necessariamente se dê de forma oficial. Nesses casos, há uma contradição entre a dimensão pessoal e oficial. Isso explica que os atos jurídicos formulam necessariamente uma pretensão à correção, embora ela possa, subjetivamente, ser negada. O chamado "[...] carácter institucional do direito proporciona a possibilidade de uma divergência entre a dimensão objetiva ou oficial e a dimensão subjetiva ou pessoal. Isso faz possível um negação parasitária da pretensão à correção" (ALEXY, 2001b, p.112)¹⁵⁹.

Para Alexy, portanto, o carácter institucional do direito permite afirmar que quando a pretensão não é formulada, a norma ou decisão individualmente tomada é deficiente, mas ainda é direito.

Bulygin (2001b, p.90-92) alega que a confusão feita por Alexy entre conexões definitórias e qualificadoras implica uma trivialidade na tese de Alexy (um sistema é trivial se todas as fórmulas ou sentenças de sua linguagem forem nela demonstráveis), uma vez que conexões qualificadoras necessárias não podem existir, pois conexões necessárias são sempre definitórias.¹⁶⁰ Aceitar a tese de Alexy significaria, segundo Bulygin, que as definições qualificadoras às quais se refere Alexy são, na verdade,

¹⁵⁹ Tradução livre de: "[...] carácter institucional del derecho proporciona la posibilidad de una divergencia entre la dimensión objetiva u oficial y la dimensión subjetiva o personal. Esto hace posible un rechazo parasitario de la pretensión de corrección" (ALEXY, 2001b, p.112)

¹⁶⁰ Bulygin refere-se aos argumentos de Alexy relativos à possibilidade de conexões necessárias qualificadoras com certa dose de ironia: "Tudo isso parece muito misterioso e devo confessar que está mais além de minha capacidade de compreensão" (tradução livre de: "Todo esto parece muy misterioso, y debo confesar que está más allá de mi capacidad de comprensión") (BULYGIN, 2001b, p.91).

classificadoras, ou seja, definitórias de sistemas jurídicos deficientes e normas jurídicas deficientes. Dessa maneira, Alexy estaria dizendo que sistemas jurídicos, normas e decisões individualmente tomadas que não formulam ou não satisfazem a pretensão à correção são deficientes. Logo, estaria afirmando apenas que normas jurídicas deficientes são deficientes.

Para rebater a crítica, Alexy salienta que os sistemas jurídicos deficientes não satisfazem a pretensão à correção em sua totalidade (mas a correção de pretensão necessita, ao menos, ser formulada). Logo, a falha não está na formulação da pretensão, mas na sua não satisfação. Segundo Alexy, tudo fica mais claro se quando o conceito de correção é apresentado:

A pretensão à correção formulada pelo direito compreende uma pretensão de justiça. A justiça é a correção com respeito à distribuição e ao equilíbrio, e o direito, em todas suas ramificações, não pode prescindir da distribuição e do equilíbrio. As perguntas sobre a justiça são perguntas morais. Se o direito realiza distribuições ou equilíbrios incorretos, comete uma falha *moral*. Essa falha é, ao mesmo tempo, uma não execução da pretensão à correção, necessariamente formulada pelo direito. A não execução de uma pretensão necessariamente formulada pelo direito é, contudo, uma falha *jurídica* (ALEXY, 2001b, p.115).¹⁶¹

Segundo Alexy, isso é o que difere o positivismo do não positivismo: para o positivismo, a deficiência moral está fora do domínio do direito (fazer ou não justiça seria irrelevante). É a pretensão à correção que transforma a deficiência moral em deficiência jurídica e, por isso, não há trivialidade.

Do exposto é possível afirmar que nenhum dos autores cedeu em relação a qualquer um dos pontos discutidos no primeiro momento do debate. O debate será retomado mais de uma década depois.

¹⁶¹ Tradução livre de: "*La pretensión de corrección formulada por el derecho comprende una pretensión de justicia. La justicia es la corrección con respecto a la distribución y al equilibrio, y el derecho, en todas sus ramificaciones, no puede prescindir de la distribución y el equilibrio. Las preguntas sobre la justicia son preguntas morales. Si el derecho realiza distribuciones o equilibrio incorrectos, comete por ello una falla moral. Esta falla es, al mismo tiempo, una no ejecución de la pretensión de corrección, necesariamente formulada por el derecho. La no ejecución de una pretensión necesariamente formulada por el derecho es, sin embargo, una falla jurídica*" (ALEXY, 2001b, p.115).

3.4 ANTIGAS E NOVAS DIVERGÊNCIAS E A CRÍTICA AO ARGUMENTO DE INJUSTIÇA (2010)

Em maio de 2010, na *1st Conference on Philosophy and Law Neutrality and Theory of Law*, realizada em Girona, na Espanha, novamente Bulygin voltou a contestar as teorizações de Alexy, que, novamente, rebateu as críticas. A novidade, neste embate, é que aspectos referentes ao argumento de injustiça são questionados.

Bulygin provocou Alexy, principalmente, nos seguintes pontos: quanto ao conceito, supostamente linguisticamente problemático, de "argumento normativo" proposto por Alexy; quanto à dificuldade na distinção entre perspectiva do observador e perspectiva do participante (essencial para definição do âmbito de aplicabilidade do argumento de injustiça); quanto à possibilidade de que a formulação de pretensão meramente retórica possa transformar um sistema predatório em um sistema legal; quanto à tese de que o juiz não apenas atuaria na perspectiva do participante, mas também na perspectiva do observador; quanto à tese de que exemplos utilizados por Alexy não comprovariam a formulação de pretensão à correção por parte dos juízes, mas apenas seriam recursos retóricos para justificação de decisões tomadas subjetivamente pelos juízes; quanto à obscuridade de Alexy em relação ao âmbito de aplicação da fórmula de Radbruch; quanto à aplicação do argumento de injustiça disfarçar uma anulação retroativa da lei; quanto à circularidade de Alexy na definição de deficiência legal; quanto à conexão forte entre direito e moral (para Alexy, a conexão se dá entre o direito e uma moral correta, ou seja, moralmente justificada); quanto à inutilidade da negação da qualidade de "jurídica" a uma lei, pois ela permaneceria injusta; quanto à tese de que as supostas deficiências da tese de Alexy colocariam fim ao debate entre positivismo e não positivismo, sendo que a tese positivista teria saído vitoriosa nesse embate.

Segundo Bulygin, a teoria de Alexy tem por ponto central a definição do direito e a relação entre direito e moral. Para Alexy, todas as teorias positivistas defendem a tese da separação, ou seja, não haveria uma ligação conceitual entre direito e moral, sendo que a legalidade e eficácia social seriam requisitos que bastariam ao direito. Por sua vez, as teorias não positivistas defendem a tese da conexão, ou seja, o conceito de direito inclui elementos morais, além da legalidade e eficácia social (BULYGIN, 2010, p.3).

Ainda, segundo as teorizações de Alexy, existem argumentos analíticos e normativos que poderiam suportar a discussão acerca da viabilidade das duas teses. O argumento analítico é aquele que se refere à conexão conceitual entre direito e moral (negada pelo positivismo e aceita pelo não positivismo), enquanto o argumento normativo teria por referência um comando. Um exemplo de argumento normativo seria a segurança jurídica. Note-se que, para Alexy, tanto os argumentos conceituais quanto os argumentos normativos são necessários à definição de direito.

Bulygin tece crítica ao conceito de argumentos normativos utilizado por Alexy¹⁶², pois essa conceituação seria linguisticamente problemática: "se algo é ordenado, então se diz, normalmente, que isso é obrigatório, ou que alguém é obrigado a fazer isso, mas não se diz, normalmente, que isso é necessário" (BULYGIN, 2010, p.4).¹⁶³ Segundo Bulygin, Alexy parece dizer que a conexão entre direito e moral seria um comando, mas não fica claro de quem partiria esse comando (de uma autoridade indicada pela lei positiva ou de uma autoridade não positivada). Assim, a afirmação de Alexy de que há argumentos conceitualmente necessários e normativamente necessários que sustentam a tese da conexão seria frágil, pois se elementos morais estão incluídos no conceito de direito "[...] os argumentos normativos são, então, supérfluos; se [elementos morais] não estiverem incluídos [no conceito de direito], [argumentos normativos] são inúteis" (p.5).¹⁶⁴

Alexy responde essa objeção dizendo que a inclusão da moral no conceito de direito é conceitualmente necessária e que os argumentos normativos não são supérfluos como sugere Bulygin. Segundo Alexy, em primeiro lugar, a relação entre os argumentos analíticos e normativos é de fortalecimento, pois, devido à vagueza da expressão "direito", "o argumento conceitual tem apenas um alcance limitado e [...] dispõe apenas de uma força limitada. Fora do alcance do argumento conceitual,

¹⁶² Conforme exposto em 1.2, o argumento normativo é utilizado no seguinte debate: se a inclusão ou exclusão de elementos morais é necessária no direito para a satisfação de determinadas normas ou para realizar dados valores. Alexy apresenta como exemplo a proibição da retroatividade, a proteção aos direitos humanos e a garantia da segurança jurídica.

¹⁶³ Tradução livre: "[...] if something is commanded, then one says normally that it is obligatory or that one is bound to do it, but not that it is necessary" (BULYGIN, 2010, p.4).

¹⁶⁴ Tradução livre de: "[...] then normative arguments are superfluous; if it is not included, they are useless" (BULYGIN, 2010, p.5).

e para ampliar sua força, fazem-se necessários argumentos normativos" (ALEXY, 2009a, p.26-27).

