

ENTRE O NÃO-POSITIVISMO E O POSITIVISMO JURÍDICO: NOTAS SOBRE O CONCEITO DE DIREITO EM ROBERT ALEXY*

FELIPE OLIVEIRA DE SOUSA**

RESUMO: Esse texto procura discutir a contribuição que Robert Alexy deu ao corrente debate sobre o tema das possíveis relações entre Direito e Moral. Esse propósito se justifica por ser a contribuição de Alexy uma das mais importantes disponíveis na discussão contemporânea. Para tanto, o texto segue dividido em duas partes centrais. No item 2, procedo a uma reconstrução das principais teses e argumentos que Alexy desenvolveu em seus mais recentes escritos sobre o conceito de Direito. No item 3, discuto as objeções que Joseph Raz e Eugenio Bulygin recentemente formularam aos argumentos de Alexy. Com base nessa discussão, busco mostrar que, ao contrário do que muitos possam pensar, há mais pontos de convergência que de divergência entre o positivismo jurídico e o não-positivismo.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo Jurídico; Não-positivismo; Injustiça Extrema.

ABSTRACT: This paper aims at discussing Robert Alexy's contribution to the current debate about the possible relations between law and morality. Alexy's contribution is one of the most important available in contemporary discussion. This paper is divided in two main parts. At the second item, I propose a reconstruction of the main theses and arguments Alexy developed in his most recent writings on the concept of law. At the third item, I discuss the objections Joseph Raz and Eugenio Bulygin recently formulated to Alexy's arguments. Following this discussion, I try to show that, despite some would think, there are more points of convergence than of divergence between legal positivism and non-positivism.

KEYWORDS: Legal Positivism; Non-positivism; Extreme Injustice.

Artigo recebido em 9.08.2010. Pareceres emitidos em 21.12.2010 e 17.02.2011.

Artigo aceito para publicação em 12.04.2011.

* Agradeço a Robert Alexy por sua atenção, quando, em Abril de 2007, tive a oportunidade de discutir com ele os argumentos apresentados nesse texto. Agradeço também ao professor Marcelo Guerra da Universidade Federal do Ceará (UFC), que tornou possível minha visita a Kiel (Alemanha), e que foi meu orientador em época de Graduação. Gostaria também de agradecer a Eugenio Bulygin, por ter gentilmente cedido um manuscrito seu inédito sobre os argumentos aqui discutidos.

** Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre. Doutorando em Direito pela UFRGS. Pesquisador associado ao grupo "Direito e Filosofia" do CNPq.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Uma breve reconstrução do conceito de Direito em Alexy; 2.1 Sobre a conexão entre o Direito e a Moral: teses e tipos de argumentos possíveis; 2.2 Traçando um quadro conceitual; 2.2.1 A distinção entre conexão classificativa e qualificativa; 2.2.2 O sistema jurídico a partir de dois pontos de vista: o observador e o participante; 2.3 Por um conceito não-positivista de Direito: os três argumentos; 2.3.1 O argumento da correção; 2.3.2 O argumento da injustiça (a fórmula de Radbruch); 2.3.3 O argumento dos princípios; 3. As objeções de Raz e Bulygin; 3.1 A crítica de Raz; 3.2 A crítica de Bulygin; 3.3 Um balanço das críticas: a aproximação entre o não-positivismo e o positivismo; Referências.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. A brief reconstruction of the concept of law in Alexy; 2.1 On the connection between Law and Morality: theses and kinds of possible arguments; 2.2 Tracing a conceptual frame; 2.2.1 The distinction between classificatory and qualificatory connections; 2.2.2 Legal system viewed from two points of view: observer and participant; 2.3 Towards a non-positivist concept of law: three arguments; 2.3.1 The argument from correctness; 2.3.2 The argument from injustice (Radbruch's formula); 2.3.3 The argument from principles; 3. The objections of Raz and Bulygin; 3.1 Raz' criticism; 3.2 Bulygin's criticism; 3.3 An overview of criticisms: the approximation between non-positivism and positivism; References.

1. INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais controversos de toda a evolução histórica da Filosofia do Direito é o que concerne às relações possíveis entre Direito e Moral. É o Direito apenas uma parte da Moral, ou é o Direito um sistema normativo autônomo que, não tendo nenhuma conexão conceitualmente necessária com a Moral, pode ter qualquer conteúdo? Investigar essa intrigante questão é investigar o próprio conceito de Direito. Pode-se traçar uma distinção entre duas posições básicas: a positivista e a não-positivista. Ambas têm em comum, de um ponto de vista genérico, a pretensão de explicar o conceito de Direito e, assim, de explicar aquilo que pode ser tido como essencial e necessário acerca do Direito em toda e qualquer comunidade que possua um sistema jurídico. Em outras palavras, elas compartilham a pretensão de oferecer uma explicação universal do Direito.

Aqueles que defendem um conceito positivista de Direito sustentam a *tese da separação*. Em termos gerais, essa é a tese de que não há nenhuma conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral, ou de que a definição do conceito de Direito deve ser elaborada de forma a não se incluírem elementos morais, ou de que o que um sistema jurídico é pode ser identificado sem se recorrer a argumentos morais. As teorias positivistas, basicamente, procuram defender a visão de que não se deve confundir o que o Direito é com aquilo que o Direito deve ser, ou seja, de que não se deve confundir o que o Direito comanda, proíbe ou permite, com aquilo que valores como a justiça e a equidade demandam. Já aqueles que defendem um conceito não-positivista de Direito sustentam a *tese da conexão*. Em termos gerais, essa é a tese de que a definição do conceito de Direito deve ser elaborada de forma a se incluírem elementos morais, ou de que o que um sistema jurídico é *não* pode ser identificado, pelo menos em algumas situações, sem se recorrer a argumentos ou valores morais. A inclusão ou não de

elementos morais no conceito de Direito é o que, precisamente, parece delinear, senão a principal, uma das principais diferenças entre o positivismo e o não-positivismo.

A despeito dessa distinção aparentemente clara e inconfundível, é possível detectar, ao longo da história do pensamento jurídico, muitas versões bastante divergentes entre si tanto dentro do positivismo jurídico, como dentro do não-positivismo, dependendo das distinções e dos elementos que se adotem para a definição do conceito de Direito. O que talvez reste de comum a todas elas sejam as teses genéricas tais quais enunciadas acima. Advirta-se, porém, que até mesmo essas teses podem variar. A título de exemplo, pode-se fazer uma distinção entre positivismo (ou não-positivismo) *forte* e *fraco*. Quando se defende a tese da separação (positivismo jurídico), é possível sustentar, pelo menos, duas versões diferentes da mesma tese: uma versão forte, a de que a Moral está necessariamente excluída do conceito de Direito; e uma versão fraca, a de que a Moral, apesar de não estar necessariamente excluída, não está conectada de forma conceitualmente necessária, sendo tal conexão uma questão contingente, a depender daquilo que vem enunciado no Direito positivo¹. Pode-se traçar distinção semelhante dentro do não-positivismo. Quem sustenta a tese da conexão pode defender, pelo menos, duas versões distintas: uma versão forte, a de que todo e qualquer texto legislativo injusto (imoral) é juridicamente inválido, dada a conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral; e uma versão fraca, a de que um texto legislativo injusto somente é juridicamente inválido quando ultrapassa um certo nível tolerável de injustiça. Outra distinção possível relativa à tese da conexão é a seguinte: uma versão forte, que sustenta a existência de uma conexão necessária entre o Direito e uma Moral *correta* ou *adequada*; e uma versão fraca, que sustenta a existência de uma conexão necessária entre o Direito e *alguma* Moral.

Essa discussão, apesar de eminentemente filosófica, possui uma relevância prática inegável. É que, em sendo o debate acerca do conceito de Direito um debate sobre o que o Direito é, torna-se imprescindível a qualquer jurista definir claramente qual posição defender. Nos casos fáceis, a clareza dessa posição não parece ser tão exigida e, muito comumente, essa posição é mesmo tomada como óbvia, trivial, ou sem maior importância. Nos casos fáceis, as soluções que são exigidas se situam no campo do “puramente jurídico” ou do “puramente técnico”, no sentido de não dependerem de argumentos morais para serem justificadas como juridicamente corretas. Nos casos difíceis, isto é, nos casos em que ocorrem lacunas e conflitos entre normas (sobretudo de princípios em rota de colisão) ou em que se tomam decisões *contra legem*, resta incontestável a necessidade de posicionar-se claramente acerca de qual conceito de Direito é correto. Nos casos difíceis,

¹ Essa distinção entre positivismo jurídico “forte” e “fraco” pode ser encontrada, na literatura, sob a dicotomia “exclusivo” e “inclusivo”. Veja, p.ex.: TORRE, Massimo La. On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: “Exclusive” versus “Inclusive”. Em *Ratio Juris* 19, 2006: pp. 197-216; e ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. Em *Ius et Lex*, 2006a: pp. 31-51.

soluções “puramente jurídicas” ou “puramente técnicas” não são suficientes, pois há uma exigência (que, advirta-se, parece ser, para alguns, uma exigência *jurídica*) do uso de argumentos morais para justificá-las como soluções juridicamente corretas.

Dada a dificuldade em se traçar uma distinção precisa entre o positivismo e o não-positivismo e, assim, entre as possíveis relações entre Direito e Moral, qualquer análise detida do tema exigiria muito mais daquilo que será proposto no presente texto. Como o próprio título deste trabalho já indica, tenho neste texto um propósito bastante específico: analisar criticamente a contribuição que Robert Alexy deu ao corrente estágio do debate sobre o tema. Tal propósito se justifica por ser a contribuição de Alexy uma das mais importantes disponíveis na discussão contemporânea. Este estudo está dividido em duas partes centrais. No item 2, procedo a uma reconstrução das principais teses e argumentos que Alexy desenvolveu em seus mais recentes escritos sobre o conceito de Direito. No item 3, discuto algumas críticas recentes de dois importantes autores do positivismo jurídico, Joseph Raz² e Eugenio Bulygin³, contra alguns dos argumentos de Alexy. No final do texto, faço um balanço dessas críticas, e concluo que, ao contrário do que muitos possam pensar, há mais pontos de convergência que de divergência entre as posições positivista e não-positivista para o conceito de Direito.

