
Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas¹

On the thesis of the claim to correctness in Robert Alexy: some critical considerations

Juan Antonio García Amado²

Resumo: Neste ensaio, o autor critica a tese de Robert Alexy de que há uma pretensão de correção no discurso jurídico, que torna o direito um caso especial do discurso prático e cria uma obrigação jurídica de decidir casos jurídicos de forma moralmente correta. Inicialmente, critica-se a tese alexyana de que o positivismo implicaria uma liberdade judicial para decidir segundo critérios aleatórios e irracionalistas,

1 O presente artigo, traduzido ao português por Andityas Soares de Moura Costa Matos e Brener Fidélis Seixas, se insere no projeto de investigação DER2010-19897-C02-01, financiado pelo *Ministerio de Ciencia e Innovación de España*.

2 Graduado e Doutor em Direito pela *Universidad de Oviedo* (Espanha). Professor Catedrático de Filosofia do Direito na *Universidad de León* (Espanha), onde dirigiu o Departamento de Direito Público Básico. Realizou pesquisas nas Universidades de Berlin (Alemanha), Munich (Alemanha), Aix-en-Provence (França) e Firenze (Itália). Detentor do Prêmio de Pesquisa em Ciências Jurídicas e Sociais do XXV Aniversário da *Universidad de León*, da Ordem do Congresso da Colômbia no grau de Cruz de Cavaleiro e da Medalha Doutoral da Universidade UEEES de Guayaquil (Equador). Membro do Conselho Editorial das revistas "Derechos y Libertades", "Doxa" e "Droit

já que é perfeitamente possível – e até mesmo recomendável, diante do princípio da motivação das decisões judiciais – que o juiz positivista empregue argumentos morais nos casos de lacunas derivadas da inexistência de uma solução específica para dado problema jurídico. Em segundo lugar, sustenta-se a circularidade da tese alexyana de que a afirmação expressa do caráter injusto ou imoral de uma norma implicaria uma contradição performativa por parte da autoridade prolatora da norma, pois o juiz só cometeria tal tipo de contradição se empregasse um conceito de direito segundo o qual a ausência de injustiça radical é condição para que uma norma seja direito, de modo que o argumento toma como premissa a mesma conclusão que ele pretende fundamentar. Em terceiro lugar, procura-se demonstrar com exemplos concretos que ainda que se pudesse superar a circularidade do argumento alexyano, a pretensão de correção deveria ser descartada porque é um artifício teórico inconveniente, enigmático e inútil. Alexy fracassa, portanto, no seu intento de fundamentar tanto a tese de que há

et Societé”. Publicou várias obras e artigos na América Latina e na Europa, entre as quais se destacam os livros *Teorías de la Tópica Jurídica* (Madrid: Civitas, 1988), *Hans Kelsen y la Norma Fundamental* (Madrid: Marcial Pons, 1996), *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997), *Escritos de Filosofía del Derecho* (Bogotá: Rosarinas, 1999), *La Lista de Schindler: Abismos que el Derecho Difícilmente Alcanza* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003), *Ensayos de Filosofía Jurídica* (Bogotá: Temis, 2003) e *El Derecho y Sus Circunstancias: Nuevos Ensayos de Filosofía Jurídica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010). Organizou o volume *El Derecho en la Teoría Social: Diálogo con Catorce Propuestas Actuales* (Madrid: Dykinson, 2001) e co-organizou as obras coletivas *Torturas en el Cine* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005) e *Filosofía del Derecho Penal* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006). No Brasil, publicou o ensaio *É Possível Ser Antikelseniano Sem Mentir Sobre Kelsen?* Trad. Andityas Soares de Moura Costa Matos e Luana Renostro Heinen. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (coords.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, pp. 235-283, 2012.

um dever jurídico de se decidir de forma moralmente correta quanto a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático.

Palavras-chave: Pretensão de correção. Discricionariedade. Contradição performativa.

Abstract: In this essay, the author criticizes Robert Alexy's thesis that there is a claim to correctness in legal discourse, which makes the law a special case of practical discourse and creates a legal duty to decide juristic cases in a morally correct way. Firstly, it is argued that Alexy is wrong to assume that positivism implies judicial discretion to decide according to irrational and randomly chosen criteria, since it is perfectly possible – and even recommendable, in the face of the principle of motivation of judicial decisions – for a positivist judge to deploy moral arguments to fill in the gaps derived from the inexistence of a specific solution for a given legal issue. Secondly, the paper argues that Alexy's thesis that an express recognition of the injustice of a legal norm would amount to a performative contradiction is circular and cannot be accepted, since a judge only would commit such contradiction if he already accepted a concept of law according to which a certain level of justice is a necessary condition for the validity of a legal provision. Thirdly, the essay attempts to demonstrate with concrete examples that even if this circularity could be overcome, the thesis of the claim to correctness should be rejected because it is an inconvenient, enigmatic and useless theoretical trick. Alexy fails, therefore, to ground both the thesis that there is a legal duty to decide in a morally correct way and the thesis that legal discourse is a special case of practical discourse.

Keywords: Pretension of correction. Discretion. Performative contradiction.

1. Introdução

Robert Alexy repetiu em dezenas de escritos a ideia que aqui quero comentar de maneira crítica: a de que é imanente ao direito uma pretensão de correção, que é, antes de mais nada, a pretensão de justiça. Tal pretensão de correção é própria tanto a qualquer sistema jurídico que o seja verdadeiramente, como também às normas particulares e às decisões que ocorrem sob a chancela do direito. Por essa razão, um direito, uma norma ou uma decisão judicial que não pretendam ser justos e não o sejam, ou não são direito, quando seu choque com tal pretensão imanente e necessária supere o limiar da extrema injustiça, ou então, se são jurídicos, o são de maneira deficiente, defeituosa.

Qual é o argumento demonstrativo da presença inevitável, no âmbito jurídico, dessa pretensão de correção? É que incorre em contradição performativa quem diz que produz deliberadamente um direito, uma norma ou uma decisão judicial injusta. Com isso o próprio conceito de direito ou de jurídico que se utiliza seria contraditório, caso se usasse uma expressão do tipo “isto é direito, mas é injusto”, já que a conexão entre direito e pretensão de correção como justiça é conceitual e, como tal, inevitável. Assim, permanece definitivamente válida também, para Alexy, a ligação inevitável entre direito e moral, e teríamos aí o argumento determinante para a crítica dirigida ao positivismo jurídico e à sua tese da separação conceitual entre direito e moral.

Três esclarecimentos sobre o modo como foi focado este trabalho. Primeiro: não estenderei esta introdução por meio de uma exposição detalhada dos argumentos de Alexy sobre sua tese, que além de serem muito conhecidos, foram reu-

nidos em alguma de suas versões canônicas nas seções que se seguem. Segundo: não se tratará de fazer uma completa e erudita menção a cada um dos lugares da obra alexyana em que tais argumentos se reiteram, de forma muito similar e com escassas variações, de maneira que não se fará nada além de lançar mão de algumas citações representativas de todas as demais que faltam. E terceiro: ainda que as críticas que tratarei de fundamentar possam por mais de uma vez coincidir com objeções que já venham sendo levantadas por outros autores, irei apenas me deter na explicitação e na comparação desses antecedentes.³ Uma revisão exaustiva dos textos de Alexy, autor certamente fecundo e insistente, e dos ecos positivos ou críticos que têm tido na jusfilosofia das últimas décadas, exigiria uma monografia completa e não um artigo como este que, contudo, já ultrapassa os limites de um trabalho que abrigue alguma pretensão de legibilidade.

2. Plenitude ou discricionarietà?

Um argumento com o qual Alexy reforça o papel da pretensão de correção como fundamento da união entre direito e moral é o da insuficiência regulativa do direito positivo. O direito positivo apresenta problemas de indeterminação que fazem necessária a interpretação, e problemas de lacunas ou de antinomias de segundo grau. Segundo Alexy, o positivismo entende que, nesses âmbitos da decisão jurídica dos casos em que o direito positivo não satisfaz, o juiz pode decidir e decide sem nenhum tipo de pretensão de correção, de maneira que sua decisão será puramente

3 Uma boa bateria de críticas e objeções podem ser lidas, por exemplo, em um autor tão próximo a Alexy como SIECKMAN, 2007, p. 194 *et seq.* Conforme destaca Carlos Bernal Pulido, entre as críticas mais importantes da tese de Alexy estão as de Eugenio Bulygine e Joseph Raz. Cf. PULIDO, 2008, p. 22 *et seq.*, BULGYN, 2001, p. 41 *et seq.* e RAZ, 2007, p. 77 *et seq.*

estratégica e simples exercício de poder, não precisando se justificar.⁴ Ouçamos o próprio Alexy:

Que un caso caiga dentro del ámbito de apertura del derecho positivo significa que el derecho positivo no establece una solución. Si el juez estuviese vinculado exclusivamente por el derecho positivo, cuando se agotasen las razones jurídico-positivas siempre podría resolver el caso según sus preferencias personales o, simplemente, echándolo a suertes. Sin embargo, esto sólo sería compatible con la pretensión de corrección si no existiese ningún otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica, al margen de las razones del derecho positivo. Pues bien, las decisiones jurídicas son respuesta a cuestiones prácticas, y más allá de la categoría de las razones jurídico-positivas existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas. El espectro va desde las consideraciones de conveniencia hasta los principios de justicia, pasando por las concepciones acerca del bien y del mal arraigadas en la tradición. Justicia es la corrección en la distribución y la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Las decisiones jurídicas tratan, pues, esencialmente de distribución y compensación. Por ello las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones morales. Esto, junto con la necesidad con la que se formula la pretensión de corrección en las decisiones jurídicas, da lugar a una vinculación necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación moral. Esta vinculación necesaria de argumentos no significa que las decisiones jurídicas moralmente defectuosas no puedan tener validez jurídica, pero sí que tales decisiones son defectuosas no sólo moral, sino también jurídicamente. De esta manera la idea de justicia se incorpora al concepto del derecho.⁵

Analisemos e comentemos.