Além disso, entre argumentos analíticos e normativos há uma relação de inclusão não apenas no nível da aplicação, mas "[...] no nível de determinar a natureza e a definição do conceito de lei" (ALEXY, 2010, p.4)¹⁶⁵, pois o direito possui uma dupla natureza: a dimensão concreta (ligada à segurança jurídica) e a dimensão ideal (ligada à justiça) que são conectadas pela pretensão à correção. Dessa maneira, argumentos normativos não são supérfluos, mas necessários ao conceito de direito (p.5-7).

Os argumentos analíticos, em especial o argumento de injustiça (fórmula de Radbruch) e a pretensão à correção merecerão especial crítica de Bulygin. Esses argumentos estão intimamente ligados com a distinção entre perspectiva do participante e perspectiva do observador feita por Alexy:

A perspectiva do observador é o ponto de vista daqueles que pretendem descrever o direito sem comprometimento em obedecê-lo ou seguir suas normas. Um caso típico é do jurista ou cientista do direito. A tarefa da ciência do direito é determinar ou identificar quais normas pertencem ao sistema legal e o que elas prescrevem, ou seja, quais ações são obrigatórias, proibidas ou permitidas pela lei. Isso é, primariamente, um problema de cognição da lei e identificação de suas normas (BULYGIN, 2010, p.6).¹⁶⁶

Por sua vez, a perspectiva do participante é aquela de quem participa da argumentação em um sistema jurídico e questiona se certa decisão é correta.

O problema, segundo Bulygin, é que a distinção entre os pontos de vista não é tão clara, sendo que muitos sujeitos são, ao mesmo tempo, participantes e observadores em relação a dado sistema jurídico – por exemplo, o juiz, que atua como observador ao buscar a lei aplicável ao caso, atua como participante na formulação e execução do ato decisório.

¹⁶⁵ Tradução livre de: "[...] at the level of determining the nature and defining the concept of law" (ALEXY, 2010, p.4).

¹⁶⁶ Tradução livre de: "The observer's perspective is the standpoint of those persons that pretend to describe the law without being committed to obey or to follow its norms. A typical case is that of a jurist or legal scientist. The task of legal science is to determine or to identify which norms belong to the legal system and what they prescribe, i.e. which actions are obligatory, prohibited or permitted by law. So it is primarily a problem of cognition of law and the identification of its norms" (BULYGIN, 2010, p.6).

Alexy, em relação a essa objeção de Bulygin, admite que um dos pontos essenciais de sua teoria é a distinção entre a perspectiva do observador e a perspectiva do participante e ressalta que a distinção não é entre pessoas, mas entre perspectivas. Segundo Alexy, a perspectiva do participante "[...] é definida pela questão: qual é a resposta legal correta?; a perspectiva do observador é definida pela questão: quais decisões foram, são e serão realmente tomadas?" (ALEXY, 2010, p.8).¹⁶⁷

É preciso levar em conta que o não positivismo defendido por Alexy agrega os elementos da legalidade, da eficácia social e da correção moral para conformar o conceito de direito, ou seja, o conceito não positivista inclui elementos positivistas. Essa inclusão implica que a perspectiva do participante inclui a perspectiva do observador. Assim, afirma Alexy, Bulygin está correto ao dizer que todos os participantes são, também, observadores. No entanto, é importante observar que, nesse caso, a perspectiva do observador é subordinada à perspectiva do participante. Logo, nos casos difíceis, a resposta dada ao observador não é suficiente (ALEXY, 2010, p.7-8).

Alexy é enfático ao afirmar que não existe a contradição apontada por Bulygin, na perspectiva do observador, de que o conceito de direito inclui elementos morais e que, mesmo assim, um sistema extremamente injusto ainda é considerado um sistema jurídico. Isso se dá porque a tese da conexão significa que há uma conexão necessária entre direito e moral, ou seja, entre validade legal ou correção legal, por um lado, e correção moral, por outro. Essa conexão existe na perspectiva do participante e, por isso, "direito é impossível sem participantes, mas seria possível sem observadores puros" (ALEXY, 2010, p.9).¹⁶⁸

Logo, conforme Alexy, o fato de não existir conexão entre direito e moral, na perspectiva do observador, não afeta o conceito não positivista de direito. Ademais, é preciso ressaltar que um sistema normativo que não formule, em nenhuma medida, nenhuma pretensão à correção não é um sistema jurídico mesmo na perspectiva do

¹⁶⁷ Tradução livre de: "[...] is defined by the question: What is the correct legal answer?, the observer's by the question: Which legal decisions have actually been made, are actually, being made, and will actually be made?" (ALEXY, 2010, p.8).

¹⁶⁸ Tradução livre de: "law is impossible without participants, but it would be possible without pure observers" (ALEXY, 2010, p.9).

observador. Essas duas considerações são suficientes para refutar a suposta dificuldade apontada por Bulygin na circunscrição das esferas do observador e do participante.

Admitindo a possibilidade de distinção entre a perspectiva do observador e a perspectiva do participante apenas para poder seguir em suas críticas, Bulygin referencia as teorizações de Alexy acerca de cada perspectiva. Com referência à perspectiva do observador, Alexy anuncia que a tese da separação, nesse caso, é válida sendo que a fórmula de Radbruch não é aplicável nessa perspectiva (BULYGIN, 2010, p.7).

Bulygin critica Alexy, pois este não daria razões concretas para essa distinção no âmbito de aplicabilidade da fórmula de Radbruch. Alexy, ao responder à questão acerca do que distinguiria um sistema jurídico de sistema de normas de um bando de foras da lei, afirma que o ponto decisivo seria a formulação da pretensão à correção nos sistemas jurídicos. Bulygin afirma que, se assim for, a mera e retórica formulação de pretensão transformaria um sistema predatório em um sistema legal. Bulygin sustenta que, de um ponto de vista moral,

[...] um sistema que pretende a correção, mas é injusto ao extremo, é considerado pior do que um sistema abertamente predatório. Quando alguém utiliza o pretexto de correção moral para cometer atos imorais é chamado de hipócrita. A transformação de um ordenamento de foras da lei em um sistema legal ou a transformação de uma gangue de bandidos em autoridades legais parecem ter por fundamento uma mera hipocrisia. Isso soa estranho e é, certamente, incompatível com a afirmação de que o conceito de lei inclui, necessariamente, elementos morais (BULYGIN, 2010, p.8).¹⁶⁹

Alexy chamou essa colocação de Bulygin de "tese de transformação" (a mera retórica transformaria um sistema predatório em um sistema legal). O autor afirma que concorda com a afirmação de Bulygin de que injustiça extrema com hipocrisia é

¹⁶⁹ Tradução livre de: "[...] an order that claims to be correct, but is unjust in the extreme, is considerably worse than an openly predatory order. When somebody uses the pretext of moral correctness to commit immoral actions, it is usually called hypocrisy. The transformation of a bandit's order into a legal system and a gang of bandits into legal authorities seem to be grounded on mere hypocrisy. This sounds more than strange and is certainly incompatible with the assertion that the concept of law necessarily includes moral elements" (BULYGIN, 2010, p.8).

pior do que injustiça extrema sem hipocrisia (ALEYX, 2010, p.10). Nesse sentido, é fato que ditadores buscam legitimação, e a necessidade de pretensão à correção

[...] implica, nesse caso, a necessidade de hipocrisia, no entanto, essa hipocrisia pública coloca em risco a legitimação. Julgamentos de fachada, por exemplo, são tentativas de eliminar adversários de uma forma legítima, mas que colocam a legitimidade em perigo, devido à hipocrisia. O fato de que a pretensão à correção nunca permite aos tiranos mais do que uma legitimidade hipócrita não refuta a tese da conexão. Apenas corrobora com ela (ALEXY, 2010, p.10).¹⁷⁰

Assim, para Alexy, a necessidade de formulação de pretensão à correção, na perspectiva do observador ou do participante, é o que coloca em risco uma legitimação embasada apenas na retórica. Esse fato fortalece a tese da conexão, pois sistemas jurídicos que não satisfaçam, pelo menos em alguma medida, a pretensão à correção não são sistemas jurídicos desde a perspectiva do observador.

Bulygin, ainda admitindo, para efeito de argumentação, que é possível distinguir o ponto de vista do observador do ponto de vista do participante, reafirma suas críticas à tese de que o ponto de vista do juiz seria apenas o ponto de vista do participante. Para Bulygin, o juiz também atua do ponto de vista do observador, uma vez que há duas fases na atuação do juiz que conjugam esses dois pontos de vista: a primeira é como observador, que deve buscar o que as leis existentes prescrevem para dado caso; no caso de não haver uma solução unívoca, essa perspectiva se transmuta para uma perspectiva do participante e o juiz decide qual solução deverá ser aplicada, por exemplo, derogando total ou parcialmente uma norma em caso de contradição ou criando uma nova norma em caso de lacuna de determinada lei. Nesses casos, o material de trabalho do juiz é uma lei existente, ou seja, o juiz, por meio de atos legais, transmuta considerações morais em lei. Há, também, outras possibilidades apontadas por Bulygin:

¹⁷⁰ Tradução livre de: "[...] implies in this case the necessity of hypocrisy, and public hypocrisy endangers legitimacy. Show trials, for instance, are an attempt to eliminate opponents in a legitimate way; they are, however, owing to hypocrisy, at the same time a risk for legitimacy. The fact that the claim to correctness never allows tyrants to attain more than hypocritical legitimacy does not refute the connection thesis. It corroborates it" (ALEXY, 2010, p.10).