2. UMA BREVE RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO EM ALEXY

Procedo, nesta seção, a uma reconstrução dos pontos mais relevantes para uma compreensão clara daquilo que Alexy sustentou em alguns de seus mais recentes escritos sobre o conceito de Direito. Alexy, de um lado, tenta refutar a tese da separação, tal como foi enunciada acima, e, de outro lado, busca defender uma certa versão do conceito não-positivista de Direito (ou seja, uma certa versão da tese da conexão)⁴.

2.1 Sobre a conexão entre o Direito e a Moral: teses e tipos de argumentos possíveis

O debate sobre as relações entre Direito e Moral se refere ao debate sobre a (in-)existência de uma conexão necessária entre o Direito e a Moral. Há, de acordo com Alexy, dois tipos de necessidade: a *necessidade conceitual* e a *necessidade normativa*⁵.

² Cf. RAZ, Joseph. *The Argument From Justice or How not to Reply to Legal Positivism* (2009).

³ Cf. BULYGIN, Eugenio. *Alexy between Positivism and Non-Positivism* (manuscrito inédito gentilmente cedido pelo autor).

⁴ A maior parte dos argumentos de Alexy podem ser encontrados em seu *Begriff und Geltung des Rechts*. Essa obra está disponível em língua inglesa e em língua espanhola. Veja: ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Alber: Alber, 2002; _____. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Clarendon, 2004; _____. *El Concepto y la Validez del Derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa, 2004. Recentemente, saiu uma tradução em português: _____. *O Conceito e a Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵ Cf. ALEXY, Robert (2002): pp. 20-3.

No que diz respeito à necessidade conceitual, existem, basicamente, três possibilidades para uma conexão entre Direito e Moral: a de que ela é *conceitualmente impossível*; a de que ela é *apenas conceitualmente possível*, ou seja, de que *não é conceitualmente necessária*; e a de que é *conceitualmente necessária*. Quem sustenta a tese de que não há nenhuma conexão conceitualmente necessária entre Direito e Moral teria de sustentar alguma versão da tese da separação (positivismo jurídico), já que "...se uma conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral existe, então não se pode dizer que a definição do Direito exclui elementos morais"⁶. Segundo Alexy, se se demonstra que existe uma conexão conceitualmente necessária ou que, pelo menos, é impossível sustentar a inexistência de uma conexão conceitualmente necessária, há um espaço favorável para sustentar versões não-positivistas, as quais, ressalte-se, não precisam necessariamente sustentar que há uma conexão necessária, podendo apenas defender a tese de que essa conexão é somente *possível*. Essa posição é assegurada a um não-positivista porque ainda lhe restam argumentos normativos para sustentar que "...a definição do conceito de Direito inclui elementos morais"⁷. Em contraposição, um positivista que não sustentasse a inexistência de uma conexão conceitualmente necessária estaria, pelo menos, reconhecendo a possibilidade dessa conexão, fato que, segundo Alexy, enfraqueceria a sua versão positivista (seja qual fosse a versão).

No que diz respeito à necessidade normativa⁸, pode-se dispor de argumentos normativos para sustentar tanto uma separação, como uma conexão. Sustenta-se uma necessidade normativa, p.ex., quando para a realização de certo fim ou objetivo é necessário que se inclua ou que se exclua elementos morais do conceito de Direito. É um argumento normativo, p.ex., aquele que sustenta que "...somente a tese da separação leva à clareza linguística e conceitual ou assegura a certeza jurídica..."⁹. Em outras palavras, esse é um argumento normativo porque confere uma razão para justificar (moralmente) a separação entre o Direito e a Moral. Outro argumento normativo, bastante usado no jusnaturalismo clássico¹⁰, é o de que a legalidade e a eficácia do ordenamento jurídico de uma comunidade devem ser justificadas pelo fim do bem comum. Esse argumento, pelo contrário, oferece uma razão para justificar moralmente a conexão entre Direito e Moral.

A tese que Alexy sustenta é a seguinte:

⁶ *Ibidem*: p. 21.

⁷ *Id. Ibidem*.

⁸ Alexy escreve que a necessidade normativa é uma necessidade apenas num sentido amplo: "...that something is normatively necessary means nothing other than that it is commanded. One can, without contradicting oneself, challenge the validity of a command but not the existence of a conceptual necessity..." (*Id. Ibidem*)

⁹ *Ibidem*: p. 22.

¹⁰ Para uma versão contemporânea desse argumento: FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights* (1980).

“Primeiro, há uma conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral, e, segundo, há argumentos normativos para incluir elementos morais no conceito de Direito, argumentos que, em parte, fortalecem e que, em parte, vão mais além da conexão conceitualmente necessária. Há, em resumo, conexões conceitualmente e normativamente necessárias entre o Direito e a Moral.”¹¹

Alexy sustenta a posição de que há uma conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral através do argumento da correção, e reforça essa tese dispondo de um argumento que marca a *necessidade normativa* da conexão entre Direito e Moral, o argumento da injustiça (item 2.3). Adiante que esses dois argumentos definidores da versão não-positivista de Alexy podem ser colocados da seguinte forma:

(a) o argumento da necessidade conceitual: para Alexy, “...a pretensão de correção é um elemento [conceitualmente] necessário do conceito de Direito”¹². Uma versão desse argumento pode ser formulada assim: o legislador, ao produzir um texto legislativo, *pretende* que esse texto seja *correto* (ou seja, *justo*), ainda que tal pretensão não implique necessariamente que esse texto *tenha de expressar necessariamente um certo conteúdo*. Isso é assim porque a pretensão de correção é um elemento constitutivo do conceito de “legislador” (item 2.3.1)

(b) o argumento da necessidade normativa: por mais que o texto legislativo *não tenha de expressar necessariamente um certo conteúdo*, a pretensão de correção criada pelo legislador implica que o texto legislativo *necessariamente não expresse um certo conteúdo*, aquele conteúdo que ultrapassa um nível “tolerável” de injustiça, ou seja, aquele conteúdo que configura uma *injustiça extrema*. Em resumo: para Alexy, normas ou sistemas jurídicos extremamente injustos não são Direito (item 2.3.2)¹³.

2.2 Traçando um quadro conceitual¹⁴

2.2.1 A distinção entre conexão classificativa e qualificativa

Como se viu, Alexy sustenta a tese de que não há somente uma conexão conceitualmente necessária, mas também uma conexão normativamente necessária entre o Direito e a Moral. Alexy propõe uma distinção entre duas conexões: a classificativa e a qualificativa. A conexão classificativa sustenta que normas ou sistemas de normas, ao não se conformarem com certo

¹¹ No original: “first, there is a conceptually necessary connection between law and morality, and, second, there are normative arguments for including moral elements in the concept of law, arguments that in part strengthen and in part go beyond the conceptually necessary connection. In short, there are conceptually necessary as well as normatively necessary connections between law and morality.” (Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 23).

¹² *Ibidem*: p. 34.

¹³ Ambos argumentos podem ser considerados não somente para o caso do legislador, mas também para o caso dos operadores e aplicadores do Direito em geral, e, em especial, dos juizes.

¹⁴ Todas essas definições podem ser encontradas de forma mais completa em: ALEXY, Robert (2002): pp. 23-7.

critério moral, deixam de ser normas ou sistemas jurídicos, i.e. *perdem a sua validade jurídica, e tornam-se juridicamente inválidos*. A segunda é a conexão qualificativa. Ela sustenta que normas ou sistemas de normas, ao não se conformarem com um certo critério moral, não deixam de ser normas ou sistemas jurídicos, já que se tornam apenas normas ou sistemas *juridicamente defeituosos*. Em outros termos: normas ou sistemas de normas, ao não se conformarem com certo critério moral, *não* perdem a sua validade jurídica, uma vez que seguem sendo juridicamente válidos. Para Alexy, esse defeito não é somente um defeito moral, mas também um defeito *jurídico*.

Essa distinção, como se verá ao longo do texto, é importante para a articulação das posições centrais do não-positivismo alexyano. Alexy utiliza essa distinção para mostrar o seguinte: (a) "...um sistema de normas que não cria [, em nenhum sentido,] uma pretensão de correção não é um sistema jurídico..." (conexão classificativa); (b) "...sistemas jurídicos que, de fato, criam essa pretensão mas falham em cumpri-la são sistemas juridicamente defeituosos..." (conexão qualificativa)¹⁵; (c) normas ou sistemas de normas que são extremamente injustos são juridicamente inválidos, ou seja, não é todo defeito moral que implica a invalidade jurídica, mas somente aquele defeito que corresponde a uma injustiça extrema (conexão classificativa); (d) normas ou sistemas jurídicos que não são extremamente injustos são juridicamente defeituosos (conexão qualificativa)¹⁶.

2.2.2 O sistema jurídico a partir de dois pontos de vista: o observador e o participante

A distinção entre dois pontos de vista a partir dos quais se pode compreender um sistema jurídico é de especial relevância. Há variantes dessa distinção em autores como Hart¹⁷ e Maccormick¹⁸. Apesar de alguns pontos de semelhança, Alexy sustenta uma distinção que difere das visões desses dois autores.

O ponto de vista do participante, para Alexy, pode ser definido como o de quem se questiona sobre *como decidir corretamente acerca do que é*

¹⁵ Alexy escreve: "...a system of norms that neither explicitly nor implicitly makes a claim to correctness is not a legal system. In this respect, the claim to correctness has a classifying significance. Legal systems that do indeed make this claim but fail to satisfy it are legally defective legal systems. In this respect, the claim to correctness has a qualifying significance..." (*Ibidem*: p. 36).

¹⁶ No contexto da aplicação do Direito, o fato de que uma norma é *juridicamente defeituosa* é uma razão para não aplicá-la, sobretudo quando exista outra norma que possa ser aplicada no caso e que não seja moral e juridicamente defeituosa. Isso é o mesmo que dizer que o defeito jurídico de uma norma constitui uma *razão que pesa contra* a sua aplicação nos casos concretos.

¹⁷ Cf. HART, HLA (1994): pp. 65-8.

¹⁸ Cf. MACCORMICK, Neil (2008): pp. 43 e ss. Enquanto Hart sugere uma distinção entre ponto de vista interno e externo, Maccormick propõe uma distinção entre ponto de vista interno extremo, ponto de vista hermenêutico ou ponto de vista interno não-extremo (aquilo que Raz chama de ponto de vista não-comprometido) e ponto de vista externo. Não é possível aprofundar essas distinções aqui.