Parece que para o positivismo a normatividade se esgota no direito, e que quando as normas jurídicas não definem o padrão, não há propriamente padrão algum, somente a pura subjetividade, o poder ou os interesses pessoais. Tem-se a impressão de que para Alexy o sistema jurídico só o pode ser tal e plenamente se carece de defeitos regulativos, se oferece um padrão de decisão para todas as suposições e

4 Cf. a exposição de COOKE, 2007, p. 228.

5 ALEXY, 2005, pp. 22-23.

se, por conseguinte, não há discricionariedade nem espaço para que entrem em jogo outros sistemas normativos não jurídicos como guias. Pois toda norma que surja para justificar as decisões daquilo que o direito positivo não alcança será uma norma jurídica.⁶

As coisas são realmente assim? Essa é a melhor descrição do jogo entre as normas jurídicas e as morais nas decisões judiciais? Em primeiro lugar, a tese positivista da separação entre direito e moral não nega a moral, somente a separa conceitualmente do direito, levando-nos a enxergar as normas jurídicas e normas morais como “objetos” distintos e diferenciados. Portanto, não há nada no positivismo jurídico, ao menos no de caráter normativista, que nos leve a entender que quando a norma jurídica deixa espaços livres para a decisão judicial – para a discricionariedade do juiz –, este possa raciocinar somente em termos de estratégia, poder ou interesse. Esse juiz, no momento de preencher tais espaços de liberdade decisória deixados pelo direito positivo – pois cabem várias interpretações da norma positiva aplicável ao caso, porque há uma lacuna normativa etc. –, pode perfeitamente se perguntar qual é a solução normativamente melhor, ainda que essa solução não seja aquela buscada no direito positivo – onde ele não a encontra ou não a encontra de for-

6 “*Quien identifique el derecho con la ley escrita, es decir, defienda la tesis del positivismo jurídico, tiene que decir que en los casos dudosos la decisión está determinada por factores extrajurídicos. Totalmente distinta es la comprensión del no positivista. Como no identifica el derecho con la ley, para él la decisión puede estar determinada también por el derecho cuando la ley no la establece obligatoriamente*” (ALEXY, 1997a, p. 19). Analisemos este parágrafo: não significa para Alexy que tudo que determina a decisão nos casos duvidosos seja jurídico. As pautas para a decisão nesses casos serão jurídicas se ajustadas à moral adequada; quaisquer outras serão extrajurídicas e, como tais, expressões de simples poder ou mera dominação. Ele também escreve: “*el argumento de los principios dice que el juez también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir, del derecho impuesto y eficaz, está jurídicamente ligado y lo está de una manera que crea vinculación necesaria entre el derecho y la moral*” (ALEXY, 1997a, p. 74).

ma completa –, mas na moral, na justiça, no interesse geral etc. A alternativa ao jusmoralismo não é o cinismo judicial, certamente que não; tampouco a arbitrariedade nua e crua.

Como bem assinala Alexy, não é válido que nessa situação de liberdade ou discricionariedade deixada pelo direito positivo o juiz lance à sorte sua decisão. Por isso ele é obrigado a argumentar e não vale como argumento, não se admite enquanto tal, dizer que lançou uma moeda e saiu cara. Tampouco lhe adianta alegar ter optado pela decisão que mais convinha aos seus interesses pessoais ou ao seu sucesso egoísta. Por quê? Porque mediante a exigência de motivação se quer excluir a arbitrariedade judicial, fazendo com que o juiz tenha que dar suas razões e mostrar que elas não são simplesmente as suas – ou as do azar, que sequer são razões –, mas que podem ser convincentes ou, ao menos, razoáveis ou admissíveis para um observador imparcial. Mas, por terem que resultar admissíveis ou convincentes para um observador imparcial, deverão ser razões jurídicas? Existe em uma decisão mais razões aceitáveis do que as razões jurídicas? Tem que necessariamente ser direito toda pauta decisória que preencha as insuficiências regulativas do direito positivo?

Um juiz positivista pode dizer: considerando que são compatíveis com o direito positivo aplicável as opções decisórias A e B, opto pela B conforme as seguintes razões que a tornam preferível, razões que são morais, de justiça, de conveniência social, de humanitarismo etc. etc. Que problema há em diferenciar os tipos de normas e os tipos de razões que concorrem como justificativa de uma decisão judicial? Em outras palavras, na decisão judicial e no que o direito positivo deixa à preferência do juiz, este pode levantar diversas e fundadas pretensões de correção. Mas sendo pretensões de correção moral, por exemplo, não são transformadas, por fundamentarem uma decisão judicial, em pretensões

de correção jurídica, nem há aí base para sustentar que a moral seja parte constitutiva do direito. Se meu carro deixa de funcionar e eu tenho que empurrá-lo para aproximá-lo do acostamento, eu não passo a fazer parte do carro, ainda que para o seu deslocamento tenham sido decisivas tanto suas rodas quanto a força que eu lhe apliquei ao empurrá-lo.

É verdade o que diz Alexy sobre existir “*otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica, al margen de las razones del derecho positivo*”, e que as decisões jurídicas “*son respuestas a cuestiones prácticas*” e “*existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas*”. Mas por que não distinguir cada tipo de razão ao invés de juridicizá-las? Assumamos, inclusive, que possa haver uma moral objetiva verdadeira e cognoscível em seus conteúdos para cada ocasião, e que o juiz se oriente por ela quanto ao que sua decisão tem de discricionário *do ponto de vista do direito positivo*. O que nos força, ainda assim, a entender que essa moral faz parte do próprio direito e que essas razões morais são também, e simultaneamente, razões jurídicas pelo fato de concorrerem dessa maneira nos fundamentos da decisão judicial? Somente uma prévia decisão nossa: a decisão de que a moral – seja a moral objetivamente verdadeira ou a moral racionalmente fundamentável – faz necessariamente parte do direito. Dessa maneira, essas normas morais não seriam ao mesmo tempo jurídicas ou razões jurídicas por afluir na decisão judicial, mas sim porque decidimos de antemão que a moral é parte do direito. Nossa decisão é prévia, de modo que a presença de razões morais no raciocínio do juiz não é uma prova da união conceitual entre direito e moral, mas sim uma *consequência* de uma prévia suposição.

Claro que as questões de justiça são questões morais e que as decisões jurídicas tratam essencialmente de questões morais, como afirma Alexy. Mas com isso não desaparece nem a distinção entre a perspectiva jurídica e a perspectiva

moral, própria de cada sistema normativo, nem a diferença entre umas e outras normas, e nem a separação conceitual entre direito e moral. Tanto normas morais quanto jurídicas tratam da “distribuição e da compensação”, ou seja, de questões de justiça, segundo a definição de Alexy. Mas por que não inverter o raciocínio e sustentar que, já que o direito se relaciona com questões de justiça, as normas jurídicas são parte do sistema moral? Se uma norma jurídica injusta – ou uma decisão jurídica – é defeituosa “*no sólo moral sino también jurídicamente*”, porque não podemos dizer que uma norma moral antijurídica é defeituosa não só jurídica, mas também moralmente? Isso um positivista não diria, pois ele separa direito e moral e não confunde defeito jurídico com defeito moral.

Haverá também normas morais injustas para Alexy? Sim e não. Poderá haver normas de determinado sistema moral que sejam injustas. Mas por quê? Porque não coincidem com os requisitos *objetivos* da razão prática. Então, tanto a moral verdadeira como o direito verdadeiro são os que não contradizem os requerimentos objetivos da razão prática. Assim, no ápice de toda normatividade estão esses requisitos objetivos da razão prática, chamem-se normas de justiça ou como se queira, e só em relação a eles poderão computar-se como válidas as normas morais ou jurídicas. Na verdade, o que Alexy está defendendo não é a vinculação entre direito e moral, mas entre direito e razão prática objetiva, à margem da qual está o procedimento para *averiguação* dos conteúdos dessa razão prática normativa. Por isso a pretensão de correção só pode ser pretensão de correspondência com esse padrão objetivo ou objetivável.

O estatuto das normas de direito é redefinido de um modo que vemos em Alexy e agora podemos compreender melhor. A pirâmide normativa alexyana pode ser reconstruída da seguinte maneira:

Justiça
Direito positivo sem defeito
Direito positivo defeituoso
Direito positivo que não é direito

3. A contradição performativa e seus curiosos exemplos

Alexy aduz que a necessária conexão conceitual entre direito e moral é perceptível pela presença inevitável da pretensão de correção no direito e que incorrem em “contradição performativa” e, conseqüentemente, no erro conceitual,⁷ tanto uma Constituição que contenha um artigo que diga “*X es una república soberana, federal e injusta*” quanto um juiz que em sua sentença diga “*El acusado es – equivocadamente – sentenciado a cadena perpetua*”.⁸

Vale a pena considerar os exemplos com os quais Alexy ilustra sua ideia de contradição performativa. Recordemos que, segundo Alexy, “*quien afirma algo, eleva una pretensión de verdad o corrección [Richtigkeit]*”. E acrescenta: “*Esta tesis puede ser apoyada en que cuando se la niega surge una contradicción performativa. En una contradicción performativa incurre quien al realizar un acto de habla presupone, pretende o da por sentado [voraussetz, beanspruch oder impliziert] algo que contradice el contenido de ese acto de habla*”.⁹

Em seguida, esclarece isso com um exemplo: “*Tomemos la siguiente afirmación: (I) Yo afirmo que llueve y señalo a tal propósito que eso es falso. Esta afirmación encierra una contradicción performativa, pues una parte de lo que es dicho (‘yo señalo a tal*

7 ALEXY, 1998, p. 130.

8 ALEXY, 1998, pp. 129 e 130. Há vinte ou trinta lugares mais, na obra de Alexy, onde se citam para o mesmo propósito esses exemplos.

9 ALEXY, 1995, pp. 135-136.

propósito que es falso'), contradice lo que al realizar mi afirmación necesariamente presupongo, esto es, la pretensión de verdad o corrección".¹⁰

Veamos isso com calma. Quem afirma “chove” e “é mentira que chove” diz “chove e não chove”. Isso é uma pura contradição lógica. Incorreria em uma contradição idêntica quem dissesse “A norma N é direito e não é direito”. Ninguém pode pretender, na ausência de diferenciações ulteriores, que sejam simultaneamente verdadeiras as afirmações “chove” e “não chove” ou as afirmações “N é direito” e “N não é direito”. Ambas, e sem mais esclarecimentos ou especificações, não podem aspirar serem simultaneamente verdadeiras. Que seja verdadeira uma ou outra proposição de cada par contraditório dependerá das condições de verdade que se aceitem no respectivo campo. Conforme essas condições, uma ou outra das proposições contraditórias será verdadeira por cumprir tais condições de verdade e a outra será falsa; ou as duas serão falsas.

Para o caso das normas, a contradição pragmática se daria se, por exemplo, um juiz dissesse: “A norma N, que se aplica ao caso que julgo, é direito; mas deixo de aplicá-la como se não fosse direito”. Se uma das condições de verdade da afirmação de que uma norma jurídica integra o direito é que as normas jurídicas não podem ser radicalmente injustas, um juiz no seu pleno juízo não dirá “A norma N, que se aplica ao caso, é direito; mas a deixo de aplicar como se não fosse direito”, mas: “A norma N, que se aplica ao caso, não é direito, por ser radicalmente injusta; de modo que não a aplico porque não é direito”.