Há outra possibilidade especialmente interessante que acontece quando a lei contém uma solução unívoca para o caso, mas o juiz considera essa solução como extremamente injusta, seja porque o legislador não levou em conta uma propriedade relevante (lacuna axiológica), ou porque o juiz não aplica a norma existente e recorre à outra norma (eventualmente criada por ele mesmo) que não pertence ao sistema normativo à época de sua decisão [...]. O juiz aplica seus próprios critérios de valor para criar, alterar ou derrogar normas legais (BULYGIN, 2010, p.10).¹⁷¹

Os casos de criação, modificação ou derrogação de normas legais são problemas de aplicação e não de identificação. Dessa maneira, a atuação do juiz se daria, ao contrário do que entende Alexy, nas duas perspectivas, sendo que a opinião pessoal do juiz teria um peso relevante em suas decisões.

Alexy, em sua contra-argumentação, afirma que a distinção entre casos fáceis e difíceis é um "[...] juízo negativo em relação a possíveis contra-argumentos" (ALEXY, 2010, p.11) e que esse raciocínio inclui razões morais. Assim, mesmo os casos fáceis transcendem a perspectiva do participante, mas não é correto afirmar que a perspectiva do observador seria a mais relevante para o juiz, pois o juiz, necessariamente, formula uma pretensão à correção ao exarar suas decisões (caráter parasitário da pretensão tendo em vista a decisão estar agregada a um sistema jurídico que, no todo, ao menos, formulou a pretensão à correção).

Ademais, segundo Alexy, é insuficiente a afirmação de Bulygin de que decisões em casos difíceis são atos legais que transformam considerações morais em lei. Essa afirmação não se sustenta porque, em primeiro lugar, o juiz, necessariamente, formula uma pretensão à correção. Em segundo lugar, o juiz não se refere apenas à lei positiva, mas à justiça (ou seja, à moral). Dessa maneira, em um caso

¹⁷¹ Tradução livre de: *"There is another especially interesting possibility, namely, when the law contains a univocal solution for the case, but the judge regards this solution as extremely unjust, either because the legislator did not take into account a relevant property (axiological gap), or because the judge does not apply the existing norm and to resort to another norm (eventually created by himself) that does not belong to the system at the time of his decision [...] The judge applies his own value criteria for creating, changing or derogating legal norms"* (BULYGIN, 2010, p.10).

[...] no qual o direito positivo permite duas diferentes interpretações: L1 e L2. L1 é justa e L2 é injusta. Nesse caso, a pretensão à correção requer L1. Talvez, positivistas e não positivistas possam concordar até esse ponto. A discordância começa quando L2, a interpretação injusta, é escolhida. De acordo com o positivismo, essa é uma decisão juridicamente perfeita com defeitos morais. De acordo com o não positivismo, essa decisão não é somente moralmente defeituosa, mas também legalmente defeituosa. A decisão é juridicamente defeituosa não apenas porque a pretensão à correção moral é violada, mas porque a pretensão à correção do direito é violada também. Isso leva a uma conexão ideal entre direito e moral (ALEXY, 2010, p.13).¹⁷²

Esse aspecto teórico tem, para Alexy, uma implicação prática importante: se o defeito fosse apenas moral seria difícil explicar por que uma corte superior tem o poder de revisar decisões injustas das cortes inferiores compatíveis com o direito positivo (ALEXY, 2010, p.13).

Bulygin critica dois exemplos de Alexy referentes à atuação do juiz. O primeiro exemplo refere-se ao caso da extradição dos judeus da Alemanha por motivos raciais (exposto em 2.3). O § 2.º do 11.º Decreto da Lei de Cidadania do Reich foi considerado inválido, no Pós-Guerra, tendo em vista sua a injustiça extrema. Para Bulygin, essa decisão deve ser interpretada da seguinte maneira:

Essa decisão significa que esta portaria não era uma norma legal, apesar do fato de ser considerada como válida e de ser pacificamente aplicada pelos juizes alemães e órgãos administrativos durante diversos anos? Eu penso que não. Era uma norma válida na Alemanha durante o Nazismo e, depois, foi anulada *ex tunc*, i.e., retroativamente, pelo tribunal democrático (BULYGIN, 2010, p.12).¹⁷³

¹⁷² Tradução livre de: "[...] in which the positive law allows for two different interpretations: l_1 and l_2 . l_1 is just, l_2 unjust. In this case, law's claim to correctness requires l_1 . Perhaps, positivists and non-positivists may agree up this point. Disagreement begins where the question has to be answered of what happens when l_2 , that is, the unjust interpretation, is chosen. According to positivism the decision is a legally perfect decision with moral defects. According to non-positivism the decision is not on morally defective but also legally defective. It is legally defective, for not only is morality's claim to correctness violated in the case of a morally defective legal decision, but law's claim to correctness is violated, too. This leads to a necessary qualifying or ideal connection between law and morality" (ALEXY, 2010, p.13).

¹⁷³ Tradução livre de: "Does this decision mean that this Ordinance was not a legal norm, in spite of the fact that it was regard as valid and peacefully applied by German judges and administrative organs during several years? I don't think so. It was a valid norm of the German law during the Nazism and later was annulled *ex tunc*, i.e., retroactively, by the democratic court" (BULYGIN, 2010, p.12).

Bulygin entende que, nesse caso, não houve aplicação da fórmula de Radbruch, mas apenas uma anulação retroativa.

O segundo caso analisado por Alexy e criticado por Bulygin é a possibilidade de os juízes decidirem *contra legem* (conforme exposto em 2.3). Para Bulygin, a decisão judicial apenas demonstra que a Corte Constitucional alemã rejeitou a ideia de que a lei é idêntica aos estatutos escritos. Como isso não é negado pelas correntes sérias do positivismo em suas modernas teorizações, esse exemplo não seria suficiente para sustentar que um conceito não positivista é mais adequado de que um positivista.

Segundo Bulygin, em relação aos juízes é preciso observar que eles "[...] frequentemente utilizam argumentos retóricos para ocultar o que realmente estão fazendo. Isso acontece, por exemplo, porque, às vezes, as demandas da lei positiva são logicamente impossíveis de satisfazer" (BULYGIN, 2010, p.13).¹⁷⁴

Os juízes utilizam argumentos retóricos por conta dos requisitos que a decisão deve satisfazer: há o dever de decidir; a decisão deve ser justificada; a decisão deve ser construída sobre normas legais. No entanto, nem sempre é possível satisfazer a todos esses requisitos. Bulygin afirma que, por exemplo, no caso de lacuna da lei, o juiz não poderá justificar sua decisão em uma norma existente. Assim, os juízes participam da criação da lei, embora tenham que usar recursos retóricos para justificação nessas situações e foi o que aconteceu nos exemplos utilizados por Alexy.

Alexy (2010, p.14-15) não concorda com Bulygin e entende que ambas as decisões refletem posicionamentos não positivistas e que não houve apenas a utilização de dispositivos retóricos por parte dos juízes para esconder uma modificação na lei. Embora seja necessário distinguir entre o que os juízes dizem e o que fazem realmente, isso não implica afirmar que os juízes necessariamente não façam o que dizem fazer. Alexy sucinta e objetivamente afirma que Bulygin apenas apresentou uma confrontação entre uma leitura positivista e uma leitura não positivistas sem trazer argumentos capazes de comprovar que a leitura positivista seria mais adequada.

Sobre a pretensão à correção, Bulygin insiste nas duras críticas à elaboração teórica de Alexy. A primeira refere-se à afirmação de que toda criação de uma lei é

¹⁷⁴ Tradução livre de: "[...] frequently give rhetoric arguments destined to conceal what they are really doing. This happens, e.g., because sometimes the demands of the positive law are logically impossible to satisfy" (BULYGIN, 2010, p.13).

conceitualmente conectada com a pretensão à correção, logo, sistemas normativos que não formulam a pretensão à correção não são sistemas jurídicos; por sua vez, uma norma individualmente considerada, embora não formule a pretensão à correção ainda é uma norma legal, mas é legalmente defeituosa. Alexy entende que a noção de deficiência é a prova da necessidade de pretensão à correção.

Bulygin aponta uma circularidade nesse raciocínio que leva à seguinte tautologia: "sistemas legalmente defeituosos são defeituosos". Segundo Bulygin,

A pretensão à correção é necessária porque os sistemas normativos que formulam a pretensão sem satisfazê-la são defeituosos. E essa deficiência tem um caráter especial por ser embasada na necessidade de correção. Assim, a necessidade da pretensão [de correção] é, ao mesmo tempo, a razão e a consequência desta pretensão (BULYGIN, 2010, p.15).¹⁷⁵

Alexy (2010, p.15-18) rechaça essa circularidade, pois o predicado "defeituoso" é necessariamente conectado com o conceito de sistema legal tendo em vista, primeiro, a necessidade da formulação da pretensão à correção e, segundo, a possibilidade de sua não satisfação, ou seja, da negação da pretensão à correção. Assim, a pretensão à correção conecta os conceitos de deficiência e não deficiência com o direito.

Bulygin também se refere à necessária inclusão de elementos morais no conceito de direito apontada por Alexy. Isso poderia significar que todo sistema legal conteria elementos de uma moral qualquer (mas não da mesma moral) ou que haveria uma certa moral que está incluída em todo direito. Alexy chama o primeiro caso de conexão fraca e o segundo caso de conexão forte (no último caso, a conexão se dá com uma moral justificada). Bulygin objeta que para demonstrar que a conexão forte seria correta, seria necessário comprovar que todas as pessoas têm a mesma ideia de moral correta. Para Bulygin, seria improvável que Kant, Hitler, Stalin, Gandhi ou Bush tenham o mesmo entendimento acerca da moral correta (BULYGIN, 2010, p.16).