*comandado, proibido e permitido no sistema jurídico em questão*¹⁹. Alexy escreve: “a perspectiva do participante é adotada por quem, dentro do sistema jurídico, participa de uma disputa sobre o que é comandado, proibido e permitido nesse sistema jurídico...”²⁰. No centro da perspectiva do participante está o juiz, já que “...quando outros participantes – professores, advogados ou cidadãos interessados – propõem argumentos em favor ou contra certos conteúdos do sistema jurídico, eles se referem...a como um juiz teria de decidir...para decidir corretamente”²¹. Por sua vez, o ponto de vista do observador não é o ponto de vista de quem se questiona sobre o que é decidir corretamente dentro de um sistema jurídico, mas o de quem se *questiona sobre como as decisões são realmente tomadas nesse sistema jurídico*²².

Em texto recente, Alexy formula essa distinção de um modo claro: “...o contexto do participante é definido pela questão ‘é a resposta jurídica correta?’, o do observador pela questão ‘como as decisões jurídicas são realmente tomadas?’”. Ele segue afirmando que o que torna a perspectiva do participante distinta é que ela necessariamente se relaciona, ao menos nos casos de aplicação de princípios, com uma dimensão *ideal* do conceito de Direito: “...se a resposta de um participante à questão do que o Direito é – ao menos nos casos que não podem ser resolvidos por simples subsunção – implica considerações sobre o que o Direito deve ser, então ele tem de pressupor *um conceito de Direito que inclui não somente uma dimensão fática, mas também uma dimensão ideal*”²³.

Essa distinção merece destaque porque, como se verá no item 3, os argumentos propostos por Alexy para defender o seu não-positivismo geram conclusões distintas acerca de qual conceito de Direito escolher. Com efeito, ao compreender-se os argumentos a partir do ponto de vista do observador, é possível admitir a tese da separação sem maiores problemas. Alexy afirma, por exemplo, que “...desde o ponto de vista do observador, a inclusão de elementos morais no conceito de Direito não é, em nenhum sentido, conceitualmente necessária...”²⁴, e que “...desde a perspectiva de um observador...a tese positivista da separação é correta”²⁵. Quando se toma o sistema jurídico a partir do ponto de vista do participante, a situação é bastante diferente. Alexy enuncia que, desde a perspectiva do participante, “...a tese da separação não é adequada, e a tese da conexão é correta”²⁶. Esse ponto será mais bem discutido em seguida, quando procedo à reconstrução dos argumentos de Alexy a partir do ponto de vista de um participante do sistema jurídico.

¹⁹ Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 25.

²⁰ *Id. Ibidem.*

²¹ *Id. Ibidem.*

²² *Id. Ibidem.*

²³ Cf. ALEXY, Robert (2007a): pp. 46-8.

²⁴ Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 29.

²⁵ *Ibidem*: p. 31.

²⁶ *Ibidem*: p. 35.

2.3 Por um conceito não-positivista de Direito: os três argumentos

Os três argumentos que serão apresentados compreendem os pontos centrais do raciocínio de Alexy em favor de uma versão não-positivista do conceito de Direito. O primeiro deles, o argumento da correção, serve de base para os outros dois argumentos, o argumento da injustiça e o argumento dos princípios. Como se verá, os três se complementam, no sentido de que o argumento da correção traça uma moldura que é completada com um argumento *normativo* (o argumento da injustiça), e com um argumento de método, o argumento dos princípios.

2.3.1 O argumento da correção

A breve reformulação desse argumento que sugeri no sub-item 2.1 será agora devidamente estendida. Em 2.1, tem-se que: (a) o legislador, ao produzir um texto legislativo, *pretende* que esse texto seja *correto* (ou seja, *justo*), ainda que tal pretensão não *necessariamente* implique que esse texto legislativo *tenha de expressar necessariamente um certo conteúdo* (pretensão de correção). É possível reestruturar (a) de modo a convertê-lo em um enunciado que parte não mais de uma pretensão do legislador, mas sim da pretensão de um juiz: (a.1) o juiz, ao tomar uma decisão judicial, *pretende* que essa decisão seja *correta* (ou seja, *justa*), ainda que tal pretensão não *necessariamente* implique que essa decisão judicial *tenha de expressar necessariamente certo conteúdo*. Com (a) e (a.1) se pode chegar a uma forma geral do argumento da correção: "...normas jurídicas individuais e decisões judiciais individuais, assim como sistemas jurídicos como um todo necessariamente criam uma pretensão de correção."²⁷

Para demonstrar (a) e (a.1), Alexy recorre à formulação de contradições performativas (*performative contradictions*). Um caso clássico dessa contradição é o do enunciado "O gato está no quarto, mas não creio que ele esteja lá"²⁸. Quem profere "O gato está no quarto" está comprometido com a proposição "(Eu creio) que o gato está no quarto" (atitude proposicional de verdade), mesmo quando o gato não está, de fato, no quarto. Com efeito, se o falante não estivesse comprometido com essa proposição, ou seja, se ele afirmasse "O gato está no quarto" crendo na proposição "O gato não está no quarto", seria possível a qualquer pessoa mentir sem nenhum controle. Se for possível verificar que o gato não está no quarto, então quem profere esse enunciado (crendo na sua verdade) incorre em um erro, e não em uma contradição ou em uma mentira. É parte do conceito de afirmação a ideia de que quando alguém afirma algo *pretende* que esse algo seja verdadeiro. Isso implica que quem afirma e, ao mesmo tempo, nega o que afirma incorre em uma falha *conceitual*, e não somente em uma falha técnica. Uma contradição performativa é uma contradição que ocorre quando se tomam expressões linguísticas

²⁷ No original: "...individual legal norms and individual legal decisions as well as legal systems as a whole necessarily lay claim to correctness." (Cf. ALEXY, Robert (2002): pp. 35-6).

²⁸ Cf. AUSTIN, John Langshaw. *Philosophical Papers* (1970).

como atos de fala (*speech-acts*), ou seja, enquanto usadas na realização de ações. Toda falha conceitual pode ser considerada como uma violação das regras constitutivas de atos de fala²⁹. Nesse sentido, é uma regra constitutiva do ato de fala da asserção a regra de que quem realiza esse ato tem de realizá-lo com a crença de que aquilo que é asserido tenha de ser asserível, ou seja, de que aquilo que é asserido possa ser verdadeiro. Alexy propõe os seguintes enunciados:

P(a): X é uma república soberana, federal e injusta

P(a.1): Condeno o acusado a prisão perpétua, ainda que eu creia que essa seja uma interpretação errada do Direito vigente.

Nesse linha argumentativa, P(a) falha por ser a pretensão de correção um elemento constitutivo do ato de promulgar uma Constituição. Alexy enuncia que "...a pretensão de correção [nesse caso, uma pretensão de justiça] está necessariamente conectada com o ato de promulgar uma Constituição...há uma contradição performativa se o conteúdo desse ato de promulgar uma Constituição nega a pretensão de justiça..."³⁰. De outra parte, P(a.1) falha não somente pelo fato de o juiz, ao fazê-lo, estar violando um conjunto de regras sociais e jurídicas, mas também porque em toda e qualquer decisão judicial é criada uma pretensão de que o Direito está sendo aplicado corretamente, mesmo quando tal pretensão não seja cumprida, ou seja mal cumprida. Alexy escreve que, nesse caso, "...a pretensão levantada pelo ato institucional de tomada de decisão [*sentencing*] contradiz o conteúdo da decisão"³¹. A falha conceitual presente em P(a) e P(a.1) resta, portanto, no fato de que a pretensão de correção é um *elemento constitutivo* do conceito de "Constituição" e do conceito de "decisão judicial". Há uma contradição entre o ato de promulgar uma Constituição e o ato de enunciar sentenças como "X é uma república injusta", e entre o ato de tomar uma decisão judicial e o ato de enunciar sentenças como "Condeno X à prisão perpétua, mas creio que essa condenação é uma interpretação errada do Direito vigente".

A tentativa de Alexy com o argumento da correção é, sobretudo, mostrar que um participante de um sistema jurídico, quando formula proposições sobre esse sistema jurídico, sempre levanta uma pretensão de que essas proposições sejam corretas. O argumento da correção, ressalte-se, não é suficiente para demonstrar a tese da conexão, já que "...um positivista pode sustentar o argumento da correção e mesmo assim defender a tese da separação"³². Ele pode argumentar que a pretensão de correção não pode implicar uma conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral, já que essa pretensão tem um conteúdo trivial sem implicações morais.

²⁹ Para o conceito de regras constitutivas, veja, por todos: SEARLE, John. *Speech Acts* (1969).

³⁰ Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 38.

³¹ *Ibidem*: p. 39.

³² *Id. Ibidem*.

Para responder essa objeção, o próximo passo de Alexy é aduzir razões para demonstrar que essa pretensão de correção tem implicações morais (a parte *normativa* de seu raciocínio). Uma vez demonstradas a necessidade conceitual da pretensão de correção e as implicações morais que dela seguem, resta também demonstrada a sua tese da conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral.

2.3.2 O argumento da injustiça (a fórmula de Radbruch)

No item 2.1, formulei, de modo preliminar, um possível enunciado para o argumento da injustiça: (b) por mais que o texto legislativo *não tenha de expressar necessariamente um certo conteúdo*, a pretensão de correção criada pelo legislador implica que o texto legislativo *necessariamente não expresse um certo conteúdo*, aquele conteúdo que ultrapassa um nível “tolerável” de injustiça, i.e. aquele conteúdo que configura uma *injustiça extrema*. Nesse modo de formular o argumento, a conexão entre a pretensão de correção do Direito e a vedação normativa da injustiça extrema fica explícita. Alexy escreve que “...no caso da injustiça extrema, o problema ético é também um problema jurídico...”, e, desse modo, o argumento da injustiça extrema se refere a “...uma tese substantiva...que somente pode ser atacada com argumentos substantivos...”³³. Enquanto a pretensão de correção é um argumento *conceitual*, o argumento que procede da injustiça extrema é um argumento *normativo* e, portanto, é um argumento que propõe um elemento para a justificação moral do conceito de Direito³⁴. Para formular esse argumento, Alexy dispõe de uma estratégia mais detalhada, buscando superar algumas objeções prévias que foram feitas ao argumento da injustiça extrema na versão de Radbruch. Aqui não é possível dar conta dessa discussão por completo, e limito-me a marcar o que é mais relevante para os objetivos deste texto³⁵. O argumento da injustiça pode ser aplicado, a partir do ponto de vista de um participante, tanto a *normas singulares*³⁶ como a *sistemas jurídicos* como um todo, e o argumento se apresenta de um modo distinto dependendo do ponto de partida.