O juiz que dissesse “a norma N, que se aplica ao caso, é direito e muito injusta, mas por ser direito a aplico”, só cairia em contradição se empregasse um conceito de direito

10 ALEXY, 1995, p. 136.

segundo o qual a não injustiça radical é condição para que uma norma seja direito. Mas um juiz que trabalha com um conceito de norma jurídica em que não esteja pressuposta essa condição de não injustiça não cai em nenhuma contradição, nem lógica e nem pragmática,¹¹ ao aplicar a norma que

- 11 Ao final, resulta que para Alexy a contradição pragmática ou performativa não é mais que uma contradição lógica que se mostra de certa maneira: *“el núcleo de una contradicción performativa es una contradicción en el sentido clásico. El carácter performativo resulta del hecho de que sólo una parte de la contradicción se origina en lo que se declara explícitamente realizando el acto jurídico, mientras que la otra parte está implícita en la pretensión, necesariamente conectada con la ejecución de ese acto”* (ALEXY, 2001, pp. 101-102). A contradição performativa *“se basa en el concepto clásico de contradicción, que puede ser aplicado a los actos de producir el derecho, porque esos actos expresan e implican contenidos asertivos o proposicionales”* (ALEXY, 2001, p. 102). Desse modo, a contradição está presente em um raciocínio como o seguinte: 1. Eu, legislador, não posso fazer direito se não pretendo (e consiga) fazer direito justo (ou não muito injusto). 2. Não pretendo que seja justa (ou que seja muito injusta) a lei L, que eu, legislador, faço. 3. A lei L que tenho como direito é direito, apesar de não pretendê-la justa (ou não muito injusta). A contradição performativa consiste no caráter entimemático de meu raciocínio quando não expreso a premissa 1. Mas a chave reside no fato segundo o qual meu raciocínio continuará sendo contraditório, para Alexy, mesmo quando eu não assumo o conteúdo da premissa 1. Quer dizer, há contradição no raciocínio do legislador que pense dessa forma: 1. Eu, legislador, posso fazer direito mesmo que seu conteúdo seja injusto (ou muito injusto). 2. Não pretendo que seja justa (ou que não seja muito injusta) a lei L, que eu, legislador, faço. 3. A lei L que tenho como direito é direito, apesar não pretendê-la justa (ou muito injusta). Mas este segundo raciocínio não inclui nenhuma contradição lógica. Em consequência, se Alexy defende que nele está presente uma contradição performativa, deve ser porque uma contradição performativa não é uma contradição “clássica”, quer dizer, uma contradição lógica. Desse modo, para Alexy, uma contradição performativa não é a que aparece quando o raciocínio é errôneo porque é errôneo o conteúdo das premissas, nesse caso a 1. A “contradição” é substancial, não formal, se assim se pode dizer. Não é que no segundo raciocínio esse legislador se contradiga, mas que não respeitou a verdade sobre o que o direito é ou pode ser. E por que o direito é assim? Porque o diz Alexy. Uma vez mais: a contradição performativa certamente não é prova do argumento da união essencial entre direito e moral, mas consequência de não se assumir dita união essencial. Alexy chama de performativamente contraditório o que na realidade é, para ele, um raciocínio que parte de uma premissa falsa. Falsa segundo Alexy.

é direito – conforme outros tipos de condições, de natureza institucional –, mas que é radicalmente injusta. Portanto, somente a partir do axioma de que não é direito a norma injusta se pode acusar o juiz que a aplica de contradição. Pensemos nas ocasiões em que o sistema jurídico prevê mecanismos para que o juiz aplique a norma injusta, mostrando que é injusto o resultado a que conduz no caso concreto. Tal acontece no direito espanhol quando se permite ao juiz indicar a conveniência do indulto para o réu a quem penalmente condena (art. 4.4 do Código Penal).

Se você é juiz, aplica a norma jurídica N – jurídica segundo os requisitos do próprio sistema jurídico-positivo – e afirma “aplico a este caso a norma jurídica N, que se amolda ao caso, embora considere que a solução que N dá ao caso é injusta”, você enquanto juiz não incorre em nenhuma contradição nem lógica e nem performativa. O que aparece em seu enunciado são dois juízos, cada um dos quais dependente de um sistema normativo distinto. Por um lado, quer dizer que N cumpre os requisitos para ser norma jurídica e, como tal, é aplicável segundo o estabelecido no sistema jurídico, e que o resultado de aplicar N ao caso também será jurídico, em função do mesmo sistema. Quer dizer que N e sua aplicação são ou se pretendem *juridicamente* corretas. Por outro lado, ao dizer que N – ou seu resultado no caso concreto – é injusta, você está aplicando os parâmetros de outro sistema normativo, o sistema moral, e conforme o sistema moral você considera correta sua tese de que N ou seu resultado são injustos.

Não há nenhum problema lógico nem pragmático quando se afirma que, sob o ponto de vista do sistema tal, X é uma coisa, e sob o ponto de vista de outro sistema, X é outra coisa. Não caio em contradição se digo “este quadro é uma obra de arte e é economicamente pouco valioso”, a não ser

que se aceite que não pode haver arte sem um elevado valor econômico e que arte e economia estão “conceitualmente” vinculados dessa maneira. Tampouco há contradição se digo “este quadro é uma grande obra de arte, mas eu não pagaria por ele nem um euro, mesmo que tivesse muitos euros”. Em suma, quando um juiz afirma “aplico esta norma jurídica que é injusta”¹² só haverá contradição performativa para aqueles que defendem a justiça – ou a não radical injustiça – como condição de juridicidade das normas jurídicas. Por conseguinte, na discussão entre positivas e antipositivas a tese da pretensão de correção não serve como prova da união conceitual ou ontológica entre direito e moral. Ao contrário, a referida tese é efeito daquela suposição prévia de tal união conceitual, que deverá ser provada ou justificada mediante outros argumentos, não por meio do argumento da pretensão de correção.

Se você, juiz, diz que N ou o resultado de sua aplicação são juridicamente corretos, você levanta uma pretensão de correção *jurídica*. Se simultaneamente afirma que N ou o resultado de sua aplicação são *moralmente* incorretos, formula uma tese moral para a qual também pretende correção. Para justificar seu juízo como correto, apelará no primeiro caso para o sistema jurídico; para justificar a correção do juízo moral, terá que argumentar a partir do sistema moral. Em que situação se encontra esse juiz? Não diante de uma contradição lógica ou performativa, de modo algum, mas ante um *dilema* pessoal, um dilema concernente à sua decisão individual, dilema que somente poderá se resolver dando preferência, em sua decisão, a um desses dois sistemas, o jurídico ou o moral.

O positivismo não nega esses dilemas pessoais ou essas contradições objetivas entre sistemas normativos diferentes,

12 Ou um legislador que diz: “voto a favor desta lei, que é injusta”.

nem defende que sempre e em todo caso aquele que decide tenha que dar prioridade ao sistema jurídico.¹³ A única coisa que o positivista sustenta é que se o juiz atende preferencialmente ao sistema jurídico, essa sua decisão, em tal situação, será jurídica, mas imoral, ao menos para quem se vincule a esse sistema moral. Por outro lado, se o juiz se inclina a favor da moral, sua decisão será moral, mas antijurídica. O que jusmoralistas como Alexy tentam é descartar esse tipo de dilemas, que eles traduzem em contradições performativas para evitá-los, baseando-se na crença de que uma decisão plenamente jurídica somente será jurídica se também for moral. Dessa forma, extinguem a possibilidade de que uma decisão jurídica seja jurídica e imoral ou antijurídica e moral, dado que somente poderá haver no direito decisões que sejam ao mesmo tempo perfeitamente jurídicas e morais ou imorais e antijurídicas.

Vamos a outra comparação de Alexy:

*Las pretensiones implícitas pueden hacerse explícitas mostrando que su negación explícita es absurda. Supóngase un juez que pronuncia el siguiente fallo: "Se condena al acusado, en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua". Lo absurdo de tal fallo resulta de la contradicción entre la pretensión de corrección implícitamente formulada en los actos de aplicación del derecho y su negación explícita. Esa contradicción sólo podría ser evitada si la pretensión de corrección fuese abandonada y reemplazada por alguna clase de pretensión de poder. Pero ello significaría decir adiós al derecho. Una práctica social que no pretendiese nada más que el poder o la fuerza no sería un sistema jurídico. En este sentido, la pretensión de corrección está necesariamente vinculada con el derecho.*¹⁴

13 Estou convencido de que Raz tem muita razão quando indica que: "legal positivists are more likely than natural lawyers or other non-legal positivists to affirm that sometimes courts have (moral) duties to disobey unjust laws" (RAZ, 2007, p. 29, n. 28).

14 ALEXY, 2005a, p. 22.

Toda atividade é regida por normas para seu correto desempenho. Essas normas são assumidas por quem pretenda realizar adequadamente dita atividade, obtendo os resultados que lhes são próprios em condições normais e figurando o agente como um competente realizador da referida atividade.¹⁵ Quando escrevo este parágrafo, pretendo coisas tais como: que se entenda o que quero expressar, que haja coerência entre as ideias que exponho, que minhas descrições das ideias de Alexy sejam fiéis ao que Alexy disse, que minhas frases estejam bem construídas sintaticamente, que minhas inferências sejam formalmente corretas, que os termos que emprego sejam utilizados com propriedade, que a ortografia das palavras que escrevo esteja correta etc. etc. etc. Com isso, estou assumindo uma ampla série de regras relativas ao caso: regras da lógica, da semântica, da sintaxe, do trabalho intelectual e acadêmico, dos modos de expressão e das fórmulas do ensaio jurídico etc. Se eu escrevo: “Em meus escritos respeito escrupulosamente a ortografia” desautorizo a mim mesmo nesta atividade, da mesma forma que o farei se atribuir a Alexy as ideias de Kelsen ou se imputar a Alexy uma citação que na realidade corresponde a Bulygin. Ainda mais grave será o meu erro se disser: “Vou expor o pensamento de Alexy sobre a pretensão de correção sem me importar nem um pouco com o que Alexy realmente disse ou deixou de dizer sobre esse assunto, e sem nenhuma fidelidade aos seus textos”. Não posso imaginar, então, que alguém leve a sério minha pretensão de correção como especialista nesses temas. Por outro lado, se digo que vou expor as ideias de Alexy com todo rigor e honestidade que me são possíveis, mas que estou em desacordo com elas por tais e tais razões, minha pretensão de correção se mantém incólume, não sucumbo a nenhuma contradição nem lógica

15 RAZ, 2007, p. 226.

e nem “performativa”; o juízo sobre se realizei bem minha tarefa dependerá de como respeitei as regras que lhe são próprias, se estive de acordo ou em desacordo com os conteúdos de minhas afirmações.

Quando um juiz resolve um caso depois de ter interpretado a norma que aplica, ele está na mesma situação. Também para essa atividade estão estabelecidas algumas regras. Uma delas é que se deve buscar a interpretação correta e que se deve justificar por que parece ser a mais correta a interpretação que se escolhe. Se esse juiz diz: “condeno o acusado, em virtude de uma interpretação errônea do direito vigente, à prisão perpétua” o que se mostra é que foi descumprida a regra de sua atividade, que indica que ele deve se inclinar pela interpretação que lhe pareça melhor e que deve justificar por que lhe parece a melhor entre as possíveis. Não que a descumpra se objetivamente ela não é a melhor interpretação entre as possíveis, mas sim a descumpra quando diz que opta pela interpretação pior entre as possíveis ou por uma que é errônea. O mesmo acontece se eu escrever que vou expor as ideias de Alexy, mas que o farei falseando deliberadamente o que Alexy escreve.