Alexy ressalta que é fato que há diferentes questões morais para as quais não há uma única resposta e, além disso, é fato que diferentes pessoas têm convicções

¹⁷⁵ Tradução livre de: "*The claim to correctness is necessary because normative systems that raise it without fulfilling it are faulty. And this faultiness has a special character because it is based on the necessity of the claim. So the necessity of the claim is at the same time a reason and a consequence of this claim*" (BULYGIN, 2010, p.15).

morais diferentes e que não há uma moral única incluída em todos os sistemas legais. A saída para o impasse da defesa da tese forte da moral consiste em dois elementos:

O primeiro elemento é uma teoria dos direitos humanos básicos, que pode ser estabelecida como discursivamente necessária. Essa é uma forma elementar da única moralidade correta, mas não é suficiente para fornecer uma única resposta correta para cada questão moral. O segundo elemento consiste em regras e formas da argumentação racional prática ou discursiva (ALEXY, 2010, p.20-21).¹⁷⁶

Essa tese de Alexy conecta elementos substantivos (direitos humanos) com elementos procedimentais (racionalidade prática argumentativa). Para Alexy, esses elementos definem "uma ideia regulativa que transcende as convicções pessoais" (ALEXY, 2010, p.20).¹⁷⁷ Essa é a dimensão ideal da lei.

Por fim, Bulygin chega à conclusão, que ele mesmo afirma ser, de certa maneira, surpreendente: a teoria de Alexy colocaria fim ao debate entre positivistas e não positivistas comprovando a tese positivista. São os argumentos de Bulygin:

O reconhecimento de que a "a tese da separação positivista, do ponto de vista do observador, é essencialmente correta" põe um fim ao debate entre o positivismo e o não positivismo, pelo menos quanto ao conceito de lei, pois o positivismo não está interessado na aplicação da lei, mas na sua identificação. A tese positivista da separação significa que o conteúdo de um sistema legal pode ser determinado sem qualquer referência à moralidade. Sobre esse ponto concordam todos positivistas sérios desde Bentham, Kelsen e Hart até Raz e Hoerster; Alexy concorda também, o que pode surpreender alguns de seus seguidores (BULYGIN, 2010, p.17).¹⁷⁸

¹⁷⁶ Tradução livre de: *"The first element is a theory of basic human rights that can be established as discursively necessary. This is an elementary form of the one and only correct or right morality, but it does not suffice to provide for a single right answer to each and every moral question. The second element consists of the rules and forms of rational practical argumentation or discourse"* (ALEXY, 2010, p.20-21).

¹⁷⁷ Tradução livre de: *"a regulative idea that transcends the convictions of actual persons"* (ALEXY, 2010, p.20).

¹⁷⁸ Tradução livre de: *"The recognition that "the positivistic separation thesis is from the observer's perspective essentially correct" puts an end to the debate between positivism and non-positivism, at least concerning the concept of law, because positivism is interested not in the application of law, but in its identification. The positivistic separation thesis means that the contents of a legal system can be determined without any reference to morality. On this point agree all serious positivist from Bentham, Kelsen and Hart to Raz and Hoerster, and Alexy agree too, something that might surprise some of his followers"* (BULYGIN, 2010, p.17).

Nesse sentido, para Bulygin, a comparação entre positivistas, como Kelsen ou Hart, e não positivistas, como Alexy, levaria a alguns resultados importantes (BULYGIN, 2010, p.18-20): ambos (positivistas e não positivistas) entendem que são elementos do conceito do direito a legalidade e a eficácia social – Alexy acrescenta a esse rol a conexão com a moral, mas não é claro o que significa essa conexão uma vez que considera normas injustas como ordens legais; ambas as posições consideram que do ponto de vista do observador, o conceito de lei não inclui elementos morais e que sistemas legais e normas jurídicas podem ser imorais sem perder a qualidade de jurídico (a fórmula de Radbruch não se aplica nesta perspectiva); um observador externo é capaz de descrever um sistema e suas normas legais sem recorrer a valores morais e isso significa que a ciência do direito é puramente descritiva tanto para os positivistas quanto para Alexy (exceto quando este invoca a dimensão ideal da lei); na perspectiva do participante, tanto positivistas quanto não positivistas entendem que os juízes, algumas vezes, não aplicam normas que consideram injustas. Sobre essa última constatação, Bulygin sustenta que "para um positivista, eles fazem isso por razões morais, para Alexy, fazem isso por razões legais. Mas ambos concordam que eles fazem isso. Então, onde se encontra a grande diferença?" (BULYGIN, 2010, p.18).¹⁷⁹ Ademais, afirma Bulygin, um sistema jurídico, como produto da atividade humana, pode ser bom ou mal, justo ou injusto. No entanto, negar-lhe a qualidade de jurídico não removeria qualquer injustiça (p.18).

Alexy (2010, p.20-22) rejeita a tese do fim do debate, pois afirma nunca ter dito que a tese da separação, na perspectiva do observador, seria correta. A afirmação foi de que a tese da separação, na perspectiva do observador, é *essencialmente* correta (mas frisou que todos os sistemas legais formulam uma pretensão à correção ainda que em grau mínimo). Disso decorre que o debate não se resolve a favor do positivismo tendo em vista que mesmo da perspectiva do observador também existe uma conexão necessária entre direito e moral.

¹⁷⁹ Tradução livre de: "[...] for a positivist they do it for moral reasons, for Alexy for legal reasons. But both agree that they do it. So where lies here the big difference?" (BULYGIN, 2010, p.18).

Além disso, da perspectiva do participante, não apenas argumentos conceituais, mas argumentos normativos, necessariamente incluídos no conceito de direito, demarcam o limiar da injustiça extrema (com a correspondente aplicação da fórmula de Radbruch). Dessa maneira, se pode afirmar que uma lei extremamente injusta não é direito.

Outrossim, não se pode aceitar a tese de Bulygin do fim do debate entre positivismo e não positivismo, com resultado a favor do positivismo, uma vez que, da perspectiva do participante, a pretensão à correção transforma uma deficiência moral em uma deficiência legal, transformação que não poderia ser formulado com base em teorias positivistas.

Alexy ressalta que a versão não positivista sustentada por ele contém fortes elementos positivistas (ALEXY, 2010, p.22), o que significa que, no conceito de direito, encontram-se tanto a legalidade e eficácia social (elementos positivistas) quanto à correção material (elemento não positivista). Alexy diz que a posição que defende é um "não positivismo inclusivo" (p.22). Dessa maneira, tanto a dimensão real quanto ideal do direito são contempladas no conceito de direito de Alexy, mas não de uma maneira apenas metafórica como sugeriu Bulygin. A afirmação de que direito injusto não é direito, bem como a transformação de deficiências morais em deficiências legais respondem à tese de Bulygin de que o debate entre positivismo e não positivismo seria apenas uma discrepância verbal. Para Alexy, esse debate refere-se à essência do direito (p.22).

Assim, os dois autores permanecem firmes em suas posições teóricas. No entanto, o debate foi importante ao problematizar aspectos gerais da teoria de Alexy, bem como aspectos especificamente relacionados com o argumento de injustiça. Além disso, a impossibilidade de consenso tem muito a dizer a respeito desse debate.

3.5 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO: DISSENSOS E COMPLEMENTARIDADE

Na polêmica entre Alexy e Bulygin, o consenso não foi alcançado – os debatedores mantiveram-se firmes em suas posições. Esse fato, explicado pela diferença de pressupostos teóricos entre eles, não desqualifica o vigoroso debate, pois, conforme bem observa Manuel Atienza, as diferentes correntes da teoria da argumentação,

antes de discrepantes, são complementares e contribuem à observação do objeto de pesquisa sob múltiplos pontos de vista.

No entendimento de Manuel Atienza, quatro perspectivas de análise do direito têm tido uma relevância teórica importante (dentre elas a teoria da argumentação). Para analisá-las, o autor utiliza a analogia com um edifício.

O enfoque o estrutural refere-se às diversas formas de normativismo jurídico. De acordo com Atienza (1999, p.37), esse enfoque busca identificar os diversos componentes do "edifício jurídico" e como esses componentes se relacionam. Como uma espécie de fotografia, o direito é compreendido como uma série de enunciados linguísticos. Trata-se de descrever o edifício como ele é – não é um exercício de comparação com um direito ideal e nem, muito menos, da construção de outro edifício.

O segundo enfoque é o realista sociológico (ATIENZA, 1999, p.37): enfatiza-se que o direito não é simplesmente linguagem, mas é, sobretudo, comportamento humano. Nesse caso, interessa a funcionalidade do edifício, ou seja, para que serve cada um dos seus elementos e como o direito como um todo está inserido na sociedade. Parte-se de uma distinção do que é e do que deveria ser (embora haja ceticismo quanto à objetividade de um dever ser). Há uma visão dinâmica e instrumental do direito, sem que se pergunte pelos fins e valores jurídicos.

Atienza refere-se a uma terceira perspectiva de análise do direito, que, segundo ele, é uma espécie de idealidade do direito que se encontra nas diversas versões do direito natural. A preocupação é com direito justo e há garantia de espaço para crítica no confronto entre realidade e ideal (ATIENZA, 1999, p.38).

A quarta perspectiva, que possui características dos três enfoques anteriores, conforme Atienza, é aquela na qual o direito é analisado como argumentação e que parte da consideração de que o direito é uma técnica para solução de problemas práticos. Nessa perspectiva, há

[...] uma visão pragmática, dinâmica e, de certa maneira, instrumental do direito, mas que não contempla o direito como um instrumento que possa ser utilizado para qualquer fim, mas, para dizer com certa solenidade, como um instrumento da razão prática (ATIENZA, 1999, p.38).¹⁸⁰

¹⁸⁰ Tradução livre de: "[...] una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho, pero que no contempla el Derecho como un instrumento que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino, para decirlo con cierta solemnidad, como un instrumento de razón práctica" (ATIENZA, 1999, p.38).