No que diz respeito à aplicação desse argumento a normas singulares, o primeiro ponto relevante é que, na versão alexyana da fórmula de Radbruch, uma norma singular não perde seu status “jurídico” se ela é somente injusta. Ela o perde apenas quando a injustiça alcança um nível intolerável. Um grupo de objeções a esse argumento se refere ao que se pode chamar de objeções provenientes do *relativismo*. Em geral, dentro desse grupo se pode encontrar: (i) a crítica mais radical de que não é somente difícil identificar os limites entre

³³ Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 45.

³⁴ Isso, ressalte-se, não quer dizer que a pretensão de correção não possa servir como uma instância crítica para valorar argumentos normativos, como é o argumento da injustiça.

³⁵ Para a discussão completa, veja: ALEXY, Robert (2002): pp. 40 e seguintes.

³⁶ Alexy usa o termo “normas individuais”. Creio que, por uma questão de precisão terminológica, é mais claro usar o termo “normas singulares”, já que é possível valorar a injustiça (extrema) de normas singulares que podem ser tanto gerais como individuais.

a injustiça *simpliciter* e a injustiça extrema, na medida em que nenhuma noção de justiça pode ser racionalmente justificada ou objetivamente conhecida³⁷; (ii) a crítica menos radical de que esse argumento da injustiça (*simpliciter*) põe em xeque a certeza jurídica, uma vez que as normas singulares, em geral, perderiam totalmente sua força prática, ainda que fosse possível, partindo de uma perspectiva ou de outra, oferecer alguma justificação moral e racionalmente possível para a injustiça dessas normas³⁸; ou (iii) a crítica menos radical de que um conceito não-positivista de Direito que tenha como elemento constitutivo o argumento da injustiça corre o risco de legitimar acriticamente a não-aplicação do Direito legitimamente estatuído (argumento da efetividade).

Contra essas objeções provenientes do relativismo, é importante destacar que a posição de Alexy não é afirmar que uma norma somente é uma norma jurídica quando seu conteúdo corresponde à Moral, já que é somente afirmar que uma norma *não* é uma norma jurídica quando seu conteúdo ultrapassa um nível intolerável de injustiça, o da injustiça extrema. Nesse ponto, Alexy adere a uma tese *fraca* da conexão entre o Direito e a Moral, que é mais bem exposta por uma formulação negativa: "...[a tese fraca da conexão] enuncia que normas injustas e portanto imorais podem ser Direito"³⁹.

Essa formulação negativa de sua tese não-positivista afasta, p.ex., a objeção da legitimidade acrítica, na medida em que normas jurídicas imorais podem ser normas jurídicas. Isso garante um espaço, dentro da tese fraca, para a crítica acerca da *legitimidade moral* do Direito⁴⁰. A formulação negativa ainda afasta a objeção da incerteza jurídica, já que somente normas extremamente injustas não seriam consideradas como normas jurídicas. Alexy admite que, ainda que se suponha uma perda (mínima) de certeza jurídica com sua tese não-positivista, é preciso ter em conta que a certeza jurídica, apesar de ser um valor importante, não é o único valor relevante. É igualmente necessário considerar um valor como o da justiça material na configuração de um conceito correto de Direito⁴¹. Para responder à objeção relativista mais radical seria necessário demonstrar que é possível

³⁷ *Ibidem*: p. 53.

³⁸ Esse ponto pode ser mais bem formulado: essa é uma tese relativista não-radical, que, além de pressupor a possibilidade de justificar racionalmente alguma noção de justiça ou de injustiça extrema, pressupõe também que não há somente uma justificação possível, e que, assim, pessoas distintas podem discordar do que é ou não uma injustiça extrema sem que estejam sendo, ao mesmo tempo, irracionais ao defender suas posições. É o problema de como duas ou mais teses *incompatíveis* acerca da justificação racional da noção de justiça (ou de injustiça extrema) podem ser *igualmente válidas ou corretas*.

³⁹ Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 48.

⁴⁰ Alexy contrasta a tese fraca com uma tese forte: " 'uma norma é jurídica somente se é moral', o que é logicamente equivalente a 'se uma norma é jurídica, é moral'. Se o ponto de partida é essa versão [forte] da tese da conexão...então todo jurista que caracteriza uma norma como uma norma jurídica deve ao mesmo tempo classifica-la como moralmente justificada. Isso leva consigo o risco de uma legitimação acrítica do Direito..." (*Ibidem*: p. 47).

⁴¹ *Ibidem*: p. 52.

justificar racionalmente noções de justiça e, sobretudo, de injustiça extrema. Isso, em última instância, remeteria ao problema da possibilidade de justificar racionalmente juízos valorativos ou morais que, devido a sua extensão, não pode ser analisado aqui⁴².

No que diz respeito à aplicação do argumento da injustiça aos sistemas jurídicos como um todo, um argumento geral pode ser formulado do seguinte modo: um sistema de normas perde seu status “jurídico” se ele é, em geral (*by and large*), extremamente injusto. O problema é saber se esse sistema de normas se torna extremamente injusto se e somente se todas as normas desse sistema forem extremamente injustas, ou se pode ocorrer de o sistema ser em geral extremamente injusto quando somente algumas de suas normas forem extremamente injustas. A primeira hipótese não levanta nenhum ponto relevante para a discussão, já que é trivial que se todas as normas que compõem um sistema são extremamente injustas, esse sistema não pode ser considerado, a partir do argumento da injustiça extrema, um sistema jurídico. A segunda hipótese, porém, é mais interessante. Ela levanta a questão de quais normas do sistema necessitam ser extremamente injustas para que o sistema como um todo perca seu status de “sistema jurídico”. A sugestão mais plausível é que se as normas substantivas fundamentais desse sistema perdem seu status de “normas jurídicas”, então todas as demais normas do sistema também perdem esse status. Se é assim, então não seria possível sustentar a tese de que um sistema de normas é extremamente injusto se nenhuma de suas normas fosse extremamente injusta. Disso segue que a injustiça extrema de qualquer sistema de normas está sempre conectada com a injustiça extrema de, pelo menos, algumas de suas normas singulares, que é o caso central desse tipo de injustiça⁴³.

2.3.3 O argumento dos princípios

De início, Alexy propõe um argumento *empírico*, e o denomina de *tese da incorporação*: “...todo sistema jurídico que é ao menos minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios”^{44 45}. Se essa tese é plausível,

⁴² Alexy desenvolveu toda uma teoria para resolver esse tipo de problemas. Em geral, sua posição é a de que uma proposição como “A destruição física e material de uma minoria da população com fundamento na raça é injustiça extrema” pode ser justificada racionalmente, e uma proposição como “A destruição física e material de uma minoria da população com fundamento na raça não é injustiça extrema” não pode ser justificada racionalmente (Cf. ALEXY, Robert (2002): pp. 54-5). Para o desenvolvimento completo dessas ideias, veja: ALEXY, Robert. *Theorie der Juristischen Argumentation* (1978).

⁴³ Alexy escreve: “...applying the argument from injustice to a legal system as a whole does not lead to consequences that go beyond the consequences of applying the argument to individual norms” (Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 68).

⁴⁴ *Ibidem*: p. 71. Alexy também afirma que “...começando de um nível mínimo de desenvolvimento, todos os sistemas jurídicos necessariamente contêm princípios...essa é uma base suficiente para estabelecer...uma conexão necessária entre o Direito e a Moral...” (p. 74).

⁴⁵ Nesse ponto, Alexy pressupõe sua distinção entre princípios (mandamentos de otimização) e regras (mandamentos definitivos). No presente texto, não há espaço para discutir essa distinção. Veja: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (1985).

então segue outra tese, a *tese da Moral*: “de acordo com essa tese, [um sistema jurídico] necessariamente inclui princípios que pertencem a uma Moral...”⁴⁶, ou seja, da tese da incorporação segue a tese de que há uma conexão do Direito com *alguma* Moral. Por sua vez, se a aplicação desses princípios a casos concretos levanta uma pretensão de correção jurídica, e se pelo menos alguns desses princípios têm conteúdo moral, então “...a pretensão de correção jurídica necessariamente conectada com a decisão [de aplicar princípios a casos concretos] inclui uma pretensão de correção moral”⁴⁷. É essa última posição que permite Alexy defender uma tese forte da conexão necessária: há uma conexão necessária entre o Direito e a Moral correta ou adequada. Disso segue que (a) “...a pretensão de correção implica uma *pretensão de justificabilidade*...” que se refere à correção da decisão de um juiz “...nos termos de uma Moral justificável e, portanto, correta”⁴⁸; e que (b) “...[se] princípios que são..princípios morais estão incluídos no Direito, então o juiz que recorre a eles...está tomando sua decisão com base em *padrões jurídicos*...a decisão do juiz está baseada em razões jurídicas, mas, de acordo com seu conteúdo, está baseada em razões morais”⁴⁹.

Para concluir, é importante ressaltar que Alexy, ao enunciar (a) e (b), não sustenta que toda decisão jurídica individual “...necessariamente satisfaz a pretensão de correção moral...” ou que “...o Direito é sempre moralmente correto”. Isso implicaria a posição de que tudo que não é moralmente correto não é Direito. A posição de Alexy, nesse ponto, tem a ver com uma conexão qualificativa, e não classificativa. Alexy escreve que “...a pretensão de correção que está necessariamente conectada com o Direito, ao incluir uma pretensão de correção moral, é a razão pela qual, abaixo do limite da injustiça extrema, uma violação da Moral correta não leva...à perda do status jurídico, mas sim necessariamente à defeituosidade jurídica [*legal defectiveness*]”⁵⁰.

3. AS OBJEÇÕES DE RAZ E BULYGIN

Como já afirmei na Introdução, nesta seção discuto algumas das principais objeções que os argumentos de Alexy receberam de dois importantes autores da tradição do positivismo jurídico. No sub-item 3.1, faço uma reconstrução das principais críticas de Joseph Raz. No sub-item 3.2, trato da mais recente crítica que Eugenio Bulygin formula com a tentativa de refutar o raciocínio de Alexy. No sub-item 3.3, por fim, faço uma comparação geral da contra-argumentação desses dois autores, e observo que, ainda que ambos sigam linhas de argumentação distintas, elas se reforçam mutuamente como um foco

⁴⁶ Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 76.