Tanto na tarefa do juiz quanto na minha, só se poderá falar que assumimos uma pretensão de justiça se no ponto de partida, no axioma inicial, estabelecermos irrefutavelmente que o juiz tem que se inclinar pela interpretação mais justa ou que o comentarista de Alexy deve fazer a exposição mais favorável. Quando o jusmoralista sustenta a primeira afirmação, está colocando, em consonância com sua ideia de direito,¹⁶ uma condição para a atividade judicial. Mas as regras que de fato e em qualquer prática habitual regem são

16 Não se pode deixar de citar aqui uma das considerações que Raz faz sobre a tese de Alexy: “*the correctness thesis, as I explained and generalised it, is not empty, but it is formal. It is also a conceptual truth. It marks the nature of purposive activity (and its products). Having a purpose involves subjecting oneself to some*”

as que de fato são, não aquelas que cada um queira acrescentar. Se em determinada sociedade e em dado momento uma das condições para a interpretação judicial correta, ou para a decisão correta do juiz, é a de que se faça justiça (moralmente) ao caso e às partes, dita condição irá reger; se não, não; independentemente do que diga Alexy ou eu. Descrever práticas é algo diferente de desenhar ao nosso bel-prazer modelos de práticas.

Suponhamos que eu venda a meu vizinho um quilo de batatas. Quantas batatas devo entregar-lhe em troca do preço por elas acordado? Um quilo. Imaginemos também que não teremos em mãos e nem poderemos conseguir nenhuma balança ou outro instrumento para pesá-las; imaginemos que meu vizinho as queira imediatamente e que entre nós foi acordado que lhe darei o que a meu ver, sopesando-as, me pareça um quilo de batatas. Acrescentemos que sou e quero ser honesto com meu vizinho e comigo mesmo, e que desejo que as batatas que entrego cheguem o mais próximo possível de um quilo, embora não possa estabelecer o peso real com plena exatidão. Tenho uma pretensão de correção? Sim, tenho a pretensão de que o “quilo” de batatas que lhe

standards of correctness, standards establishing that the purpose is worth adopting and pursuing, etc. It is a conceptual thesis not specifically about the law (though it applies to the law) but about the nature of purposes, intentional actions and their products, i.e. that in being endorsed by their agents, who could in principle reject them, they commit their agents to standards of appropriateness”. E segue: “The thesis is formal in that it does not determine what standards apply. [...] Different standards apply to different activities and pursuits. It is the nature of various activities, and of the circumstances in which they are undertaken, which determines which standards apply to them. If the law is committed to standards of justice this follows from the nature of law, not from the nature of purposeful activity. It follows that nothing can be learned from the correctness thesis about the nature of law. Rather, once we have established, in light of other arguments, what is the nature of law, and only then, will we be able to conclude which commitments the law makes, or what claims it makes. The correctness thesis, being a formal thesis, while true, affords no specific help in elucidating the nature of law” (RAZ, 2007, p. 28).

entrego seja verdadeiramente um quilo, quer dizer, que o resultado da minha ponderação das batatas se aproxime o máximo possível do resultado exatamente devido segundo o contrato firmado com meu vizinho. Isso significa que a justiça opera como padrão normativo, pois estabelece o que é um quilo? Não, o que é um quilo é estabelecido pelo sistema de pesos que aceitamos, segundo o qual – para entendermos em termos simples – um quilo é o que pesa um litro de água e a partir daí se trabalha com o sistema métrico decimal.

E a moral não entra em jogo? Não há também em mim uma pretensão de correção moral? Sim, há, desde o momento em que disse que quero ser honesto e que o “quilo” que lhe dou é verdadeiramente um “quilo”, nem mais, nem menos. Meu problema – e o do meu vizinho – está em que não temos com o que pesar as batatas ou com o que pesá-las com precisão suficiente para saber quantas dão um quilo. Dessa forma, sou eu que decido, com o aval do meu vizinho, combinando três coisas: discricionariedade (será um “quilo”, na falta de uma balança, o que eu diga que é um quilo, dentro das margens de razoabilidade, mas não de modo patentemente arbitrário); propósito de exatidão (que meu “quilo” se aproxime o máximo possível de um quilo) e propósito de honestidade ou pretensão de correção moral (não quero que minha pesagem a olho nu seja influenciada por algo que me faça deixar de ser imparcial e justo). Mas é essencial que distingamos cada coisa e não as confundamos:

a) Discricionariedade. São múltiplos os âmbitos de decisão nos quais os homens não têm uma norma, padrão ou situação que determine cem por cento qual é a decisão devida ou objetivamente correta. Se sempre que decidimos assim, com consequências que afetam a outrem, entendemos que concorre uma pretensão de correção moral se não quisermos sucumbir a contradições lógicas e performativas, e que por

essa razão a moral é parte essencial e constitutiva da matéria de nossa decisão discricionária – discricionária, porém não completamente determinada pelo respectivo sistema –, a moral faz parte também de matérias ou sistemas como a economia, a política, a prática científica, as chamadas regras ou usos do trato social, a estratégia esportiva etc. e, sobretudo, a moral condiciona todas as decisões nesses âmbitos, que são decisões com algum grau de discricionarietà. A moral, como Deus, está em todas as partes e em todas deixa sua marca essencial: nada poderá ser o que é – economia, política, decisão de estratégia esportiva, prática científica... – se é imoral ou muito imoral, pela mesma regra segundo a qual uma decisão jurídica já não é jurídica se for muito injusta ou imoral. Assim, no dia em que concluirmos que a experimentação com animais vivos é uma grande imoralidade, começaremos a dizer que o que se faz com esses experimentos não é propriamente ou perfeitamente ciência, nem tem nada a ver com o método científico.

b) Quando quero que meu “quilo” de batatas esteja o mais próximo possível do que objetivamente é um quilo, estou supondo duas coisas: que sim, há uma unidade de medida, um padrão ao qual devo me ater, e que, neste caso, tenho flexibilidade decisória mesmo supondo esse padrão e meu propósito de ater-me a ele. Tenho uma pretensão de correção conforme o sistema de pesos. Mas isso não rechaça completamente o elemento de discricionarietà presente no caso. Pois bem: o juiz se reconhece enquanto juiz porque tem que decidir seus casos segundo alguns padrões externos a ele, os quais chamamos de direito e que normalmente, pelo menos entre os juízes e em geral – se não fosse assim, seria o caos ou passaríamos para um tipo de direito do tipo sacerdotal e místico –, eles tomam como referência de suas decisões, naquilo que seja suficiente para tais decisões.

Em outras palavras, mesmo na parte discricionária de sua decisão, os juízes têm que tentar e tentam mostrar que ela é conforme ao direito ou, quando este se mostre indeterminado, não contradiz os limites do direito (positivo). Essa é a pretensão de juridicidade da sua decisão ou a pretensão de correta juridicidade (técnico-jurídica). Essa, e não uma pretensão de justiça, é a que o juiz contradiria se dissesse “condeno o acusado em virtude de uma interpretação errônea do direito vigente”.

c) Voltando ao caso das batatas, eu sei que posso usar minha margem de “pesagem”, na situação descrita em nosso exemplo, para favorecer a mim mesmo e prejudicar meu vizinho, fazendo passar por um quilo algo que julgo ser menor que um quilo, embora sem deixar excessivamente destoante para que não seja evidente minha “depravação”. Se não o faço é porque quero ser justo e, por conseguinte, aplico à minha prática de pesagem, no que há de discricionário, uma pretensão de ser justo, uma pretensão de justiça do resultado. Ora, trata-se de uma pretensão subjetiva minha, e muito louvável, mas a justiça não faz parte do sistema de pesos e medidas e nem altera seus resultados. A justiça não está na essência das batatas nem no conceito de quilo ou peso, mas sim em meus juízos. Ademais, um quilo bem pesado de batatas não deixará de ser um quilo quando a alguém lhe pareça que o justo seria que meu vizinho, devido a suas circunstâncias, recebesse mais de um quilo. Não dizemos: “que receba um quilo maior de batatas”, mas sim “que receba mais de um quilo”.

O mesmo vale para os juízes. Certamente, o sistema jurídico e judicial funciona porque a imensa maioria dos juízes não quer nem forçar sua discricionariedade perversamente e nem exercê-la por meios injustos, mas sim decidir o que honradamente lhes parece mais de acordo com o direito e,

quando os ditames deste lhes parecem duvidosos, os juízes tentam serem justos e imparciais. Mas isso não quer dizer que essa pretensão de justiça e imparcialidade que orienta suas atividades e seus juízos, naquilo que há de discricionário neles, seja parte do objeto do próprio direito, assim como a justiça não é parte nem da batata e nem do sistema de pesos com o qual estabelecemos quantas dessas batatas são um quilo. Já que não dizemos “ponha exatamente um quilo maior do que objetivamente é um quilo”, por que vamos dizer “aplique um direito diferente daquele que é objetivamente o direito aplicável” ou “o direito aplicável é D, mas não o apliquemos porque o direito aplicável não é direito”? Há realmente um problema tão grande em declarar que “o direito aplicável é D, mas não o aplicamos porque nos parece demasiadamente imoral”?

Deixei para o final desta seção o principal exemplo de Alexy, sua prova dos nove, que demonstra definitivamente a existência da pretensão de correção, queiramos ou não, e que por meio dela o direito e a moral dão as mãos e convivem até mesmo conceitualmente. Refiro-me a quando Alexy diz que há uma tremenda contradição performativa em uma Constituição que em um artigo diga “*X es una república soberana, federal e injusta*”.

Esse tipo de raciocínio é bem estranho. Antes de analisar mais e melhor seus pressupostos e consequências, que nos seja permitido formular uma comparação, que chamaremos de tese da pretensão de beleza.

Conforme a tese da pretensão de beleza, a toda escultura é imanente uma pretensão de beleza. Teremos que corrigir a formulação imediatamente, pois uma escultura por si só nada pretende, salvo se, imbuídos de animismo, acreditamos que os objetos pensam, sentem e querem. Assim, teremos que dizer: todo escultor que faz uma escultura

tem a pretensão de que ela seja bela. Com isso se estabelece a relação conceitual necessária entre escultura e beleza. Por conseguinte, incorrerá em contradição performativa o escultor que diga “esta escultura que esculpi é feia”. A contradição performativa resultaria do seguinte: se a toda escultura – a tudo aquilo que se esculpe – é subjacente uma pretensão de beleza, não posso afirmar, ao mesmo tempo em que esculpi uma escultura, que não pretendo que seja bela.

Com efeito, já estamos afundados na perplexidade.

Se eu considerar, como axioma ou tese não passível de dúvida, que uma escultura que não seja bela não pode ser propriamente uma escultura, embora possa parecer-se com uma, por ter numerosos traços em comum com as esculturas, então eu cairei em contradição se afirmar que fiz intencionalmente uma escultura que é uma escultura e que, contudo, não é bela. Mas se eu não assumo aquele axioma ou tese de partida, não caio em contradição nenhuma ao afirmar que esculpi uma escultura feia. Da mesma maneira, se eu tenho como princípio que não pode ser direito o direito injusto, cometo uma contradição se defendo que é direito dado sistema que é injusto; ou que é jurídica a norma que acredito que não é justa e nem pretendo eu, seu autor, que seja.