Nesse campo de análise, o direito é tomado um meio importante para a persecução de objetivos sociais e para que sejam respeitados os princípios e valores de uma moral racionalmente justificada. A ideia mais importante, ressalta Atienza, é que há submissão do poder à razão (ideal regulativo do Estado de direito), de maneira que as decisões do Estado necessitam ser racionalmente justificadas. Essa justificação racional deve ser feita com base em critérios que possibilitem um mínimo de objetividade à prática argumentativa.

Dessa maneira, o direito é entendido como um complexo de decisões vinculadas com a resolução de certos problemas práticos no qual importam as razões que deram base às decisões: razões explicativas dão conta do motivo pelo qual determinada decisão foi tomada, ou seja, qual finalidade se perseguia, enquanto razões justificativas são aquelas que se referem à aceitabilidade ou correção de dada decisão. O raciocínio jurídico é justificativo, embora as razões explicativas tenham um papel importante (ATIENZA, 1999, p.39-40).

A justificação a uma decisão, segundo Atienza, significa dar razões para que ela pareça correta ou aceitável e pode ser feita de três maneiras: apelando-se à autoridade, ao procedimento e ao conteúdo. O apelo à autoridade (de Deus, dos juízes, do monarca) tem por inconveniente a impossibilidade de controle, pois o único objeto de discussão é se quem decidiu tinha o poder de decisão; se à autoridade é acrescentado um procedimento, as possibilidades de controle aumentam; quando se conjugam autoridade, procedimento e conteúdo, a possibilidade de controle é ainda maior. Essas razões devem ser articuladas na justificação das decisões por meio da argumentação. Argumentar, nesse contexto, tem como elementos (ATIENZA, 1999, p.40): a linguagem, uma conclusão, uma ou várias premissas e uma relação entre as premissas e a conclusão.

Todavia, apesar da presença desses elementos, não há uma única forma de entender-se o que seja argumentação ou argumentos. Atienza (1999, p.41-43) aponta três concepções: a formal, a material e a pragmática. Alexy e Bulygin partem de concepções distintas.

A concepção formal de argumentação é a característica dos lógicos, que definem um argumento como um encadeamento de proposições: "em um argumento dedutivamente válido, se as premissas são verdadeiras, então, também é,

necessariamente, verdadeira a conclusão" (ATIENZA, 1999, p.41).¹⁸¹ Essa concepção sempre tratará de relações formais, de maneira que a passagem das premissas à conclusão é efetuada por meio de regras de caráter formal. Nesse processo, não são considerados o conteúdo de verdade ou de correção das premissas. A concepção formal não se centra no processo de argumentação, mas nos argumentos e no resultado da atividade, por meio de esquemas de argumentação cuja finalidade é controlar a correção dos argumentos (e não o controle do processo argumentativo). A principal obra de Bulygin em produção conjunta com Carlos Alchourrón foi catalogada por Atienza (1984, p.129 e p.132) como "jusalítica de inspiração lógico formal" na qual é desenvolvida uma lógica dos sistemas normativos com a finalidade de esclarecer a noção de sistema jurídico.

A segunda concepção de argumentação é a chamada concepção material e tem por escopo o descobrimento e o exame das premissas por meio dos "tópicos", ou seja, de argumentos materiais que oferecem apoio para solução de um problema prático. Nessa corrente encontram-se autores como Dworkin, Nino e Summers (ATIENZA, 1999, p.44).

Por sua vez, a concepção chamada de pragmática ou dialética considera a argumentação como um tipo de ação – ou interação – linguística. A argumentação é compreendida como um ato de linguagem que tem lugar em situações determinadas, quando se coloca em questão um enunciado e se aceita resolver essa dúvida por meios linguísticos. A argumentação é tida como uma atividade cujo desenvolvimento está regido por determinadas regras de comportamento linguístico dos sujeitos envolvidos. Nessa corrente, na qual se encontram Habermas, Perelman e Alexy (ATIENZA, 1999, p.44-45), aparece em destaque o papel pragmático da linguagem, de forma que a argumentação é inconcebível com a abstração dos sujeitos que argumentam. A argumentação somente é possível

¹⁸¹ Tradução livre de: "*en un argumento deductivamente válido, si las premisas son verdaderas, entonces, también lo es necesariamente la conclusión (en virtud de alguna regla de derivación de la lógica)*" (ATIENZA, 1999, p.41).

[...] na medida em que os participantes fazem concessões; inferir consiste aqui na passagem de enunciados a outros enunciados mediante a aceitação e ao consenso; para cada interveniente, funcionam como premissas os enunciados cuja aceitação se possa dar por pressuposta ou alcançada em cada momento do processo; e a conclusão é o que se pretende seja aceito pelo outro (ATIENZA, 1999, p.44).¹⁸²

A partir do exposto é possível afirmar que Bulygin e Alexy examinam o direito de perspectivas diferentes – Bulygin parte da concepção formal e Alexy da concepção pragmática. No entanto, isso não inviabiliza o diálogo entre os dois autores sobre suas próprias divergências, pois como bem ressalta Atienza (1999, p.44), embora se possa falar de três concepções distintas de argumentação, elas não são incompatíveis, mas são complementares, uma vez que uma teoria adequada da argumentação jurídica não pode deixar de considerar nenhum dos enfoques.

Isso porque o direito como prática racional no Estado de direito e constitucional pressupõe não somente valores do tipo formal (ligados com a ideia de previsibilidade), mas também valores do tipo material (vinculados com a ideia de justiça ou verdade) e valores do tipo pragmático ou político (conectados com a noção de aceitação). Essas considerações de Atienza parecem explicar a dificuldade experimentada na leitura dos argumentos e contra-argumentos na polêmica Alexy-Bulygin: os argumentos apresentados por ambos parecem robustos e de difícil refutação e a razão parece passar de mão em mão.

O debate entre Alexy e Bulygin ilustra a conclusão de Mendelsohn (1987, p.93-121) de que as controvérsias são parte integrante da produção do conhecimento e são importante fator de desenvolvimento da ciência. Ademais, as divergências rompem com a ilusão de que o conceito de "comunidade científica" seria um grupo dentro do qual não há espaço para polêmicas. Segundo ao autor, tanto razões ligadas ao conteúdo intelectual da discussão como razões externas ligadas aos interesses dos participantes (filosóficos, metafísicos, sociais, profissionais e, algumas vezes, até religiosos) explicam as controvérsias – note-se que os interesses externos são elementos naturais do debate científico e não são, necessariamente, contrários à racionalidade da ciência.

¹⁸² Tradução livre de: "[...] en la medida en que los participantes se van haciendo concesiones; inferir consiste aquí en el paso de unos enunciados a otros mediante la aceptación, el consenso; para cada interveniente en el proceso, funcionan como premisas los enunciados cuya aceptación pueda darse por supuesta o por alcanzada en cada momento del proceso; y la conclusión es lo que se pretende sea aceptado por el otro" (ATIENZA, 1999, p.44).

Dessa maneira, a importância do debate cujos pontos principais foram expostos acima transcende a opção pelos pressupostos e conclusões de Alexy ou de Bulygin e passa pela ampliação da compreensão e crítica do objeto (conceito de direito proposto por Alexy).¹⁸³