⁴⁷ *Ibidem*: p. 77.

⁴⁸ *Ibidem*: p. 78. Alexy escreve: “Beyond the threshold of extreme injustice, there is broad agreement about what violates morality, but below this threshold, controversy prevails. This does not mean that, below the threshold, there are no standards whatsoever for what is just and what is unjust. The key is the claim to justifiability implicit in the claim to correctness...” (p. 79).

⁴⁹ *Ibidem*: p. 76.

⁵⁰ *Ibidem*: p. 79.

de resistência comum do positivismo jurídico não necessariamente contra aquilo que é essencial em uma posição não-positivista, ou não necessariamente contra o que é essencial na posição não-positivista de Alexy.

3.1 A crítica de Raz

a) A crítica de Raz começa pelo próprio título de seu texto. Enquanto o título da tradução inglesa do livro de Alexy é “*The argument from Injustice: a reply to legal positivism*”, o título do texto de Raz é “*The argument from Justice or How not to reply to legal positivism*”. Em termos gerais, Raz pretende mostrar que aquilo que Alexy julga identificar como a “tese da separação” do positivismo jurídico é uma tese que não é compartilhada nem pelo próprio Raz, nem por qualquer outro autor de relevância que se convencionou identificar como “positivista jurídico”.

Alexy formula a tese da separação sustentando que ela consiste na definição do conceito de Direito sem que nenhum elemento moral seja incluído. A primeira reconstrução sugerida por Raz é que, se nenhum elemento moral deve ser incluído na definição do conceito de Direito, então a tese formulada por Alexy é que nenhum conceito moral figure na definição de Direito. Se essa reformulação é válida, então o positivista que não admitisse em uma *definição* de Direito conceitos morais (o que quer que esses conceitos, de fato, sejam) estaria dentro da classe genérica do “positivismo jurídico” que formula Alexy. O próprio Raz não formulou nenhuma definição de Direito, e a sua argumentação em favor da natureza autorizante (*authoritative*) do Direito⁵¹ – ainda que se relacione com a posição de que o Direito necessariamente pretende ter autoridade legítima e de essa pretensão ser, para Raz, uma pretensão moral – em nenhum momento sustentou que uma *definição* de Direito inclui ou tem de incluir conceitos morais. Para ser exato, Raz, compartilhando a posição de Hart em *The Concept of Law* (1961), sequer crê que formular uma definição de Direito seja uma tarefa produtiva. A investigação sobre a natureza do Direito é, antes de mais nada, uma investigação sobre as propriedades *necessárias* e *essenciais* do Direito ou, se se prefere, do conceito de Direito. Isso não pressupõe sequer que uma definição do conceito de Direito seja possível. A tarefa é pouco produtiva, entre outras razões, porque um mesmo conceito pode admitir mais de uma definição igualmente válida, e porque pode ocorrer, inclusive, que um conceito não seja passível de nenhuma definição.

Outra tese que Alexy atribui às “teorias de tradição positivista” e que, segundo Raz, não é compartilhada por muitas dessas teorias é a tese da contingência, i.e. a tese que enuncia a existência de alguma conexão entre o Direito e a Moral, mas afirma que essa conexão é contingente, dependendo do que vem enunciado no Direito positivo⁵². Para Raz, o que há de comum

⁵¹ Veja, para o projeto raziano do Direito enquanto uma estrutura de autoridade: RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: OUP, 2009; _____. *Authority, Law and Morality*. Em *Ethics in the Public Domain*. Oxford: OUP, 1996: pp. 210-37.

⁵² Raz escreve: “há naturalmente um número indefinido de propriedades morais necessárias que o Direito de qualquer país deve ter...” (Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 318).

na tradição do positivismo jurídico é a tese de que determinar o que o Direito é não depende necessariamente ou conceitualmente de considerações morais ou valorativas⁵³. Nesse ponto, Raz admite que essa tese comum no positivismo jurídico é uma tese sobre a possibilidade de *identificar* aquilo que o Direito é (aquilo que um sistema jurídico comanda, proíbe ou permite) sem recorrer a valores morais, e não uma tese sobre o que o Direito deve ser, tendo em conta certas circunstâncias^{54 55}.

b) Raz encontra uma dificuldade em compreender a distinção de Alexy entre a perspectiva do participante e do observador. Como se viu, Alexy toma a perspectiva do participante como a de alguém que participa, *dentro do sistema jurídico*, de uma disputa sobre o que é comandado, proibido e permitido nesse sistema jurídico; e toma a perspectiva do observador como a de alguém que pergunta sobre como as decisões são realmente tomadas em certo sistema jurídico. Para Raz, não está claro, primeiro, o que significa participar de uma disputa e, segundo, o que significa participar de uma disputa dentro do sistema jurídico. Um japonês que, p.ex. -, não sendo naturalizado brasileiro e não compartilhando nenhum conhecimento mais próximo da cultura jurídica brasileira, - escrevesse um texto criticando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal por não estar de acordo com uma interpretação que ele considera mais adequada das leis brasileiras, estaria ou não participando de uma disputa *dentro do sistema jurídico brasileiro*? Ou a perspectiva do participante deve ser tomada de modo mais estrito, somente para o caso de um advogado que, p.ex. formula a mesma linha de argumentação do crítico japonês, mas para defender um cliente em um Tribunal no Brasil?

Raz sustenta que não haveria qualquer distinção relevante entre essas duas situações e admite que, na ausência de uma melhor explicação de Alexy, "...a perspectiva do participante [de Alexy] não tem nada a ver com a participação em disputas"⁵⁶. Raz identifica um problema similar com a definição de Alexy sobre a perspectiva do observador. A dúvida é se compartilhar a perspectiva do observador é somente compartilhar uma perspectiva que deve ser efetivamente adotada por alguém que busque a resposta da questão sobre como as decisões são realmente tomadas, ou se para compartilhar dessa perspectiva alguém precisa somente formular a pergunta sobre como

⁵³ Para uma versão dessa tese: MARMOR, Andrei (2001): p. 71.

⁵⁴ Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 319.

⁵⁵ Ressalte-se que Alexy é o único autor contemporâneo que tenta formular uma autêntica definição do conceito de Direito (Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 127). Alexy admite que, consistindo a natureza do Direito em suas propriedades necessárias, "...toda definição do conceito de Direito corre o risco de falhar em identificar essas propriedades adequadamente...alguém pode nunca estar seguro sobre se uma definição é correta ou não, mesmo se ela captura perfeitamente o nosso uso da linguagem...". Mesmo com essa matização, Alexy assume que essas propriedades, para que sejam compreendidas como propriedades necessárias de um mesmo conceito, têm de ser dispostas de um modo *sistemático*, e alguma definição do conceito de Direito pode ser útil para preencher essa necessidade (Cf. ALEXY, Robert (2007a): p. 42).

⁵⁶ Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 321.

as decisões são realmente tomadas. Para Raz, Alexy tampouco oferece qualquer caminho de resposta para esse problema. Isso o faz admitir que compartilhar dessas perspectivas é somente "...endossar proposições ou visões sobre o que o Direito é ("perspectiva do participante") ou sobre como as Cortes realmente decidem os casos ("perspectiva do observador")"⁵⁷.

c) No que diz respeito à tese da correção de Alexy, Raz identifica uma primeira dificuldade: a de tomar a pretensão de correção, seja no Direito como um todo, seja nas normas e decisões judiciais, como algo que é específico do conceito de Direito. Para Raz, a tese da correção de Alexy deve estar ancorada em uma tese mais geral de que toda ação intencional levanta, nas circunstâncias em que ela é realizada, uma pretensão de ser uma ação *correta* enquanto ação de seu tipo (um agente que promete algo pretende que a sua ação linguística seja reconhecida como uma promessa e não como um conselho ou uma ordem, p.ex.)⁵⁸. A leitura "jurídica" dessa tese geral é que uma das descrições possíveis daquilo que o Direito é corresponde à leitura de que o Direito é um produto de ações humanas intencionais, e, portanto, todas aquelas propriedades que são típicas das ações intencionais também o são do Direito enquanto produto dessas ações. Assim, a pretensão de correção das ações intencionais não seria algo específico do Direito, e, portanto, não seria algo que identifica uma propriedade específica do conceito de Direito.

Uma segunda dificuldade levantada por Raz, e que é também levantada por Bulygin (ver item 3.2), é que a tese da correção, no modo como Alexy a sustenta, relaciona-se com uma pretensão de que o Direito seja *moralmente correto*. Alexy, em alguns fragmentos de seu texto, usa a expressão "pretensão de justiça" (*claim to justice*)⁵⁹, que talvez seja uma expressão mais adequada se se quer mostrar algo de específico acerca do conceito de Direito⁶⁰. Ademais, deve notar-se que a tese da correção não pode ser usada como uma estratégia para refutar alguma posição positivista. O próprio Alexy admite que sua tese da correção não é incompatível com uma posição positivista do conceito de Direito. "Um positivista pode endossar o argumento da correção e mesmo assim insistir na tese da separação... [pode] sustentar que a pretensão de correção, tendo conteúdo trivial sem implicações morais, não pode conduzir a uma conexão conceitual entre o

⁵⁷ *Ibidem*: p. 322.

⁵⁸ Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 324. Raz escreve que "...se um agente age intencionalmente e se se demonstra que ele agiu inapropriadamente...ou de algum outro modo que tenha agido como não deveria ter agido, ele deve, uma vez convencido de seu erro, crer que não deveria ter agido como agiu, sob pena de irracionalidade. Nesse sentido, toda ação intencional 'pretende', isto é, compromete o agente à sua própria correção".

⁵⁹ Cf. ALEXY, Robert (2002): pp. 37-8.

⁶⁰ O próprio Raz sustenta essa posição: "...se o Direito está comprometido com padrões de justiça isso segue da natureza do Direito, não da natureza da atividade propositiva. Segue que nada pode ser aprendido da tese da correção sobre a natureza do Direito..." (Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 326).