Em outras palavras, o argumento da contradição performativa envolve uma pura e simples petição de princípio. Não é que a contradição performativa se dê em si mesma e comprove, como se fosse um argumento decisivo, a conexão conceitual entre escultura e beleza (ou entre direito e justiça), mas o contrário: é a afirmação da conexão necessária entre escultura e beleza (ou entre direito e moral) o que provoca a contradição performativa. Ao ponto que o segundo não é argumento a favor do primeiro e o que se deve fundamentar, com argumentos reais e não aparentes, é aquela conexão conceitual necessária entre escultura e beleza (ou entre direito e moral).

Quem não parte do fato de que toda escultura – todo escultor – envolve uma pretensão de beleza, pois essa pretensão é constitutiva para que algo possa ser uma escultura, não terá nenhum inconveniente e nem cairá em nenhuma contradição ao dizer: “Esculpi deliberadamente uma escultura feia”. E mais, somente ele poderá diferenciar entre esculturas belas e feias. Para o outro, para aquele que tome a pretensão de beleza como definidora das esculturas, as esculturas só poderão ser bonitas, pois as não bonitas não serão esculturas, ou não o serão completamente.

Mas avancemos. No jusmoralismo desse tipo é comum que se mesquem duas teses que convêm diferenciar analiticamente de modo adequado. Uma é a tese da união conceitual entre direito e moral; a outra, a de que a justiça existe objetivamente. Chamaremos a primeira de tese conceitual e a segunda de tese objetivista.

Primeiramente, comentemos acerca do paralelo existente no nosso exemplo das esculturas e da beleza. A tese da relação conceitual necessária entre escultura e beleza tornava logicamente contraditório afirmar “Esta escultura é feia”, e performativamente contraditório afirmar “Pretendo fazer uma escultura feia”. *Se esta tese conceitual não caminha junto com a tese objetivista segundo a qual a beleza existe objetivamente, a tese conceitual perde toda razão de ser ou desemboca em um relativismo exatamente contrário ao que com ela se pretende.*

Avancemos um passo na abstração e ao invés de falar de esculturas falemos de arte, considerando que uma das artes é a escultura. Segundo a tese conceitual, existiria uma relação conceitual necessária entre arte e beleza, de forma que toda obra de arte contenha uma pretensão de beleza (de seu autor). Desse modo, podemos replicar algo que nós mesmos dissemos antes. Afirmou-se que não fazia sentido pensar em um escultor que em certas circunstâncias queira

fazer uma escultura feia. Se a pretensão de beleza é constitutiva da arte, esse autor quis fazer uma escultura, mas não uma escultura que seja arte, uma escultura artística. Assim também, o legislador que quisesse fazer uma norma muito injusta, que quisesse – quaisquer que fossem os motivos – fazer uma norma e impô-la, não estaria pretendendo que essa norma fosse direito; se o fizesse, cairia em contradição.

Chegamos a algo importante. É verdadeiramente racional e passível de defesa o paralelismo que no parágrafo anterior acabamos de traçar, o paralelismo entre obra artística e norma jurídica, por um lado, e entre arte e direito, por outro? Parece-me que a resposta só pode ser uma: depende de como definimos arte e de como definimos direito.

Se dotarmos a definição de arte de uma relação positiva com a beleza, há, a partir dessa definição e enquanto nos mantivermos em congruência com ela, uma relação conceitual *necessária* entre obra artística e beleza. Mas tal necessidade de relação conceitual se deve à nossa definição de arte, assim dotada da ideia de beleza, e não a razões ontológicas ou que nos transcendam. Mas também são possíveis definições de “arte” que não contenham essa referência dominante à beleza. Por exemplo, a da *Real Academia de la Lengua Española*, na acepção que aqui vem ao caso: “*Manifestación de la actividad humana mediante la cual se expresa una visión personal y desinteresada que interpreta lo real o imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros*”. Um escultor que dissesse “Vou esculpir uma escultura bem feia, mas que será uma autêntica obra de arte” não cairia em contradição lógica ou performativa caso se apoiasse em uma definição como esta, tirado do *Diccionario de la Lengua Española*.

Algum juspositivista atrevido poderia inverter a tese de Alexy? Naturalmente que sim, perfeitamente e com a mesma facilidade. Já conhecemos bem o esquema: apresenta-

-se o axioma como consequência e requer-se o princípio ao considerar demonstrado o pressuposto.¹⁷ Alexy começa por um conceito de direito no qual se integram requisitos morais de validade e aplicabilidade das normas jurídicas, insiste assim que a essência do direito – e dos profissionais do direito – consiste em pretender aquilo que ele, Alexy, vê como direito; em seguida, proclama que se contradiz aquele que não pretenda o que qualquer um em seu lugar pretenderia, caso se desse conta de que a moral encontra-se embutida no direito; por fim, chega-se à pretensão de correção, que em termos lógicos é pura consequência de que Alexy tenha estabelecido irrefutavelmente a tese da conexão entre direito e moral, tomando-a como prova daquela conexão e como base para imputar contradições ao positivista que indique como o coelho entrou no chapéu do mágico de Kiel.

Como um positivista brincalhão poderia imitar Alexy? Muito simples, seguindo um raciocínio similar ao do seguinte esquema:

(i) O direito se define por certas propriedades formais, institucionais e/ou fáticas de suas normas. Esse é o axioma originário, o X da questão.

(ii) Diz-se que quando um profissional do direito maneja com finalidades práticas as normas jurídicas, ele pretende manejar as normas jurídicas e, portanto, tem que tomá-las em conformidade com as propriedades consideradas em (i).

(iii) Acrescente-se que se esse profissional, que deve haver assumido o axioma inicial, pretende que seja jurídica uma norma que, por não ter aquelas propriedades definido-

17 A propensão circular de Alexy foi bem diagnosticada por Bulygin, autor segundo o qual nos movemos em um círculo com as abordagens de Alexy: *“la pretensión de corrección es necesaria porque los sistemas y las normas que la formulan o no la cumplen son jurídicamente deficientes y esta deficiencia tiene un carácter especial porque está basada en la necesidad de la pretensión”* (BULYGIN, 2011, p. 275).

ras, não pode ser jurídica, incorre em contradição performativa, pois querendo trabalhar com o direito e considerando estabelecido necessariamente o que o direito é, apresenta como jurídica uma norma à qual falta alguma das ditas propriedades definidoras.

(iv) Conclui-se que fica assim comprovada, mediante a sinalização dessa contradição performativa, a tese positivista da separação entre direito e moral, que foi a que se estipulou no passo (i).

Tal raciocínio é obviamente enganoso, pois (iii) não é prova ou demonstração de (i), mas sua consequência. Ou seja, reproduzimos, agora tomando como base postulados positivistas, o raciocínio pseudodemonstrativo de Alexy. Na verdade, não demonstramos dessa maneira a tese positivista da separação, exatamente como Alexy não demonstra, com seu raciocínio idêntico, a tese antipositivista da não separação. Tanto Alexy como esse imaginário positivista não fazem mais do que denominar como performativamente contraditório o modo de raciocínio que não comparte o respectivo axioma inicial. Por isso essa noção de contradição performativa não contribui absolutamente em nada para o debate fundamental entre positivistas e não positivistas.

4. Quem pretende o quê?

É praticamente impossível sair da circularidade do raciocínio de Alexy e de sua maneira de expor como prova o que é pressuposto de sua teoria. Embora haja pormenorizadamente reconhecido que um sistema jurídico como tal não pode apresentar nenhuma pretensão, pois só os sujeitos podem ter pretensões,¹⁸ é constante sua personificação dos

18 *“Las pretensiones sólo pueden ser elevadas por sujetos capaces de hablar y de actuar. Que el ‘derecho’ eleva una pretensión significa que lo hacen las personas que ejercen*

sistemas jurídicos para tais efeitos: “Según el argumento de la corrección, los sistemas normativos que no formulan una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. La no formulación de la pretensión de corrección excluye a los sistemas normativos de la clase de los sistemas jurídicos”, e essa é uma característica “definidora” ou “classificatória”:¹⁹ não há e nem pode haver sistemas jurídicos que não formulem tal pretensão.²⁰

una u otra competencia jurídica” (ALEXY, 2008, p. 63.). “En sentido estricto, las pretensiones sólo pueden ser formuladas por sujetos capaces de actuar. Por lo tanto, que el Derecho formule una pretensión de corrección sólo puede significar que aquéllos que la formulan y actúan, en y para el Derecho, lo crean, interpretan, aplican y ejecutan. El legislador y el juez son casos paradigmáticos. Que formulen una pretensión significa, en primer lugar, que sus actos institucionales, esto es, las decisiones legislativas y las sentencias judiciales, están vinculados con el acto no institucional de tal afirmación de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto” (ALEXY, 2000a, p. 219). Ultimamente Robert Alexy complica com novos conceitos problemáticos essa relação entre a pretensão dos profissionais do direito e a pretensão do próprio direito: “En un sentido literal y estricto, solo pueden elevar pretensiones los sujetos que son capaces de hablar y actuar. Sin embargo, tiene sentido hablar de pretensión de corrección del derecho, pues esta pretensión es planteada, en especial aunque no solo, por quienes ostentan cargos” (ALEXY, 2011, p. 390). “Personas que formulan la pretensión de corrección pueden ser designadas como ‘representantes del derecho’” (ALEXY, 2000a, p. 390). Essa ideia chamativa, segundo a qual o direito mesmo não pode pretender, mas acaba pretendendo por meio de seus representantes, já estava na resposta de Alexy a MacCormick. Cf. ALEXY, 2007a, pp. 334-335. A crítica segundo a qual apenas os sujeitos de carne e osso podem fazer pretensões foi bastante assinalada por MacCormick. Cf. MACCORMICK, 2011, pp. 59. Todavia, para além dessas diferenças, MacCormick concorda basicamente com Alexy em certos aspectos da pretensão de correção e, sobretudo, na adoção da tese da injustiça ou da fórmula de Radbruch. Cf. MACCORMICK, 2011, pp. 66-67 e 2008, pp. 201-202.

19 Alexy diz considerar a expressão “classificatória” melhor que a expressão “definidora”, que antes empregava Cf. ALEXY, 2001, p. 110, n. 16.

20 ALEXY, 2001, p. 63. E mais: “Los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia clasificatoria. Sólo en un sentido indirecto o metafórico puede un observador llamar ‘sistema jurídico’ a un sistema normativo que no formula ni explícita ni implícitamente una pretensión de

Se um sistema normativo não pode pretender nada por si mesmo, tratando-se antes de uma metáfora, certas consequências são inevitáveis. Se a pretensão é, na verdade, dos autores das normas, devemos nos perguntar o que pode pretender quem faz uma norma jurídica ou o hipotético e muito problemático sujeito que consideremos autor de todas elas, ou seja, do sistema.