¹⁸³ Outros teóricos têm apresentado críticas à teoria de Alexy (que demonstra, no mínimo, possuir uma consistência teórica capaz de nutrir vigorosos debates). Em apertada síntese, seguem algumas dessas críticas – para a contra-argumentação de Alexy em relação às críticas de Raz, Maccormick e Sieckmann, remetemos a: Alexy, Robert. An Answer to Joseph Raz (ALEXY, 2007a, p.37-55) e Alexy, Robert. Thirteen Replies (ALEXY, 2007b, p.333-366): Joseph Raz afirma que a classificação de teorias do direito como positivistas ou não positivistas é inútil e ilusória, pois é evidente que o direito tem necessariamente propriedade morais que não podem ser refutadas mesmo pelas teorias de tradição positivista. Além disso, Alexy teria falhado ao distinguir as perspectivas do participante e do observador, bem como não teria justificado satisfatoriamente a afirmação de que o direito, necessariamente, formula uma pretensão à correção. Quanto à fórmula de Radbruch, Raz sugere que Alexy deveria ter demonstrado que não apenas os tribunais de quaisquer sistemas legais deveriam colocar de lado leis injustas, mas que, necessariamente, o direito daria a esses tribunais esses poderes – Alexy teria falhado nessa demonstração. Além disso, discorda da tese de que quanto maior a injustiça, menor é a probabilidade de que se cometam erros na sua identificação (exemplifica com a escravidão e com a opressão a mulheres e homossexuais em diversas culturas). Para Raz, mais importante do que a tentativa frustrada de Alexy em contraditar o positivismo jurídico seria esquecer rótulos e considerar os vários escritores dentro de seus próprios termos (RAZ, 2007, p.17-35). Neil Maccormick, por sua vez, alega que a lei não é capaz de realizar atos da fala – dessa maneira, Alexy teria partido de um erro ou, no mínimo, de uma metáfora infeliz que não suporta os demais argumentos de sua teoria (MACCORMICK, 2007, p.59-68). Jan Sieckmann critica pontos importantes da teoria da argumentação de Alexy, dentre os quais a relação entre correção e verdade e entre justificação e garantia. Além disso, Sieckmann duvida da "necessidade" da pretensão à correção (SIECKMANN, 2007, p.189-206). Paula Gaido (2012, p.381-392) afirma que há problemas metodológicos na teoria de Alexy, pois a tese do caso especial, que interliga a racionalidade do discurso prático geral com o discurso jurídico, não consegue explicar porque normas injustas são consideradas jurídicas (a premissa de que o direito necessariamente formula uma pretensão à correção inviabilizaria que normas injustas fossem consideradas válidas, pois essas normas seriam discursivamente impossíveis; dessa maneira, também a fórmula de Radbruch seria desnecessária). No Brasil, como já mencionado (vide nota 136), Rover, Serbena e Cella, com base em análises da lógica deontica, afirmam que as relações entre moral e direito ainda carecem de uma explicação rigorosa do ponto de vista lógico (ROVER, SERBENA; CELLA, 2009, p.247-256). Serbena (2012, p.15-16) vai mais além: "Em tempos de pós-positivismo e neoconstitucionalismo, afirma-se que o positivismo jurídico de Kelsen estaria superado. O prof. Robert Alexy afirma que sua teoria, com a fórmula de Radbruch e com a postulação de uma conexão necessária entre Direito e Moral, pretendeu superar o positivismo jurídico, principalmente os de Kelsen e o de Hart. Porém sua teoria vem sendo submetida a um duro exame, principalmente pela rigorosa crítica do Prof. Eugenio Bulygin. A sua crítica expõe o que considero ainda um problema em aberto na teoria do direito: os pós-positivismos, como o de Robert Alexy e Ronald Dworkin, em alguns aspectos conceituais, ainda parecem carecer de uma base epistemológica e metodológica consistente, sem que incorram em imprecisões". O autor propõe o desenvolvimento de sistemas lógicos e a retomada da perspectiva do realismo escandinavo de Alf Ross por meio da aplicação da derrotabilidade como teoria lógica apta a demonstrar a maneira usual de raciocinar dos juristas (SERBENA, 2012, p.13-14). Embora não seja uma crítica específica a Alexy, vale registrar a opção de Kozicki. Tendo em vista a insuficiência das teorizações de Hart e Dworkin – a análise meramente descritiva de Hart não oferece qualquer explicação quanto à legitimidade do direito; por sua vez, Dworkin falha ao retirar do campo da política o protagonismo no debate sobre direitos e questões morais – a autora propõe, a partir de Jacques Derrida, desconstruir "o modo vigente de interpretação e aplicação do direito" (KOZICKI, 2012). Os autores citados demonstram que os debates entre positivismo e não positivismo seguem, ainda, vigorosos e que diversos aportes teóricos podem ser utilizados nesses debates.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O argumento de injustiça na teoria de Robert Alexy, que constitui o tema central deste trabalho, foi examinado a partir de três perspectivas: da perspectiva teórica, foram analisadas as premissas do conceito de direito de Alexy, que inclui o argumento de injustiça como limite extremo do conteúdo do direito; do ponto de vista da aplicação, foi objeto de estudo a análise de Alexy do caso das sentinelas do Muro de Berlim, no qual o argumento de injustiça foi utilizado como principal fundamento decisório; na perspectiva crítica, foram levantadas as principais objeções de Eugenio Bulygin às teorizações de Alexy, com ênfase especial às críticas relativas ao argumento de injustiça.

A partir dessas perspectivas, buscou-se investigar se a inserção do argumento de injustiça no conceito de direito de Alexy fornece respaldo teórico suficiente para aplicação desse argumento, em especial, para viabilizar a punição ou reparação de injustiça extrema após a superação de regimes injustos. Logo, a relação entre direito e moral, tema recorrente na filosofia do direito (da necessidade ou contingência desta relação decorre a diferenciação entre positivismo e não positivismo nas suas diversas conformações), foi reiteradamente discutida.

Como Alexy emprega o argumento de injustiça na forma teorizada por Gustav Radbruch, o ponto de partida da perspectiva teórica foi a gênese do argumento. Concomitantemente às reflexões teóricas de Radbruch, alguns aspectos da sua biografia foram expostos no Capítulo 1 uma vez que a Segunda Guerra parece ter sido importante para que o autor passasse a atribuir valor preponderante à justiça em relação aos fins do direito e à segurança jurídica em casos nos quais o limite extremo da injustiça fosse atingido. Nesses casos, conforme Radbruch, um direito suprapositivo se colocaria acima do direito positivo. No entanto, tendo em vista a dificuldade que a ciência encontra em definir esses direitos, complementa o autor, os direitos humanos, uma construção coletiva em séculos, apostos nas cartas internacionais de direitos, são o ponto de referência para aplicação do argumento.

Na sequência, expôs-se um quadro conceitual desenhado por Alexy cujos elementos serviram de base as suas reflexões relativas à definição de um conceito de direito próprio. Do estudo desse quadro, extraiu-se o seguinte: Alexy, visando à definição de direito, busca saber se é correta a tese da separação ou vinculação entre

direito e moral a partir da perspectiva do participante, utilizando argumentos conceituais ou normativos, com ênfase no sistema jurídico como sistema de procedimentos. Para Alexy, há conexões necessárias entre direito e moral, que são, a depender do caso, classificadoras ou qualificadoras. Há conexões classificadoras quando o argumento de injustiça é aplicado a normas individuais ou decisões judiciais extremamente injustas.

Essas conclusões de Alexy se deram com base no conceito ético de validade (que combina os elementos da legalidade conforme o ordenamento, da eficácia social e da correção material) e em um conceito de norma fundamental que incorpora elementos éticos (entre eles, o argumento de injustiça).

Tendo em vista a incorporação necessária de elementos éticos ao direito, foram tecidas considerações acerca da relação entre o discurso prático geral e o discurso jurídico. Dessa relação, decorre a tese do caso especial proposta por Alexy – segundo essa tese, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático.

Nesses dois campos, a teoria dos atos da fala de Austin explica como a fala produz atos que constituem e atuam sobre o real, de maneira que quem estabelece afirmações produz uma pretensão à correção. No campo da moral, essa pretensão é de verdade; no campo do direito, é de justiça.

A tese do caso especial foi articulada com a tese da natureza dual do direito, segundo a qual o direito possui uma dimensão real e outra ideal e a pretensão à correção faz o liame entre elas. Para detalhar essa ligação, apresentou-se a tese da justiça como correção e sua proposição de que a pretensão de justiça implica fundamentabilidade.

Para aprofundar a investigação acerca da fundamentabilidade, foram elencados pontos importantes da teoria da argumentação de Alexy e destacou-se que se trata de uma teoria procedimental, que não indica qual o conteúdo da pretensão. Esse conteúdo será definido no procedimento argumentativo.

Da articulação das especificidades próprias do discurso jurídico (por exemplo, consideração à lei e aos precedentes) com os conceitos de direitos fundamentais, jurisdição constitucional, democracia deliberativa e o próprio argumento de injustiça, observou-se que há limites ao conteúdo do direito, sendo o limite mais extremo o argumento de injustiça.

Após essas considerações, ao final do Capítulo 1, apresentou-se o conceito de direito de Alexy que incorpora a pretensão de correção que dá base ao

argumento de princípios e ao argumento de injustiça. O argumento de injustiça é tomado, segundo Alexy, como uma espécie de correção de segundo nível quando uma norma jurídica ou decisão judicial ultrapassa o umbral da injustiça – nesses casos, a segurança jurídica é aniquilada em prol da justiça.

O Capítulo 2 foi dedicado às considerações feitas por Alexy no âmbito da aplicação do argumento de injustiça. Verificou-se a impossibilidade teórica da aplicação do argumento na perspectiva do observador, uma vez que aqueles que podem argumentar sobre o justo encontram-se na perspectiva do participante. Na sequência, foram apresentadas as razões que justificam a aplicação do argumento de injustiça na perspectiva do participante. A título de exemplo, uma dessas razões é a efetividade dessa inclusão, pois, de acordo com Alexy, a inclusão do argumento de injustiça no conceito de direito dificulta o retorno de Estados injustos.

Partindo da premissa que ultrapassado o umbral da injustiça o argumento de injustiça deve ser aplicado, foram apresentadas, no campo do patrimônio e da cidadania, decisões paradigmáticas da Justiça alemã citadas por Alexy. Na sequência, a análise do autor das decisões da Justiça alemã, nos casos das sentinelas do Muro de Berlim e dos Membros do Conselho da RDA foram destacadas.

Alexy concluiu que houve acerto na aplicação do argumento de injustiça para viabilizar o julgamento dos soldados responsáveis por mortes de pessoas que tentavam cruzar a fronteira e escapar da RDA, bem como das autoridades que ordenaram esses atos, mas apontou falhas na fundamentação das decisões por parte da Justiça alemã, o que corroborou a tese de Alexy de que o manejo do argumento de injustiça exige rigorosidade teórica. As falhas na fundamentação encontradas nas decisões dizem respeito, em especial, à não infringência do princípio da irretroatividade pela aplicação do argumento de injustiça, à confusão entre aplicação de critérios referentes ao direito internacional e a aplicação da fórmula de Radbruch, bem como a aspectos referentes à punibilidade.

Das análises decorre a conclusão de Alexy: o autor concorda com a aplicação do argumento de injustiça no caso das sentinelas do Muro, apesar das falhas na fundamentação. No entanto, quanto ao resultado, sustenta que apenas os membros do Conselho de Defesa deveriam ter sido condenados; as sentinelas do Muro deveriam ter sido absolvidas, pois na sociedade não discursiva que era a RDA, elas não tinham condições cognitivas de identificar o ato de morte daqueles que tentavam escapar como direito extremamente injusto.