Direito e a Moral...”⁶¹. Isso é assim, em parte, porque a tese da correção, ainda que não seja uma tese vazia, é uma tese *formal*, que estabelece “uma verdade conceitual”, e que somente “...marca a natureza da atividade propositiva...”⁶².

d) Considere, agora, um enunciado do argumento da injustiça em Radbruch: “O conflito entre justiça e certeza jurídica pode ser bem resolvido do seguinte modo: o Direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando seu conteúdo é injusto e inapropriado, a menos que o conflito entre a lei e a justiça alcance um nível intolerável a ponto de a lei, enquanto “lei ilegal”, ceder à justiça”⁶³. Nesse enunciado se pode identificar uma ambiguidade relevante. De um lado, pode-se admitir que a Corte tem um dever de não aplicar uma disposição legislativa se essa disposição é extremamente injusta. Essa interpretação da fórmula de Radbruch é compatível com a tradição das teorias positivistas se com “dever de não aplicar uma disposição legislativa” se designa um *dever moral*, e não um dever jurídico. Por outro lado, pode-se admitir que o Direito necessariamente contém uma norma jurídica que enuncia que as Cortes *devem* não aplicar leis extremamente injustas. Essa última interpretação da fórmula de Radbruch pode ser compreendida de duas maneiras: a primeira é a tese de que todo sistema jurídico contém ou deve conter uma regra enunciando que leis extremamente injustas não são Direito; e a segunda é a tese de que todo sistema jurídico contém ou deve conter uma regra (jurídica) ordenando que os juízes devem não aplicar regras (extremamente) injustas mesmo se elas forem “jurídicas”. Essas duas maneiras de interpretar a fórmula de Radbruch designam propriedades *contingentes* dos sistemas jurídicos, ainda que afirmem que são propriedades que um sistema jurídico deve ter (leia-se: propriedades que é *bom ou desejável* que um sistema jurídico tenha).

Raz sustenta a segunda interpretação quando escreve: “Se assumimos que a regra que confere poder às Cortes para afastar leis extremamente injustas pode existir em alguns sistemas jurídicos e não existir em outros, então sua existência pode somente ser um *problema de fato social*...”⁶⁴. Ele também afirma que essa é a posição de Alexy, a qual “...só mostra que o Direito inclui tais elementos [morais], ou seja, que o Direito *pode* incluir uma norma que estabeleça que leis extremamente injustas são inválidas se, por exemplo, a legislatura aprova uma lei para esse efeito...o conceito de Direito não necessita incluir nada mais além de que o Direito é aquilo que a legislatura legisla”⁶⁵. Com efeito, Alexy, ao afirmar que os juízes deixam ou podem deixar de aplicar leis extremamente injustas com base em *razões jurídicas* (e não somente com base em razões morais), ajusta sua posição com essa segunda interpretação da fórmula de Radbruch. Alexy enuncia que

⁶¹ Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 39.

⁶² Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 326.

⁶³ Cf. RADBRUCH, Gustav (1990): p. 89.

⁶⁴ Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 330.

⁶⁵ *Ibidem*: p. 327.

o juiz “deve caracterizar sua decisão [i.e. a decisão de não aplicar uma lei extremamente injusta] como “Direito” na medida em que ele está decidindo com base em *razões jurídicas*”⁶⁶. Raz dá uma interpretação alternativa desse ponto afirmando que Alexy pode estar enunciando que o juiz deve tomar sua decisão partindo do pressuposto de que ela é uma decisão juridicamente vinculante. O problema é que, para Raz, uma decisão é juridicamente vinculante não porque o juiz está decidindo com base em razões jurídicas, mas sim porque lhe foi conferido um poder (jurídico) para resolver o conflito que lhe foi apresentado. “[O poder (jurídico) conferido ao juiz] é o que torna a sua decisão vinculante no Direito, e ela é *vinculante inclusive quando seja juridicamente errada*, i.e. inclusive se ela não está *baseada corretamente nas razões jurídicas*”⁶⁷. Na posição raziana, portanto, a única linha de argumentação que poderia ser formulada contra uma posição positivista não é a de demonstrar que as Cortes de todo e qualquer sistema jurídico devem não aplicar leis extremamente injustas, mas sim a de demonstrar que o Direito⁶⁸ necessariamente lhes confere esse poder (jurídico), na medida em que isso faz com que o exercício desse poder (ressalte-se: *jurídico*) não seja tomado como uma violação do próprio Direito.

Raz ainda afirma que Alexy não dispõe de um argumento para sustentar a inferência da pretensão de correção jurídica para a pretensão de correção moral, ou seja, a inferência de que se o Direito cria uma pretensão de correção jurídica, e essa pretensão de correção jurídica cria ou está conectada com uma pretensão de correção moral, então o Direito cria uma pretensão de correção moral. Raz critica a posição alexyana de que essa pretensão de correção moral seja uma propriedade específica do conceito de Direito. A posição de Raz é que, ainda que uma pretensão moral seja criada pelas instituições jurídicas (quando atuam *como se tivessem* autoridade legítima, junto com o fato de que elas *podem* te-la), essa pretensão moral do Direito *não* se confunde com uma pretensão de correção moral de suas normas, já que as diretivas formuladas pelas autoridades, na teoria raziana, são vinculantes mesmo quando não estão corretas. Raz escreve que

“...o Direito pretende ter autoridade legítima, no sentido de que as instituições jurídicas atuam como se elas tivessem tal autoridade... Isso é, claro, uma pretensão moral, mas não é uma pretensão de correção moral. É da natureza mesma das regras autorizantes que elas são vinculantes mesmo se não estão corretas... não é verdadeiro que o Direito crie uma pretensão de correção moral”⁶⁹.

⁶⁶ Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 39.

⁶⁷ No original: “That makes his decision binding in law, and it is so binding even if it is mistaken in law, that is, even if it is not correctly based on legal reasons” (Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 329).

⁶⁸ Formulo esse ponto usando o termo “Direito” e não “todo e qualquer sistema jurídico”, porque assim se abre espaço para sustentar a posição de que pode existir algum poder jurídico implícito que autoriza as Cortes a não aplicar leis (extremamente) injustas.

⁶⁹ *Ibidem*: p. 331 (grifo meu).

e) Por último, Raz questiona se, de fato, há noções de justiça que são racionalmente justificáveis, ou se é possível identificar uma ação ou uma norma como (extremamente) injusta. Alexy formula o seguinte princípio: "...quanto mais extrema é a injustiça mais certo é o conhecimento dela"⁷⁰. Raz argumenta que é possível justificar racionalmente em favor de uma conclusão *errada*, ou seja, é possível formar, através do raciocínio, uma crença racional falsa (ainda que com pretensão de ser verdadeira). A justificação da crença não se identifica com sua verdade. Raz ainda afasta a afirmação de que o referido princípio é válido, pois há uma diferença entre *crença* e *conhecimento*. Algo que hoje é considerado extremamente injusto, seja por referência a algo do presente ou a algo do passado, pode não haver sido assim considerado pelas pessoas que participavam de uma certa prática cultural em algum período histórico, ou seja, algo que hoje se *crê* extremamente injusto pode não ter sido assim considerado em algum outro momento: é possível ter um *conhecimento* sobre uma *crença* que *nem sempre é verdadeira* (ou seja, uma crença que pode não ser verdadeira *ad eternum*)^{71 72}.

3.2 A crítica de Bulygin

a) Em recente texto, Eugenio Bulygin destaca críticas interessantes a alguns dos argumentos dispostos por Alexy. O primeiro é que se é possível demonstrar, como Alexy julga fazê-lo, que há conexões conceituais entre o Direito e a Moral, então não há porque recorrer a argumentos normativos. Se há uma conexão conceitual entre o Direito e a Moral, essa conexão, por definição, é uma conexão *necessária*: ou algum elemento moral está incluído no conceito de Direito, ou nenhum elemento moral está incluído. E se está incluído algum elemento moral, então qualquer argumento normativo ulterior se torna supérfluo; e se não está incluído, então qualquer argumento normativo ulterior é inútil⁷³.

b) O segundo ponto é o da reconstrução da "perspectiva do observador". Para Alexy, como se viu, a perspectiva do observador se caracteriza apenas por quem se questiona sobre como as decisões são realmente tomadas em um determinado sistema jurídico. Dessa definição segue, para Bulygin, uma caracterização muito restrita do que realmente é a perspectiva de um

⁷⁰ No original: "if there are notions of justice which are rationally justifiable, then one who rationally justifies his view that an action is unjust can be said to know this. Now the following principle applies: the more extreme the injustice the more certain the knowledge of it" (Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 32).

⁷¹ Esse é um argumento empírico, e Raz o formula assim: "É verdadeiro que quanto maior seja a injustiça seria menos provável que cometêssemos erros ao identifica-la como uma injustiça? Há alguma evidência empírica para duvidar dessa pretensão. Muitos admitirão que a escravidão como praticada por judeus e cristãos nos séculos XVI e XVII esteve entre as maiores injustiças desses tempos, e mesmo assim ela não estava entre as mais óbvias injustiças para as pessoas que participavam delas" (Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 333).

⁷² Raz ainda formula uma breve crítica sobre o argumento dos princípios de Alexy que não será desenvolvida aqui. Veja: RAZ, Joseph (2009): pp. 333-35.

⁷³ Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito): p. 3.

observador, que é a perspectiva primária, p.ex., de um jurista ou de um cientista do Direito. A tarefa principal dessa perspectiva é a da *identificação do Direito*, ou seja, é a de identificar quais normas pertencem a um sistema jurídico, e, assim, é a de identificar que ações são proibidas, permitidas ou comandadas nesse sistema jurídico. O ponto de vista do observador é um ponto de vista *descritivo* acerca do Direito. Alexy concorda totalmente que, a partir da perspectiva de um observador, "...a tese da conexão não pode ser sustentada por uma conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral"⁷⁴, e, inclusive, que "...do ponto de vista de um observador, a tese positivista da separação é *correta*"⁷⁵. Assim, qualquer versão possível da tese não-positivista somente poderia ser sustentada através do ponto de vista de um participante do sistema jurídico. O argumento central de Bulygin toma como ponto de partida a ideia de que "...a maior parte dos observadores são ao mesmo tempo participantes e todos os participantes são também observadores"⁷⁶.