O que pretende aquele que faz normas jurídicas? Que sejam jurídicas. Se pretendesse fazer um epitáfio para uma tumba, faria um epitáfio para uma tumba, em conformidade com as regras e os modos de criação de epitáfios. Quem faz normas jurídicas deve pretender também que sejam moralmente corretas? Segundo o jusmoralismo de Alexy, sim, sem dúvida. Porque se não pretende que as normas jurídicas sejam moralmente corretas, não estará pretendendo fazer normas jurídicas, já que não há sistema jurídico sem a pretensão de correção moral. Logo, quem quer fazer normas jurídicas não estará fazendo o que pretende se não pretende que elas sejam moralmente corretas.

Ora, se essa pretensão está relacionada aos sujeitos que fazem as normas, a condição será satisfeita se esses sujeitos *acreditarem* que elas são moralmente corretas, quer dizer, que se pode fundamentar objetivamente ou intersubjetivamente tal correção moral. Bastará essa crença sincera para que seja cumprida a condição para que haja pretensão de correção. Há correção quando o sujeito está convencido de que há correção. Mas dessa maneira a conexão entre direito e moral é contingente quanto aos conteúdos, já que será direito qualquer sistema jurídico – independentemente de seus conteúdos – que seja acompanhado por essa convicção

corrección” (ALEXY, 1997a, p. 40). “Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión pero no la satisfacen son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia cualificante” (ALEXY, 1997a, p. 41).

subjetiva: o autor pretende que o direito seja moralmente correto e pretende que seja correto em conformidade com *sua* moral sincera e honestamente exposta.

Mas logo em seguida Alexy nos informa que a pretensão não basta, devendo se satisfazer: o direito pretendido corretamente há de ser correto. Tem-se que alcançar o pretendido, pois se não for assim o sistema jurídico não é jurídico: a pretensão de correção é, para os sistemas jurídicos, condição necessária, mas não suficiente. *“Sin embargo, la pretensión de corrección tiene un carácter doble: no sólo se puede formular o no formular la pretensión de corrección sino que también se la puede satisfacer o no satisfacer”*.²¹ *“La no satisfacción de esa pretensión por un sistema jurídico, lo convierte en necesariamente deficiente”*.²²

Portanto, devemos concluir que um sistema jurídico não é deficiente, mas plenamente jurídico se: a) “formula” uma pretensão de correção; e b) essa pretensão se vê satisfeita. Como satisfazer a pretensão? Sendo o sistema objetivamente correto, tendo a propriedade objetiva de ser correto. Correto em que sentido? No sentido de não desconforme à justiça, no de não ser injusto (ou muito injusto). Mas se um sistema jurídico é não deficiente por ter a propriedade objetiva de ser justo, para que é preciso, por que é necessária a condição segundo a qual ele deve “formular” uma pretensão de ser justo ou moralmente correto? Acaso para que o próprio sistema não incorra na “contradição performativa” de ser justo sem ter querido sê-lo? Ademais, comprovamos também que a pretensão de correção, embora a entendamos como pretensão do sujeito humano “autor” do sistema, não vale como mera pretensão subjetiva de correção, mas como pretensão de ser verdadeiramente correto, justo, conforme

21 ALEXY, 2001, p. 63.

22 ALEXY, 2001, p. 64.

tal parâmetro objetivo: o da justiça objetiva.²³ Trata-se de um grande rodeio para se chegar ao jusmoralismo tradicional: o direito só é direito se não contradiz claramente a justiça. Desse modo, a tese chamada por Alexy de (pretensão de) correção não acrescenta nada à sua outra tese, a da injustiça.

Até aqui estávamos falando da pretensão de correção do sistema jurídico como tal. Sabemos que: “*Los sistemas normativos que no formulan una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos*”.²⁴ Também sabemos que eles devem satisfazê-la. Como é um sistema jurídico que formula a pretensão de correção, mas não a satisfaz? Deixa de ser um sistema jurídico por ser tal satisfação “definidora” do sistema jurídico ou, em outras palavras, “classificatória”?²⁵

23 Ouçamos Bulygin: “*aun si admitimos que todas las autoridades jurídicas (reyes, emperadores, dictadores, presidentes, legisladores, jueces, etc.) necesariamente formulan la pretensión de que las normas emitidas por ellos son moralmente correctas o justas, ¿qué garantía tenemos de que todos ellos entienden lo mismo por ‘corrección moral’ o ‘justicia’? ¿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. Sin embargo, la tesis de la vinculación necesaria entre derecho y moral implica que hay una conexión conceptual entre todo sistema jurídico, por una parte, y una y la misma moral, no cualquier sistema moral. En el caso de Alexy, es la moral universal, basada en una ética procedimental del discurso. El hecho alegado de que todos los actos de emitir normas performativamente implican una pretensión de justicia no demuestra que hay una conexión necesaria entre todos los sistemas jurídicos y esta moral específica. Para sostener esta última tesis, Alexy no sólo debe demostrar que hay una moral objetiva, sino también que esta moral es compartida por todos los que hacen derecho*” (BULYGIN, 2001, p. 88).

24 ALEXY, 2001, p. 109. No mesmo sentido: ALEXY, 1997b, pp. 40-41.

25 Segundo nosso autor, podem ser de dois tipos diferentes as conexões entre direito e moral. “*La primera será llamada ‘clasificante’ y la segunda ‘cualificante’*. Se trata de una conexión clasificante cuando se sostiene que las normas o los sistemas de normas que no satisfacen un determinado criterio moral no son, por razones conceptuales y normativas, normas jurídicas o sistemas jurídicos. Se trata de una conexión cualificante cuando se sostiene que normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos pero, son normas jurídicas jurídicamente deficientes o sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene

Não, exceto no caso da extrema injustiça desse sistema: “*Sólo cuando su deficiencia transgrede el umbral de la extrema injusticia su carácter jurídico se destruye*”.²⁶

Não é fácil se mover em toda essa miscelânea conceitual. Assim, recapitularemos um pouco, antes de continuarmos avançando.

a) Um sistema normativo que não formula uma pretensão de correção não é um sistema jurídico. Não é mais do que cru exercício do poder e da força.²⁷ Todavia, imaginemos, hipoteticamente, um sistema “jurídico” que não formula uma pretensão de correção, mas que não contém nenhuma norma gravemente injusta. Deveríamos concluir que não é um sistema jurídico, pois carece daquela condição definidora ou classificatória. Dessa maneira, a satisfação da condição de justiça não impede que um sistema deixe de ser não-jurídico, puro poder, e isso porque tal sistema não propõe a pretensão de correção: o sistema é justo sem se ter proposto sê-lo.

A escapatória dessa confusão seria, para Alexy, a seguinte: dado que todo sistema jurídico formula explícita ou implicitamente uma pretensão de correção, o sistema do nosso exemplo conteria uma formulação implícita de pretensão de correção. Dessa forma, todo sistema que não contenha demasiadas normas muito injustas é um sistema que formula a pretensão de correção, ainda que não expressamente: está implícita nele. Voltemos a observar que não é a formulação daquela pretensão que qualifica – ou é condição

es una deficiencia jurídica y no meramente moral” (ALEXY, 1997b, p. 32). Um pouco mais adiante, acrescenta: “*El argumento de la injusticia no es nada más que la tesis de la vinculación referida a una conexión clasificante*” (ALEXY, 1997b, p. 34).

26 ALEXY, 2001, p.111.

27 Contudo, se é um sistema normativo, como Alexy o caracteriza, mas não um sistema jurídico e tampouco um sistema moral, já que a todo sistema moral lhe é imanente também uma pretensão de correção, teríamos que buscar um nome. Talvez pudesse se chamar sistema normativo de poder.

para que se possa qualificar – um sistema normativo como sistema jurídico; a condição para tal é a justiça, quer dizer, a não injustiça radical de suas normas. Assim sendo, a pretensão de correção não agrega nada ao que Alexy chama de argumento da injustiça. Pois:

(i) Um sistema “jurídico” que formule a pretensão de correção, mas que contenha normas muito injustas em abundância, não é um sistema jurídico, já que não satisfaz a pretensão.²⁸

(ii) Um sistema “jurídico” que não formule expressamente a pretensão de correção, mas que não contenha normas muito injustas (em abundância) é, de todo modo, um sistema jurídico, pois se deve compreender nele implicitamente formulada tal pretensão. Quer dizer, o sistema é jurídico, por definição, se cumpre a condição da não injustiça grave.

Conclusão: as consequências seriam as mesmas se abrissemos mão da ideia de pretensão de correção, dado que a única condição real de juridicidade do sistema é a justiça (a não injustiça radical de muitas de suas normas). Um sistema normativo pode ser direito se não tiver injustiças graves, e não pode ser direito se as tiver. E ponto. O resto são voltas inúteis.

b) Agora, cabe perguntar o que acontece, segundo Alexy, se um sistema formula a pretensão de correção, mas não a satisfaz em algumas de suas normas e decisões. Vamos, em primeiro lugar, que estamos diante de uma questão

28 “El argumento de la injusticia interviene cuando, al no satisfacerse esta pretensión, se traspasa el umbral de la injusticia extrema” (ALEXY, 1997a, p. 68). “Un sistema normativo pierde su carácter jurídico si, en general, es extremadamente injusto” (ALEXY, 1997a, p. 69). “El umbral a partir del cual las normas pierden el carácter jurídico está fijado por exigencias morales mínimas. Por ejemplo, el derecho humano elemental a la vida y a la integridad física. Se sostiene que, en todo caso, este tipo de exigencias morales puede ser fundamentada racionalmente” (ALEXY, 1997a, p. 54).

quantitativa ou de graus. Se forem muitas e graves as violações da justiça que aparecem nesse sistema, ele não pode ser jurídico. E se não são tantas – quantas? – ou não são tão graves? Então, para Alexy, a pretensão de correção não se satisfaz completamente, mas o sistema continuará sendo jurídico, ainda que “deficiente”.

Nosso autor está ciente de que se a satisfação da pretensão de correção do sistema depende da realização da pretensão de correção de suas normas e decisões, a única pretensão com efeitos práticos é esta última e pouco adianta postular ou pressupor tal pretensão de correção para o sistema como um todo: *“la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce a consecuencias que van más allá de su aplicación a normas aisladas”*.²⁹ Dado que a pretensão de correção é, antes de tudo ou essencialmente, pretensão de justiça,³⁰ e considerando que a pretensão de correção se frustra quando as normas são injustas, para que o sistema satisfaça a pretensão de correção é preciso que suas normas cumpram sua própria pretensão de correção.

É inevitável a impressão de que a ideia de pretensão de correção do sistema como um todo é um artefato teórico inconveniente, por ser enigmático e inútil. Enigmático porque não se entende como um sistema normativo enquanto

29 ALEXY, 1997a, p. 73.

30 *“La pretensión de corrección formulada por el derecho comprende una pretensión de justicia. La justicia es la corrección con respecto a la distribución y el 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 equilibrios 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. [...] La pretensión de corrección formulada por el derecho no es de ninguna manera idéntica con la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral”* (ALEXY, 2001, pp. 114-115).

tal pode pretender algo; ademais, falar de um autor do sistema jurídico enquanto aquele que “pretende” é supor uma misteriosa fantasia: O poder constituinte? O povo? Os legisladores e, em caso positivo, quais deles? E inútil pelo que acabamos de dizer: porque a pretensão do sistema se exaure na pretensão de suas normas e decisões.