O Capítulo 3 foi dedicado ao debate entre Alexy e Bulygin, que ocorreu em três oportunidades distintas entre os anos de 1993 e 2010. O debate tem como tema recorrente as objeções de Bulygin à tese de Alexy de que o direito, necessariamente, formula uma pretensão à correção. Diversas críticas foram efetuadas por Bulygin sendo que Alexy apresentou contra-argumentos satisfatórios a quase todas elas. Dentre essas críticas, uma, em especial, merece algumas considerações.

Alexy afirma que o direito possui conexões *necessárias* com a moral. Essas conexões são classificadoras ou qualificadoras a depender do caso. Afirma, também, que as conexões qualificadoras são as responsáveis pela dimensão ideal ou crítica do direito antes do umbral da injustiça. Explica Alexy que, devido à necessidade de formulação da pretensão de correção (pretensão de justiça que implica fundamentabilidade), normas jurídicas, decisões judiciais que não formulam essa pretensão são deficientes – e essa deficiência não é somente moral, mas é uma deficiência jurídica. Alexy assevera que o sistema aceita normas e decisões injustas devido ao caráter parasitário das normas – basta a inserção delas em um sistema normativo que, como um todo, formule a pretensão de correção, para que ainda sejam consideradas jurídicas, embora, *necessariamente*, deficientes.

O problema, apontado por Bulygin, é que o suposto caráter parasitário esconde a questão de fundo: é possível que conexões necessárias sejam qualificadoras? A resposta é negativa, pois as conexões classificadoras são necessárias e as conexões qualificadoras são contingentes. Disso decorre que o enunciado "normas jurídicas ou decisões judiciais que não formulam a pretensão à correção são sistemas deficientes" significa o mesmo que "normas jurídicas ou decisões deficientes (porque não formulam a pretensão à correção) são deficientes (porque não formulam a pretensão à correção)". Negar a tautologia que decorre daí, "sistemas jurídicos, normas jurídicas ou decisões judiciais deficientes porque são deficientes", parece bastante difícil.

Alexy não foi suficientemente claro na tentativa de explicar a conexão necessária entre as dimensões ideal e real do direito e, sem esse elemento, é difícil sustentar que ele teve sucesso na comprovação de que há, necessariamente, uma dimensão crítica no direito antes do umbral da injustiça extrema.

No entanto, esse insucesso de Alexy não significa a negação de que haja (ou deva haver) uma dimensão crítica no direito; significa apenas que Alexy não teve sucesso em comprová-la. Dessa maneira, não se pode dizer que as teorizações de

Alexy colocaram um ponto final na discussão sobre a relação entre direito e moral. Tem razão Bulygin ao afirmar que esse é um problema importante que precisa de uma melhor elaboração por Alexy.

Apesar disso, não se pode olvidar das contribuições de Alexy à teoria do direito. Suas reflexões acerca dos princípios, da jurisdição constitucional, democracia deliberativa e teoria dos direitos fundamentais são importantíssimas e ensejam diversos estudos e aplicações. No entanto, os múltiplos aspectos da teoria do autor são articulados entre si e uma questão mal resolvida em seus alicerces gera, no mínimo, desconfiança quanto ao que foi construído sobre essa base.

Todavia, quando ultrapassado o umbral da injustiça, a resposta dada por Alexy parece bastante convincente. Após o umbral da injustiça, a conexão é classificadora de maneira que "direito extremamente injusto não é direito *ab initio*". Visto que o direito extremamente injusto é nulo desde sua promulgação, a aplicação do argumento não contradiz o princípio da irretroatividade. Ademais, a principal dificuldade, que é definir o que seja direito extremamente injusto, no caso concreto, não parece impedir a aplicação do argumento desde que haja domínio teórico no seu manejo em uma sociedade democrática, portanto, discursiva.

Assim, a definição do conceito de direito de Alexy parece conter obscuridades ao lidar com a suposta deficiência das normas injustas, mas parece acertada quando faz referências ao argumento de injustiça. Essa é a grande fragilidade do conceito de direito de Alexy: obscuro antes do umbral da injustiça, mas coerente quando se refere a normas extremamente injustas.

Apesar disso, a hipótese de que a inserção do argumento de injustiça no conceito de direito de Alexy fornece respaldos teóricos suficientes para aplicação desse argumento, em especial, após a superação de regimes extremamente injustos, foi confirmada pelo exposto neste estudo.

No entanto, alguns cuidados devem ser observados. O argumento de injustiça é um argumento singelo, mas essa simplicidade esconde a necessidade de que sua aplicação seja efetuada com muito rigor teórico. Isso porque é muito fácil ler apenas "injustiça" onde se inscreve "injustiça *extrema*" e essa leitura equivocada poderia levar a grandes equívocos e falsas expectativas quanto aos resultados de sua aplicação. A aplicação do argumento de injustiça não prescinde de que a injustiça seja extrema e, portanto, somente é aplicável a casos especialíssimos (por exemplo, na forma proposta por Alexy, poder-se-ia sustentar a possibilidade de evocação do argumento

de injustiça como fundamento da inconstitucionalidade da Lei de Anistia por meio da ADPF 153; mas dificilmente sua evocação teria sucesso, por exemplo, na demanda judicial individual para o fornecimento de medicamentos, que poderia ser resolvida no âmbito da ponderação entre princípios). A especialidade da aplicação do argumento de injustiça e as dificuldades que gera a demarcação do âmbito de aplicação devem ser ressaltadas.

Do exposto, é possível afirmar que a relação entre direito e moral não foi definitivamente esclarecida pela teoria de Alexy. Essa conclusão não retira, no entanto, a importância da investigação dessa relação e das polêmicas que gera. É esse contexto polêmico que provoca que argumentos viáveis sejam refinados e que aqueles que se mostrem débeis desde sua formulação e que não suportem a contra-argumentação sejam colocados de lado.

Ainda, sobre a diversidade de teorias positivistas e não positivistas que definem o direito, Alexy tem razão ao afirmar que esse parece um debate sem fim e que as teorias em geral, embora contraditórias, têm razão em um ou outro aspecto. A polêmica entre Alexy e Bulygin, as considerações de Hellman quanto ao papel importante dos debates na história da ciência e as considerações de Atienza quanto a uma completaridade das diversas teorias da argumentação, que desvelam diversas faces de um mesmo objeto, mesmo sob premissas diferentes, parecem fazer superar a leitura simplória de que há uma mera contraposição entre o positivismo e o não positivismo (ignorando que diversas teorias podem ser abarcadas em cada rótulo).

Por isso, não se pode, ainda, prescindir, por exemplo, de uma leitura crítica de Kelsen, bem como são bem-vindas as teorias analíticas do direito. No entanto, são imprescindíveis reflexões acerca do direito e justiça, como demonstra o caso das sentinelas do Muro. Nesse sentido, a fórmula de Radbruch soa como um alerta para aqueles que cometem extrema injustiça sob o amparo de leis em regimes injustos: a impunidade não é uma certeza. Essa é a principal justificativa para que o argumento de injustiça mereça atenção no âmbito da filosofia e da ciência do direito. A afirmação de Riobaldo, por ocasião do julgamento de Zé Bebelo, com um *quid* de mistério e provocação que a literatura encerra em si, sintetiza esse desafio: "Lei é lei? Lôas!".

REFERÊNCIAS

1989: Cai o Muro de Berlim. Disponível em: <<http://www.dw.de/1989-cai-o-muro-de-berlim/a-4869441>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**: Homo Sacer. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEMANHA lembra os 50 anos de construção do Muro de Berlim. Disponível em: <<http://www.dw.de/alemanha-lembra-os-50-anos-da-constru%C3%A7%C3%A3o-do-muro-de-berlim/a-15314791>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

ALEXY, Robert. Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse. **Ratio Juris**, v.5, n.2, p.143-152, jul. 1992.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. Law and Correctness. **Current Legal Problems**, v.51, n.1, p.205-221, 1998. Disponível em: <<http://clp.oxfordjournals.org/content/51/1/205.extract>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

_____. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v.23, p.197-230, 2000a. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/12383873132368273109213/Doxa23_09.pdf?portal=4>. Acesso em: 08 ago. 2012.

_____. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, v.13, n.3, p.294-304, set. 2000b.

_____. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001a. p.53-84.

_____. Sobre la tesis de una conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001b. p.95-115.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001c.

_____. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y moral. Tradução de Pablo Larrañaga. In: VÁSQUEZ, Rodolfo (Coord.). **Derecho y Moral**: Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona: Gedisa, 2003a. p.115-137.

_____. Justicia como corrección. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v.26, p.161-173, 2003b. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/justicia-como-correccion-0/>>. Acesso em: 08 out. 2012.

_____. Mauerschützen: acerca de la relación entre Derecho, Moral e Punibilidad. Tradução de Eduardo Roberto Soderó. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2006a. p.167-195.

_____. Una defensa de la fórmula de Radbruch. Tradução de José Antonio Scoane. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2006b. p.227-251.

_____. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, Rights and Discourse**: themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007a. p.37-58.

_____. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, Rights and Discourse**: themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007b. p.333-366.

_____. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, v.21, n.3, p.281-299, set. 2008a.

_____. A natureza dos argumentos acerca da natureza do direito. Tradução de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Bruno Costa Teixeira. **Panoptica**, n.12, mar. 2008b. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08006.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. **Conceito e validade do direito**. Org. Ernesto Garzón Valdes *et al.* Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009a.

_____. Los principales elementos de mi filosofía del derecho. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v.32, p.68-84, 2009b. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01715418215691980708813/044469.pdf#search="alexey raz"&page=12](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01715418215691980708813/044469.pdf#search=)>. Acesso em: 08 ago. 2012.