O ponto de vista do participante é um ponto de vista que se refere, na reconstrução de Bulygin, não mais à descrição do Direito, mas sim à *aplicação do Direito* para resolver problemas práticos⁷⁷. É de se destacar que considerar o ponto de vista do participante *não exclui* o ponto de vista do observador, nem o ponto de vista do observador exclui o ponto de vista do participante. Imagine, p.ex., o caso paradigmático de um participante do sistema jurídico, o juiz. Para que um juiz resolva um problema jurídico, é necessário, antes de tudo, que ele adote a perspectiva do observador para determinar o que o Direito existente comanda. Esse juiz pode observar que o Direito, para o problema jurídico em tela, não oferece nenhuma solução possível, e, assim, pode observar a existência ou de alguma *lacuna normativa* (caso em que não há qualquer solução prevista no sistema jurídico), ou de alguma *contradição normativa* (caso em que há mais de uma solução, mas as soluções disponíveis são incompatíveis entre si)⁷⁸, ou de alguma *vagueza na linguagem* (caso da "zona de penumbra"⁷⁹). Há, ainda, o caso de indeterminação do Direito que aqui é mais relevante, que é o da *lacuna axiológica*. Em termos gerais, esse caso se refere à situação em que um juiz, ainda que observe uma e somente uma solução possível no sistema jurídico, ele a considera uma solução extremamente injusta, seja porque não concorda com o juízo valorativo feito pelo legislador, seja porque acredita que alguma importante propriedade axiológica não foi levada em consideração. A questão central que surge nessas situações é a de se o juiz *pode* ou *deve* aplicar uma outra norma que, na sua opinião, seja mais adequada para o caso, ainda que

⁷⁴ Cf. ALEXY, Robert (2002): p. 30.

⁷⁵ *Ibidem*: p. 31.

⁷⁶ Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito): p. 3.

⁷⁷ *Ibidem*: p. 6.

⁷⁸ Para esses dois casos de indeterminação do Direito, veja, por todos: ALCHOURRÓN, Carlos; e BULYGIN, Eugenio. (1974): pp. 201 e seguintes.

⁷⁹ Veja: HART, HLA (1994): pp. 137 e ss.

essa norma não esteja prevista como a solução jurídica dentro do sistema. Bulygin é bastante claro:

“...quando o juiz não aplica uma norma válida porque na sua opinião a sua aplicação levaria a uma grande injustiça e aplica outra norma, eventualmente criada por ele, isso não pode ser descrito como modificação do conceito de Direito. O que é modificado nesses casos são normas ou regras de um sistema jurídico, não o conceito de Direito”⁸⁰.

Em outras palavras, a crítica de Bulygin está direcionada à linha argumentativa seguida por Alexy quando defende que se o caso central do argumento da injustiça extrema é o das normas individuais extremamente injustas, então, partindo desse argumento, seria possível demonstrar a existência de uma conexão normativamente necessária entre o Direito e a Moral, e, assim, seria possível demonstrar algo sobre o *conceito de Direito*. Para Bulygin, o caso das normas individuais extremamente injustas, quando muito, pode auxiliar na demonstração do argumento de que algumas normas, por serem injustas, são (ou até mesmo podem ou devem ser) eventualmente modificadas⁸¹, mas não na demonstração de alguma propriedade necessária acerca do conceito de Direito.

c) A última crítica que Bulygin direciona aos argumentos de Alexy se refere à pretensão de correção⁸². A estratégia que Bulygin adota é dupla: (a) primeiro, demonstrar uma circularidade na argumentação quando Alexy defende que a noção de “defeituosidade jurídica” (*legal faultiness*) contribui para a necessidade da pretensão de correção; e (b) segundo, demonstrar que há uma ambiguidade na inferência da proposição “se a pretensão de correção jurídica é necessária, e ela implica correção moral” para a proposição “então, segue que o Direito necessariamente inclui elementos morais”⁸³.

⁸⁰ No original: “When the judge does not apply a valid norm because in his opinion its application would lead to a great injustice and instead applies another norm, eventually created by him, this cannot be described as modification of the concept of law. What is modified in such cases are the norms or rules of a legal system, not the concept of law. (Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito): p. 8).

⁸¹ Bulygin ressalta a regra presente no Código Civil Suíço (“*A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon droit coutumier, et à défaut d'une coutume, selon les règles qui'il établirait s'il avait à faire un acte de législateur*”). Para Bulygin, essa é uma regra “mais realista” (*Ibidem*: p. 11).

⁸² Ressalte-se que minha ênfase é somente nos últimos contra-argumentos que Bulygin dispõe ao argumento da correção de Alexy. Para uma visão completa do debate: ALEXY, Robert. On Necessary Relations between Law and Morality. Em *Ratio Juris*, vol.2, No.2, 1989, p. 167; BULYGIN, Eugenio. Alexy und das Richtigkeitsargument. Em Aulis Aarnio et al.(eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin 1993: pp. 19-24; ALEXY, Robert. Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments. Em E. Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Duncker & Humblot, Berlin 1997: pp. 235-250; BULYGIN, Eugenio. Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality; e ALEXY, Robert. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique, ambos em *Ratio Juris*, vol.13, No.2, 2000, pp. 133-137 e pp. 138-147.

⁸³ O ponto (b) guarda uma semelhança com a crítica levantada por Raz (ver item 3.1).

Para (a), Bulygin sustenta que, na argumentação de Alexy, se a pretensão de correção é necessária, ela o é porque sistemas jurídicos que a levantam mas não a cumprem são sistemas *juridicamente defeituosos*. E, ao mesmo tempo, a defeituosidade jurídica desses sistemas tem um caráter especial justamente pelo fato de a pretensão de correção ser necessária. Em outras palavras, de um lado há a proposição de que “se a pretensão de correção é necessária, então os sistemas jurídicos que não a cumprem (ainda que a criem) são juridicamente defeituosos” (necessidade como uma *razão*); e, do outro lado, há a proposição de que “se há sistemas jurídicos que são juridicamente defeituosos, então segue que a pretensão de correção por eles criada é (ou tem de ser) necessária” (necessidade como uma *consequência*). Para Bulygin, a circularidade no argumento de Alexy está em que “...a necessidade da pretensão [de correção] é ao mesmo tempo uma razão e uma consequência dessa pretensão”⁸⁴.

Para (b), Bulygin identifica uma ambiguidade presente na distinção que Alexy faz entre uma tese não-positivista forte e fraca. De um lado, pode-se defender que todo sistema jurídico inclui *sempre* alguma Moral (não necessariamente a mesma Moral). Mas, por outro lado, pode-se sustentar também que todo sistema jurídico necessariamente inclui (ou tem de sempre incluir) uma Moral especial (correta ou adequada)⁸⁵. Bulygin descarta de plano a tese fraca, se, com ela, pretende-se defender um argumento contra o positivismo, já que nenhum positivista sério poderia argumentar que um sistema jurídico não inclui alguns princípios morais (sejam eles quais forem). Essa é uma tese que, como se viu, não é defendida por Alexy no fim de sua argumentação. Alexy, porém, admite que essa é uma tese não-positivista *sustentável* ou *possível*. O problema é que se se sustenta uma tal tese, pouco ou nada se enuncia de relevante, e, inclusive, parece ser insustentável classificar essa tese fraca como uma tese não-positivista (já que é uma tese *totalmente* compatível com teses positivistas). Alexy defende, por último, a tese *forte*: haveria uma conexão necessária entre o Direito e a Moral correta. Bulygin destaca duas objeções possíveis. A primeira é que não estaria claro se de fato há a Moral correta ou verdadeira (e, em havendo uma Moral correta ou verdadeira, que Moral seria essa); e a segunda é a de que se deve distinguir entre a Moral correta e a *ideia* de uma Moral correta⁸⁶.

A saída de Bulygin aqui é sutil. A primeira objeção por ele apontada não tem muita relevância para refutar os argumentos de Alexy, pois essa objeção é uma formulação possível e genérica de alguma posição *relativista* (ver item 2.3.2). A segunda objeção, porém, apesar de sutil, é bastante relevante, na medida em que abre espaço para a afirmação de que, mesmo que possa

⁸⁴ Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito): p. 12.

⁸⁵ Bulygin expressa esse ponto em seu texto de um modo mais rigoroso. Para a tese fraca, $(x) Dx \rightarrow (Ey) (My \& xly)$, e para a tese forte, $(Ey) My \& (x) (Lx \rightarrow xly)$, onde “D” corresponde a “Direito”, “M” a Moral e “I” a relação de inclusão. (*Ibidem*: p. 13).

⁸⁶ *Id. Ibidem*.

existir (ou que exista) uma Moral correta ou verdadeira, é *sempre possível* que se tenha *diferentes ideias* acerca dela, ou acerca do que ela é. A tese da conexão forte só poderia ser demonstrada, para Bulygin, não apenas demonstrando a existência de uma Moral correta ou verdadeira, mas também demonstrando que todas as pessoas tiveram ou têm a *mesma ideia* da Moral correta ou verdadeira, o que seria muito improvável⁸⁷. Um contra-argumento a essa objeção seria que o argumento de Alexy pode ser lido de outra forma: o que essa Moral correta ou verdadeira pressupõe não é a demonstração de que todas as pessoas tiveram ou têm a *mesma ideia* dessa Moral (algo que o próprio Alexy, creio eu, consideraria como improvável); ela apenas pressupõe que, para qualquer afirmação moral (i.e. uma afirmação a partir do ponto de vista moral), levanta-se uma pretensão de correção que está intrinsecamente conectada com a possibilidade de universalização daquilo que está sendo afirmado. Essa possibilidade de universalização é o que torna possível justificar racionalmente a existência de algumas *exigências morais mínimas*, como a exigência de não matar outrem ou de não violar a integridade física de outrem⁸⁸.

Em resumo, a crítica que Bulygin faz aos argumentos de Alexy é que, se Alexy admite ser possível *identificar* o Direito (ou todas as normas jurídicas), na perspectiva do observador, sem recorrer a argumentos ou valores morais (posição positivista), então ele admite como *possível* alguma versão de positivismo jurídico, pois é um ponto comum e incontroverso nas teses positivistas mais sérias⁸⁹ que o positivismo se refere à *identificação do Direito*, e, portanto, que o positivismo *não* nega que os juízes frequentemente utilizam argumentos morais para justificar as suas decisões. Se se concentra na perspectiva do participante, o resultado final da crítica de Bulygin é que tanto a tese não-positivista de Alexy quanto as teses positivistas admitem que, pelo menos algumas vezes, os juízes *não* aplicam normas que eles consideram como extremamente injustas. A diferença que há entre as duas linhas restaria insignificante, na medida em que, na linha de Alexy, os juízes deixariam de aplicar essas normas com base em *razões jurídicas* (que também são *razões morais*), enquanto que na linha do positivismo, os juízes deixariam de aplicá-las com base em *razões morais* (que não são necessariamente *razões jurídicas*, embora possam sê-lo).