Alexy explica que seria desastroso se um sistema jurídico deixasse de sê-lo porque algumas de suas normas ou das decisões judiciais que nele ocorrem são injustas, pois à mínima deficiência, em termos de justiça em alguma de suas normas, esse direito já não seria mais direito: *“Todas y cada una de las incorrecciones del sistema jurídico o de una norma o decisión aislada destruiría automáticamente el carácter jurídico y, consecuentemente, la validez jurídica del sistema y de la norma y decisión aislada”*. Mas essas falhas isoladas supõem que o sistema não satisfaz a pretensão de correção, pois não a satisfaz em todas suas normas e decisões. Como é um tal sistema jurídico? É jurídico, mas “deficiente”, pois contém deficiências na satisfação de sua pretensão de correção.³¹

Temos um mapa muito complicado, que logo teremos que explicar melhor em alguns de seus pontos ainda não examinados, mas que podemos esquematizar assim:

(i) Sistemas “jurídicos” que não formulam a pretensão de correção, segundo Alexy, não são sistemas jurídicos.

(ii) Sistemas “jurídicos” que formulam a pretensão de correção, mas que não a satisfazem porque apresentam muitas normas e decisões gravemente injustas, não são sistemas jurídicos, mas sistemas de poder e força, de mera dominação.

Por certo, *deve-se entender que se tal sistema deixou de ser jurídico por essa razão, tampouco poderão ser jurídicas suas normas*

31 *“Todo lo que estoy diciendo, es que los sistemas jurídicos que no satisfacen la pretensión de corrección son sistemas jurídicos deficientes, y que las normas jurídicas que no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección son nomas jurídicas deficientes”* (ALEXY, 2001, p. 113).

e perderão a juridicidade tanto as normas radicalmente injustas como as que não são radicalmente injustas e até mesmo as não injustas. Caso contrário, teremos que afirmar que há normas que são jurídicas em relação a um sistema jurídico que não é um sistema jurídico. Por conseguinte, e por exemplo, as normas de Direito Empresarial do sistema “jurídico” nacional-socialista que não eram injustas não eram tampouco normas jurídicas. Nada jurídico poderia acontecer sob o sistema “jurídico” nacional-socialista. Qualquer sentença prolatada sob aquele sistema e para a aplicação de qualquer uma de suas normas deveria ser considerada nula, não jurídica e desprovida de efeito.

Mas clareza conceitual e coerência teórica e prática não são exatamente as principais preocupações de Alexy. Ele rejeita essa consequência que acabamos de expor, a qual chama de “tese da irradiação”. Segundo tal argumento, a atribuição de uma norma, ainda que não injusta, a um sistema que não é jurídico por ser extremamente injusto, faz com que aquela norma tampouco seja jurídica.³² Por que, segundo Alexy, essa tese não é aceitável? Porque ficaria seriamente prejudicada a segurança jurídica.³³ Por essa razão, a tese da irradiação deve ser rechaçada e, nesse sistema normativo que não é jurídico por ser extremamente injusto, somente perderão a juridicidade aquelas normas isoladas que, em seu conteúdo, ultrapassem o limiar da injustiça radical.³⁴ As outras serão válidas, serão jurídicas, serão direito, sejam em seu conteúdo justas ou meramente injustas, sem aquele caráter aberrante.

32 ALEXY, 1997a, p. 69.

33 “La seguridad jurídica quedaría muy afectada si una norma que se encuentra por debajo del umbral de la injusticia extrema perdiera su carácter jurídico por participar de alguna manera en el contenido de injusticia de todo el sistema y, por ello, ser típica del sistema” (ALEXY, 1997a, p. 70).

34 ALEXY, 1997a, p. 71.

Descoberta extraordinária. Agora podem existir normas jurídicas, até mesmo jurídico-positivas, que são jurídicas embora não o seja o sistema ao qual pertencem e conforme ao qual foram criadas. Elas não podem extrair desse sistema sua validade ou juridicidade, pois ele não a possui. Então, de onde virá? Mais um mistério dos muitos que povoam as trevas conceituais alexyanas.

E, para finalizar, vejamos o parágrafo com o qual ele conclui o assunto: *“Por ello, no puede conducir [a tese da irradiação] a que del carácter de injusticia de un sistema, total resulten consecuencias que vayan más allá de la aplicación del argumento de la injusticia a las normas aisladas”*.³⁵

Se do caráter de injustiça de um sistema, se de sua injustiça extrema – disso se está falando no momento – não se pode depreender mais consequências do que a não validade como direito de algumas normas particulares – muitas ou poucas³⁶ – desse sistema, por que Alexy nos diz que a tal tremenda injustiça do sistema leva à não juridicidade do próprio sistema, à sua condição de não direito? Onde chegaremos chegar? Inevitavelmente, no seguinte: o sistema não vale como direito, mas algumas de suas normas valem sim como direito desse mesmo sistema. Nunca se viu algo assim.

35 ALEXY, 1997a, p. 71.

36 Alexy não conserta nada quando acrescenta que *“el sistema total se derrumba como sistema jurídico cuando hay que negar el carácter jurídico a muchas normas, especialmente a muchas normas aisladas importantes para el sistema. La razón del derrumbe no es algún tipo de irradiación, sino el simple hecho de que ya no quedan normas suficientes para un sistema jurídico”* (ALEXY, 1997a, p. 71). Ficamos na mesma. Se já não há sistema porque não há normas suficientes, não há sistema; nem, portanto, normas desse sistema que sejam válidas. Mas se Alexy está afirmando que mesmo quando já não há sistema, sobrevive a validade de suas normas não radicalmente injustas, nos encontramos diante de um mistério da teoria jurídica quase igual ao da Santíssima Trindade: há normas juridicamente válidas de um sistema que já não é jurídico e que não é jurídico porque não possui normas em número suficiente para sê-lo.

Alexy chega sim a abordar brevemente o problema de qual é a fonte de validade das normas jurídicas que “pertencem” a um sistema jurídico que não é jurídico. E informa que quando um sistema jurídico colapsa devido à total injustiça de grande parte de suas normas, tal sistema perde sua existência e desaparece assim o fundamento de validade das normas dele remanescentes (as não muito injustas). Solução: o fundamento de validade dessas normas estaria ou no direito consuetudinário ou no direito natural, mas “*sería ya otro sistema, no obstante la identidad parcial de las normas*”.³⁷ E, como essa explicação lhe parece pouco adequada,³⁸ Alexy acaba sustentando que, na realidade, “*la aplicación del argumento de la injusticia a un sistema jurídico como un todo no conduce a consecuencias que van más allá de las consecuencias de su aplicación a normas aisladas*”.³⁹ Se entendemos bem, o resultado final é impactante, pois consiste em negar a tese de partida: ainda que possam existir sistemas jurídicos que percam sua juridicidade devido à grande quantidade e importância de suas normas injustíssimas, na realidade e na hora da verdade esses sistemas não perdem a juridicidade, o que acontece apenas com suas normas insuportavelmente injustas, sejam elas muitas ou poucas. Trata-se de todo um tratado de lógica e rigor conceitual isento de contradições, sejam performativas ou quaisquer outras...

(iii) Sistemas jurídicos que contém normas ou decisões injustas, sejam elas gravemente injustas, mas poucas, sejam elas meramente injustas, embora muitas, são sistemas jurídicos “deficientes”.

Qual é a fronteira entre sistemas “jurídicos” que, de tão injustos, deixam de ser jurídicos, e sistemas que continuam

37 ALEXY, 1997a, pp. 72-73.

38 ALEXY, 1997a, p. 73.

39 ALEXY, 1997a, p. 73 e 93.

sendo jurídicos apesar de contarem com certo número de normas extremamente injustas? Para que não se diga que estamos compilando enigmas ao acaso, sigamos Alexy. Para que a juridicidade do sistema jurídico desapareça, é preciso que, por serem radicalmente injustas, deixem de ser jurídicas “muitas” de suas normas, especialmente “*muchas normas aisladas importantes para el sistema*”.⁴⁰ Mas quantas? Tantas para que, descontadas, não restem “*normas suficientes para un sistema jurídico*”.⁴¹ Qual é o número mínimo de normas de um sistema jurídico? Não consta que Alexy o tenha esclarecido. Somente nos fez notar que se restam muitas normas em um sistema jurídico, que por serem muito injustas não são jurídicas, e são normas importantes, o sistema jurídico desaparece. Mas um parágrafo mais adiante ele também diz: “*Aun cuando por razones morales haya que negar carácter jurídico a muchas normas aisladas y entre ellas figuren muchas normas importantes para el sistema, éste puede seguir existiendo como sistema jurídico. El presupuesto para ello es que conserve el carácter de jurídico un número mínimo de normas necesarias para la existencia de un sistema jurídico*”.⁴² Tremendo! Alexy tinha acabado de nos dizer que quando desapareçam muitas e importantes normas, o sistema jurídico deixaria de existir, mas linhas depois ele nos explica que, embora sejam muitas e importantes as normas que deixem de ser jurídicas, o sistema pode manter sua juridicidade, pois basta que conserve um mínimo de normas. Ou seja: um sistema deixa de ser jurídico quando muitas normas perdem a juridicidade, e por muitas se entende as que não deixem nem um mínimo delas. Com isso, repetimos aqui a pergunta: quantas formarão esse mínimo que permite a subsistência do sistema jurídico?

40 ALEXY, 1997a, p. 71.

41 ALEXY, 1997a, p. 71.

42 ALEXY, 1997a, p. 72.

Porque é de se supor que quanto mais alto for esse número mínimo, menos “muitas” serão as muitas normas que podem desaparecer do sistema sem que lhe aconteça algo. Terá sido jurídico o sistema “jurídico” do nazismo? Terá Alexy feito o cálculo correspondente?

(iv) Sistemas jurídicos que formulam a pretensão de correção e, além disso, a satisfazem sempre, pois não têm nem normas e nem decisões injustas, seriam sistemas jurídicos perfeitos, sem nenhuma deficiência. Deveremos supor que pode haver algum, já que, se não fosse assim, teríamos que concluir que “sistema jurídico” é sinônimo de “sistema jurídico deficiente” e se tornaria completamente prescindível a ideia de “sistema jurídico deficiente”, já que não acrescentaria nada ao conceito de sistema jurídico.

(v) Normas jurídicas ou decisões que não formulam a pretensão de correção são juridicamente deficientes.