_____. Between positivism and non-positivism? A Third reply to Eugenio Bulygin. In: CONFERENCE ON PHILOSOPHY AND LAW NEUTRALITY AND THEORY OF LAW, 1., 2010. Girona (Espanha), 2010. Disponível em: <<http://www.filosofiayderecho.es/congreso/ponencias/alexypdf>>. Acesso em: 02 set. 2012.

_____. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. In: HECK, Luís Afonso (Org. e Trad.). **Constitucionalismo discursivo**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.19-40.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2002.

ATIENZA, Manuel. **La Filosofía del derecho argentina actual**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

_____. El Derecho como argumentación. **Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política**, v.21, p.37-37, 1999. Disponível em <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/76>>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. Entrevista a Robert Alexy. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v.24, p.05-40, 2001. Disponível em: <<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD22661887.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BEANEY, Michael. Analysis. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2012 Edition). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/analysis/>>. Acesso em: 1.º fev. 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução de Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BORDA, Luis Villar. Introducción. In: RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Tradução de Luis Villar Borda. 2.ed. Colômbia: Editorial Temis, 2009. p.ix-xxi.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Dispõe que o pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em apenso ao Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRETONES, Maria Virginia Martínez. **Gustav Radbruch vida e obra**. 2.ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

BULYGIN, Eugenio. Alexy y el argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001a. p.41-51.

_____. La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001b. p.85-93.

_____. ¿Está (parte de) la filosofía del derecho base en un error? **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v.27, p.15-26, 2004. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67923951090103897321457/027916.pdf#search="alexys+raz"&page=2](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/67923951090103897321457/027916.pdf#search=)>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. Alexy between positivism and non-positivism. In: CONFERENCE ON PHILOSOPHY AND LAW NEUTRALITY AND THEORY OF LAW, 1., 2010. Girona (Espanha), 2010. Disponível em: <<http://www.filosofiyderecho.es/congreso/ponencias/bulygin.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2012.

_____. **Discurso pronunciado por el Professor Eugenio Bulygin com motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Alicante**. Disponível em: <<http://www.ua.es/es/congresos/protocolo/eventos/honoris/bulygin08/discursobulygin.html>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

CARACCIOLO, Ricardo. Entrevista a Eugenio Bulygin. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v.14, p.499-513, 1993. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_27.pdf?portal=4>. Acesso em: 08 ago. 2012.

FERRO, Marc. **A reviravolta da história**: a queda do Muro de Berlim e o fim do comunismo. Tradução de Flávia Nascimento. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

GAIDO, Paula. Introducción. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p.15-39.

_____. Some problems with Robert Alexy's account of legal validity: the relevance of the participant's perspective. **Ratio Juris**, v.25, n.3, p.381-392, set. 2012.

GALVÃO, Pedro. Introdução. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. 2.ed. Lisboa: Edições 70, 2009.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy**: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029554.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

GUIBOURG, Ricardo A. On Alexy's weighing formula. In: SIECKMANN, Jan-Reinard (Ed.). **Legal Reasoning: The Methods of Balancing**. Proceedings of the Special Workshop "Legal Reasoning: The Methods of Balancing" held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Beijing, 2009. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010.

HÁ 20 anos era assinado o Tratado de Reunificação da Alemanha. Disponível em: <<http://www.dw.de/h%C3%A1-20-anos-era-assinado-o-tratado-de-reunifica%C3%A7%C3%A3o-da-alemanha/a-5962847>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

HÁ 20 anos, morria a última vítima do Muro de Berlim. Disponível em: <<http://www.dw.de/h%C3%A1-20-anos-morria-a-%C3%BAltima-v%C3%ADtima-do-muro-de-berlim/a-4004269>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and Separation of Law and Morals. In: _____. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. New York: Clarendon Press - Oxford, 1983. p.49-87.

_____. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HECK, Luís Afonso. Nota do tradutor. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.7-8.

HELLMAN, Hal. **Grandes debates da ciência**: dez das maiores contendas de todos os tempos. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. 2.ed. Lisboa: Edições 70, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

MACCORMICK, Neil. Why Law Makes No Claims. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, Rights and Discourse**: themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007. p.59-68.

MENDELSON, Everett. The political anatomy of controversy in the sciences. In: ENGELHARDT JR., H. Tristram; CAPLAN, Arthur L. (Ed.). **Scientific controversies**: case studies in the resolution and closure of disputes in science and technology. New York: Cambridge University Press, 1987. p.91-124.

MONCADA, Luís Cabral. Prefácio da 1.^a edição. In: RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de Luís Cabral de Moncada. 6.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

NAVARRO, Pablo E. **Laudatio de Eugenio Bulygin** (20 de outubro de 2011 – auditoria del campus de la Ciutadella UNIVERSITAT POMPEO FABRA). Disponível em: <http://www.upf.edu/enoticies/1112/_pdf/laudatio_bulygin.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2012.

NÚMERO de vítimas mortais do Muro de Berlim ainda divide alemães. Disponível em: <<http://www.dw.de/n%C3%BAmero-de-v%C3%ADtimas-mortais-do-muro-de-berlim-ainda-divide-alem%C3%AAs/a-5909323>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

PAULSON, Stanley L. On the background and significance of Gustav Radbruch's Post-War papers. **Oxford Journal of Legal Studies**, v.26, n.1, p.17-40, 2006. Disponível em: <<http://ojls.oxfordjournals.org/content/26/1/17.extract>>. Acesso em: 11 set. 2012.

PEREBOOM, Derk. Kant's Transcendental Arguments. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2009 Edition). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/kant-transcendental/>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Tradução de Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.

_____. **Filosofia do direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. In: _____. **Relativismo y Derecho**. Tradução de Luis Villar Borda. 2.ed. Bogotá: Temis, 2009a. p.25-41.

_____. Cinco minutos de Filosofía del Derecho. In: _____. **Relativismo y Derecho**. Tradução de Luis Villar Borda. 2.ed. Bogotá: Temis, 2009b. p.69-72.

_____. El relativismo en la Filosofía del derecho. In: _____. **Relativismo y Derecho**. Tradução de Luis Villar Borda. 2.ed. Bogotá: Temis, 2009c. p.01-09.

_____. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAZ, Joseph. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, Rights and Discourse: themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oxford: Hart Publishing, 2007. p.17-36.

RIOS, Kênia Sousa. **Campos de concentração no Ceará: isolamento e poder na seca de 1932**. 2.ed. Fortaleza: Museu do Ceará/Secretaria da Cultura do Estado do Ceará, 2006.

ROVER, José; SERBENA, Cesar Antonio; CELLA, José Renato Gaziero. Conexões entre moral e direito de um ponto de vista lógico. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v.232, p.247-256, 2009.

SÁ, Alexandre Franco. **O poder pelo poder: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder**. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2009.

SALDANHA, Eduardo; ANDRADE, Melanie Merlin. **Immanuel Kant: idealismo e a Carta da ONU**. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SERBENA, Cesar Antonio. Normas Jurídicas, inferência e derrotabilidade. In: _____ (Org.). **Teoria da derrotabilidade**: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p.13-41.

SIECKMANN, Jan. Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, Rights and Discourse**: themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007. p.189-206.

SODERO, Eduardo Roberto. Reflexiones iusfilosóficas sobre el caso de los Guardianes del Muro. In: VIGO, Rodolfo Luis (Org.). **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2006. p.289-324.

SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de. A filosofia da linguagem de J. L. Austin. In: AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. p.7-17.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Prólogo: Gustav Radbruch: jurista, *sozialdemokrat*, jusfilósofo o moralista. In: BRETONES, Maria Virginia Martínez. **Gustav Radbruch vida e obra**. 2.ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p.ix-xvi.

TOMÁS DE AQUINO (Santo). Suma teológica. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.50-72.

VIGO, Rodolfo Luis. La axiología de Gustav Radbruch. In: _____ (Org.). **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2006a. p.01-23.

_____. La Teoría Jurídica Discursiva no Positivista de Robert Alexy. In: _____ (Org.). **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2006b. p.25-71.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987. Disponible em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/introduccion-a-la-metodologia-de-las-ciencias-juridicas-y-sociales--0>> Acceso em: 12 ago.2012.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht). Mauerschützen. BVerfGE 95,96. Versão abreviada da tradução de Eduardo R. Soderó. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2006. p.73-99.

ALEXY, Robert. A discourse-theoretical conception of practical reason. **Ratio Juris**. v.05, n.3, p. 231-251, dez. 1992.

_____. Justification and Application of Norms. **Ratio Juris**, v.06, n.2, p.157-170, jul. 1993.

_____. La tesis del caso especial. Tradução de Isabel Lifante. **Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política**, n.21, p.23-35, 1999. Disponible em: <<http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/issue/view/4>>. Acceso em: 02 set. 2012.

_____. **The argument from injustice**: a reply to legal positivism. Tradução de Stanley L. Paulson e Bonnie Litschewski Paulson. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**, v.16, n.2, p. 131-140, jun. 2003.

BORDA, Luis Villar. Presentación. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **La pretensión de corrección del derecho**: la polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral. Tradução de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p.11-14.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, vol. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, vol. II. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

PAULSON, Stanley L. Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the "Positivist" Theses. **Law and Philosophy**, Holanda, v.13, n.3, Special Issue on Lon Fuller, 1994.

PROFESSOR Robert Alexy erhält da Verdienstkreuz a. Klasse. Disponível em: <<http://www.uni-kiel.de/aktuell/pm/2010/2010-066-alexey-verdienstkreuz.shtml>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão**: Veredas. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Presentaciones Nros. 34044/96, 35532/97 y 44801/98. Tradução do inglês de Eduardo R. Soderó. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2006. p.101-133.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Presentación Nro. 37201/97. Tradução de Maximiliano Marzetti e revisão de Eduardo R. Soderó. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2006. p.135-166.