⁸⁷ Bulygin propõe uma pergunta provocativa: “É o mesmo aquilo que pessoas como Kant, Hitler, Stalin, Gandhi ou Bush entenderam por uma Moral correta?” (Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito): p. 14).

⁸⁸ Em geral, os defensores da teoria do discurso tendem a defender essa posição mínima. Veja, para um exemplo além do próprio Alexy: HABERMAS, Jürgen (1999): pp. 82-118.

⁸⁹ Aqui me refiro às teses positivistas sustentadas por Hart, Raz, Bentham, e até mesmo Kelsen. Pelos limites deste texto, não há como analisar todos esses autores. Limito-me a afirmar que a tese positivista é uma tese que afirma a possibilidade de identificar o Direito sem recorrer a argumentos ou valores morais. Tanto Alexy (ainda que com alguma reserva), como Bulygin e Raz em suas críticas, afirmam que esse é um ponto comum entre as teses positivistas.

3.3 Um balanço das críticas: a aproximação entre o não-positivismo e o positivismo

Quando se compara as críticas de Raz e Bulygin ao seu alvo em comum (a posição não-positivista de Alexy), um primeiro resultado que salta à vista é o de ambos concordarem ser possível e necessário a realização de uma *crítica moral acerca do Direito*. Ambos também concordam que essa crítica moral é algo que, eventualmente, os participantes do sistema jurídico (p. ex., os juízes) usam e podem usar para justificar algumas de suas decisões a partir do sistema jurídico. Bulygin, no fim de seu texto, escreve que "...ordens normativas injustas certamente merecem ser duramente criticadas, mas não há razão para não chama-las de 'ordens jurídicas'"⁹⁰. Por sua vez, Raz, também no fim de seu texto, lembrando a Bentham, escreve que "...depois de tudo foi Bentham, o fundador do positivismo jurídico na Grã-Bretanha, que fez mais do que qualquer um para argumentar que o Direito deve ser moral, e que expôs as deficiências morais do Direito de sua época"⁹¹. Para ambos os autores, porém, a crítica moral do Direito não é, também, uma crítica jurídica, e parece ser aí que o ponto crucial de divergência entre eles e Alexy se coloca (se é que há, realmente, algum ponto significativo de divergência).

Ambos os autores (Raz e Bulygin) também concordam no núcleo duro da tese geral do positivismo jurídico, que é uma tese sobre a *identificação do Direito*, i.e. a tese de que é possível identificar o Direito enquanto Direito sem ter de recorrer a argumentos ou valores morais. Para Bulygin, essa é uma tese que o próprio Alexy considera plausível, ao defender que, do ponto de vista do observador (ressalte-se: do observador de Alexy), a tese da separação é *correta*. Para Raz, porém, essa posição de Alexy não pode ser sustentada nem mesmo dentro do próprio contexto argumentativo de Alexy, já que pressupor que há dois conceitos distintos de Direito (um da perspectiva do observador, e outro da perspectiva do participante), como Alexy pressupõe, é, em última instância, fazer uma confusão entre a análise do que o Direito é e a análise de como os juízes lidam com os casos. A conexão entre esses dois conceitos supostamente distintos de Direito se dá na medida em que tanto um como outro servem para dar alguma luz sobre o que ocorre com o Direito no contexto de sua institucionalização nos tribunais, ou no contexto de como os tribunais usam, efetivamente, esse Direito. Em outras palavras, pode-se entender que Raz identifica uma ambiguidade na distinção alexyana entre a perspectiva do "observador" e do "participante". O que o Direito é (um enunciado a partir da perspectiva alexyana do "participante") seria diferente daquilo que as instituições jurídicas realmente fazem (um enunciado feito a partir da perspectiva alexyana do "observador"). Essa é uma posição que, para Raz, é insustentável, pois ambas perspectivas não podem se excluir mutuamente. Nesse sentido, o próprio Bulygin sugere algo esclarecedor, ao

⁹⁰ No original: "Unjust normative orders certainly deserve to be sharply criticized, but there is no reason not to call them "legal orders" (Cf. BULYGIN, Eugenio (texto inédito): p.16).

⁹¹ Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 335.

afirmar que a maior parte dos observadores são ao mesmo tempo participantes e todos os participantes são também observadores.

Tendo isso em conta, os três autores concordam com a proposição geral de que o Direito injusto (ou o Direito extremamente injusto) *deve ser* moralmente criticado. Portanto, há, necessariamente, uma pretensão moral a ser cumprida pelo Direito (não necessariamente, como se viu, uma pretensão de correção moral). O consenso vai ainda além, pois o Direito injusto (ou extremamente injusto), para todos eles, deve ser moralmente criticado, e isso é algo que, enfatize-se, os juízes *podem* fazer (e, eventualmente, fazem) para justificar as suas decisões. A divergência é que, enquanto Raz e Bulygin defendem que os juízes podem ou até devem não aplicar leis (extremamente) injustas *por razões morais* (e não por razões jurídicas), Alexy defende que os juízes podem ou até devem não aplicá-las *por razões jurídicas* (que seriam, ao mesmo tempo, também razões morais). É possível afirmar que os três autores, dois deles formando um foco de resistência do positivismo jurídico, e um tentando refutar essa resistência com uma tese não-positivista, curiosamente, concordam no que é essencial. O próprio Raz admite que, paradoxalmente, “...o tom geral de crítica...é mais um resultado de convergência que de divergência”⁹².

Com isso, é claro, não pretendo afirmar que não há sérias divergências entre Alexy, de um lado, e Raz e Bulygin, de outro. Essas divergências, porém, parecem situar-se não no que é essencial, mas apenas no modo como Alexy defende alguns de seus argumentos. É preciso admitir, p.ex., que sua formulação, genérica e imprecisa, da tese da separação e a identificação que ele propõe dessa tese com o “positivismo jurídico” enfraquece o seu alvo. Ele acaba atacando, inconsistentemente, algumas de suas próprias posições não-positivistas, ou acaba atacando “no vazio”, i.e. ataca uma posição que *não* é, de fato, defendida dentro do que se convencionou chamar de “tradição das teorias positivistas”. Disso se pode extrair que o título da tradução inglesa de seu livro (“*The Argument From Injustice: a reply to legal positivism*”) não expressa, ao menos não totalmente, aquilo que Alexy realmente expressou (ou não expressou, mesmo pretendendo expressar) ao escrevê-lo. Alexy pode até oferecer uma defesa incisiva e, em geral, convincente de uma posição não-positivista, mas não parece, ao mesmo tempo, oferecer uma resistência ao positivismo jurídico, ao menos no modo como Raz e Bulygin o entendem.

Por fim, o que se pode concluir é que, em geral, aquilo que algumas vezes se marca como uma dicotomia de duas posições divergentes e inconciliáveis entre positivismo e não-positivismo, na verdade não chega a ser sequer uma dicotomia interessante de ser sustentada. Mais importante do que classificar uma ou outra posição de positivista ou de não-positivista é atentar para a plausibilidade de cada um dos argumentos que são dispostos

⁹² No original: “...the generally critical tone...is more a result of agreement than of disagreement”. (Cf. RAZ, Joseph (2009): p. 335).

contra e em favor de uma posição e outra. Somente assim é possível dizer algo não-trivial sobre as propriedades essenciais e necessárias do Direito ou, o que é o mesmo, somente assim é possível conhecer algo sobre a sua natureza *enquanto* Direito.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Carlos; e BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1974.

ALEXY, Robert. An answer to Joseph Raz. Em *Law, Rights and Discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. George Pavlakos (ed.). Oxford: Hart Publishing, 2007a: pp. 37-55.

_____. On Two Juxtapositions: Concept and Nature, Law and Philosophy. Some Comments on Joseph Raz's "Can There Be a Theory of Law?". Em *Ratio Juris* 20, 2007: pp. 162-9.

_____. On the Concept and the Nature of Law. Lecture in Honour of Leon Petrazycki. Em *Ius et Lex*. Varsóvia: Fundacja "Ius et Lex", 2006a: pp. 31-51.

_____. The Nature of Legal Philosophy. Em *Ratio Juris* 17, 2006: pp. 156-67.

_____. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Stanley Paulson e Bonnie L. Paulson (trads.) Oxford: Clarendon, 2004.

_____. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. Em *Ratio Juris* 13, 2000: pp. 138-147.

_____. The Special Case Thesis. Em *Ratio Juris* 12, 1999: pp. 374-84.

_____. Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments. Em E. Garzón Valdés et al. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997: pp. 235-250.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1985.

_____. *Theorie der Juristische Argumentation*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1978.

BULYGIN, Eugenio. *Alexy between Positivism and Non-positivism* (manuscrito inédito cedido pelo autor).

_____. Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. Em *Ratio Juris* 13, 2000: pp. 133-137.

_____. Alexy und das Richtigkeitsargument. Em Aulis Aarnio et al.(eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin 1993: pp. 19-24.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. New Bakersville: MIT Press, 1999.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Ribeiro Mendes (trad.). Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1994.

_____. Positivism and the Separation of Law and Morals. Em *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon, 1983: pp. 47-87.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João B. Machado (trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

- _____. *HLA Hart*, 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- MARMOR, Andrei. *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.
- _____. On the Necessity of the Interconnection between Law and Morality. Em *Ratio Juris* 18, 2005: pp. 64-83.
- RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie III*. Arthur Kaufmann (ed.), Heidelberg, 1990.
- RAZ, Joseph. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. Em *The Authority of Law*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009: pp. 313-35.
- _____. Authority, Law and Morality. Em *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press, 1996: pp. 210-37.
- SEARLE, John. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.
- SPAACK, Torben. *Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=923440>, 2006.
- _____. Legal Positivism, Law's Normativity and the Normative Force of Legal Justification. Em *Ratio Juris* 16, 2003: pp. 469-85.
- TORRE, Massimo La. On Two Distinct and Opposing Versions of Natural Law: "Exclusive" versus "Inclusive". *Ratio Juris* 19, 2006: pp. 197-216.