(vi) Normas “jurídicas” e decisões que são grave ou radicalmente injustas não são jurídicas.⁴³ Como sabemos,

43 *“Todo fallo judicial formula necesariamente una pretensión de corrección. Un fallo basado en una injusticia extrema y que constituya una injusticia extrema no satisface, en extrema medida, esta pretensión”* (ALEXY, 1997a, pp. 63-64). Deve-se ter em conta que essa não juridicidade das normas aberrantemente injustas parece que não se deve à não satisfação da pretensão de correção inerente a toda norma jurídica possível, mas à própria injustiça. Ao apresentar o “argumento da correção”, Alexy diz que: *“En el caso de las normas aisladas y de las decisiones judiciales aisladas, la pretensión de corrección tiene una relevancia exclusivamente cualificante. Son jurídicamente deficientes si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección”* (ALEXY, 1997a, p. 42). Mas ao expor o “argumento da injustiça”, argumenta que: *“cuando traspasan un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico”* (ALEXY, 1997a, p. 45). *“Antes del umbral de la injusticia extrema, una lesión de la moral no tiene como consecuencia que la norma en cuestión o la decisión en cuestión pierdan el carácter jurídico, es decir, que no sea derecho (conexión clasificante) sino sólo a que ella constituya una norma o una decisión jurídicamente defectuosa (conexión cualificante)”* (ALEXY, 1997a, p. 83). Não parece ser fácil resolver essa parte da verbosidade. Acontece que a pretensão de correção é, primordialmente – embora não só –, uma preten-

se forem muitas fazem com que tampouco seja jurídico o sistema “jurídico”.

(vii) Normas jurídicas e decisões meramente injustas, sem aquela gravidade, são jurídicas, mas de forma deficiente, pois não satisfazem sua pretensão de correção.

(viii) Normas jurídicas e decisões perfeitamente justas – supostas também as condições institucionais – são normas e decisões perfeitamente jurídicas, já que satisfazem a pretensão de correção.

Notemos o que ocorre com as normas e as decisões deficientes por não cumprirem plenamente a pretensão de correção que se supõe tanto para elas como para o sistema. Alexy explica o fato de poderem continuar sendo jurídicas, embora de modo deficiente, apesar de serem injustas – exceto as que ultrapassem “o limiar da extrema injustiça” –, distinguindo “entre uma formulação subjetiva pessoal” da pretensão de correção e uma formulação “objetiva ou oficial” dessa pretensão. Isso deveria se chamar efeito multiplicador

são de justiça (ALEXY, 1997a, p. 43). Logo se ensina que uma norma que formule dita pretensão, mas que não a satisfaça, não deixa de ser jurídica, embora o seja deficientemente. Aqui a relevância da pretensão não é, pois, classificatória, mas qualificante. Nesse momento Alexy nos diz que a norma aberrantemente injusta não é direito, deixando de ser jurídica devido a essa razão. Não deveríamos entender que com isso se dá uma exceção àquela afirmação geral anterior, segundo a qual a relevância da pretensão de correção para as normas isoladas é exclusivamente qualificante? Se tal relevância é exclusivamente qualificante, uma norma injusta é jurídica, ainda que deficientemente, qualquer que seja o grau de sua injustiça, quer dizer, o nível de insatisfação da pretensão de correção. Então não pode ser verdade que haja um umbral de injustiça que faça tal norma ser antijurídica. Mas com o argumento da injustiça e a alusão aos efeitos de uma norma que se localize nesse umbral de injustiça se está afirmando que nesses casos há insatisfação, com efeitos classificatórios, dessa pretensão de correção que é ao mesmo tempo pretensão de justiça. A única maneira de se livrar da inconsistência seria sustentar que a pretensão de correção não é pretensão de justiça, mas isso Alexy não faz de modo algum. Basta ver seus exemplos arquirrepetidos de “contradição performativa”, como o onipresente “X é uma república soberana, federal e injusta”.

das pretensões. Justapõe-se aquilo que é pretendido pelos sujeitos com aquilo que é pretendido pelo próprio sistema ou pelas normas e decisões em si, de maneira que fica definitivamente claro que Alexy presume o impossível: que as pretensões dos sistemas e as normas institucionais não se confundam com as pretensões dos sujeitos de carne e osso e sejam autônomas em relação a elas. Vejamos:

A base de seu raciocínio está na “*distinción entre una formulación subjetiva o personal de una pretensión, y una formulación objetiva u oficial*”:⁴⁴

*Los actos jurídicos están engastados en el contexto institucional de un sistema jurídico. La validez jurídica de una decisión judicial o de un acto legislativo resulta de las normas de competencia que facultan al juez o al parlamento. Las personas que ejercen estas competencias o poderes practican un rol oficial en el sentido jurídico. La pretensión de corrección está necesariamente conectada a este rol oficial; necesariamente conectada, siempre que el sistema jurídico en tanto un todo formule esa pretensión. Un juez que niega la pretensión de corrección sólo puede hacer esto de una manera subjetiva o personal. Siempre que actúe como juez, la pretensión de corrección es formulada objetiva y oficialmente. Inevitablemente hay una contradicción entre el lado subjetivo o personal y el lado objetivo u oficial. Esta es otra forma de expresar la teoría de las contradicciones performativas.*⁴⁵

Assim, se um juiz quer que sua sentença seja incorreta, por ser injusta, ou um legislador pretende que sua lei seja incorreta, também por ser injusta, tais pretensões subjetivas não são mais do que isso: subjetivas; contudo, se o sistema jurídico como um todo formulou a pretensão de correção, as pretensões subjetivas do juiz e do legislador continuam sendo nada mais que subjetivas, mas a sentença em si ou a lei em si continuarão pretendendo-se corretas e tal pretensão será objetiva. Tal é assim porque em um sistema, que em

44 ALEXY, 2001, p. 111.

45 ALEXY, 2001, pp. 111-112. Cf. no mesmo sentido, ALEXY, 2011, p. 391.

si se pretende correto, não podem se pretender incorretas certas leis ou sentenças. Então, importa para alguma coisa a pretensão subjetiva de incorreção do juiz ou do legislador? Para o direito não importam nem um pouco, pois tudo dependerá do fato de a norma ou a sentença serem objetivamente corretas, tal como elas mesmas pretendem, dado que o sistema assim pretende. A única coisa para a qual importa esse choque de pretensões é para dizer ao juiz que ele incorre em uma “contradição performativa” peculiar, pois como alguém há de pretender, como juiz, o que como juiz é impossível que ele pretenda?

Um juiz que subjetivamente quisesse ditar uma sentença injusta – porque, por exemplo, lhe convém decidir assim, mesmo estando convencido de que comete injustiça –, mas que prolatasse uma decisão objetivamente justa estaria satisfazendo as pretensões de correção do sistema e da sentença em si. Não sei o que aconteceria com sua pretensão subjetiva de cometer injustiça, mas suponho que isso não importa muito, salvo se ele se incomodasse se o chamássemos de “contraditório performático”. E o juiz que subjetivamente formula a pretensão de correção para sua sentença, mas que acaba prolatando outra que, sem querer, seja injusta? Ele veria insatisfeita sua pretensão subjetiva, mas já concordamos que isso não tem grande importância. O que importa é que sua sentença seria jurídica, mas deficiente, dado que não satisfaz nem a pretensão de correção do sistema em si e nem sua própria pretensão de correção, a da sentença em si. E tudo isso para demonstrar, segundo Alexy, que a sentença injusta não é jurídica.

O que acabamos de dizer para o juiz tem de valer, ponto por ponto, para o legislador.

Mas prossigamos a investigação com o objetivo de chegar ao fundo da questão sobre a pretensão de correção

da sentença judicial e suas consequências. Escreve Alexy:

Un fallo judicial encierra necesariamente una pretensión de corrección. A causa de su vinculación necesaria con el fallo judicial, ésta es una pretensión jurídica y no meramente moral. A esta pretensión jurídica de corrección corresponde un deber jurídico de satisfacerla, sin que importe cuál sea la consecuencia jurídica de la violación de este deber. La pretensión de corrección exige que en un caso dudoso se lleve a cabo siempre una ponderación y, por lo tanto, se tomen en cuenta los principios cuando ello sea posible. Así, no se cumple la pretensión de corrección si en un caso dudoso un juez elige una de las dos decisiones conciliables con el material dotado de autoridad aduciendo la siguiente fundamentación: "Si hubiese ponderado hubiese llegado a otra decisión; pero no he ponderado". Con esto se ve claramente que en todos los sistemas jurídicos en los que existen casos dudosos, en los que la ponderación es relevante, ella está exigida jurídicamente y, por lo tanto, también lo está la consideración de principios. Esto significa que en todos los sistemas jurídicos de este tipo, por razones jurídicas, los principios son elementos necesarios del sistema jurídico.⁴⁶

Analisemos:

(i) Repete-se a ideia, já vista, de que toda decisão judicial contém necessariamente uma pretensão de correção. Como a decisão judicial tem caráter jurídico, a pretensão nela contida também há de ser jurídica e não meramente moral. Quer dizer, trata-se de uma pretensão moral convertida em pretensão jurídica simplesmente por estar em uma decisão judicial. Por que há de se entender que o caráter jurídico do ato que se executa – nesse caso, a sentença de um juiz – torna jurídicas as pretensões a ele ligadas? Um mecânico recebe um carro para resolver certa falha mecânica. Essa é a finalidade de sua atividade; além disso, ele pretende fazer o reparo de maneira tecnicamente perfeita e, ao mesmo tempo, da forma menos onerosa para o dono do veículo. Poderia afirmar-se que esse propósito tem caráter moral, pois está relacionado

46 ALEXY, 1997a, p. 78.

à deontologia profissional ou geral desse sujeito. Mas faria sentido sustentarmos que se trata de uma pretensão mecânica porque a atividade tem caráter de atividade mecânica? Essa honesta pretensão moral do reparador seria uma parte da mecânica do automóvel?

(ii) De onde nasce o “dever jurídico” de satisfazer a pretensão de correção imanente a toda decisão judicial? Do fato de que previamente se tachou de jurídica dita pretensão porque a decisão tem natureza jurídica. Mas, pelo visto, é um dever jurídico para o qual não importam as consequências jurídicas de seu inadimplemento. Diante de que foro se aborda dito dever? Provavelmente, somente o da consciência moral do juiz. Dessa forma, trata-se de um dever moral na consciência que tem caráter jurídico porque versa sobre atos jurídicos.

(iii) Temos uma pretensão de correção, o correspondente dever jurídico e nos encontramos diante de um caso duvidoso, não diante de um caso fácil que o sistema jurídico-positivo resolva inequivocamente. Frustrar-se-á a pretensão de correção pela incerteza sobre como decidir o caso? Não, pois lançamos mão dos princípios e os ponderamos. Desse modo é possível satisfazer a pretensão de correção. Mas é preciso pensar assim porque o caso só era duvidoso *prima facie*, quer dizer, antes da ponderação. Se esses princípios fazem parte do sistema jurídico⁴⁷ e se ao ponderá-los resolvemos o caso, satisfazendo a pretensão de correção, tal

47 ALEXY, 1997a, p. 123. “*Todo aquello en lo que – en el ámbito de apertura del derecho – se apoya y/o tiene que apoyarse quien aplica el derecho a fin de satisfacer la pretensión de corrección, pertenece al derecho. De esta manera, se convierten en elemento del derecho principios no identificables como jurídicos sobre la base de los criterios de validez de la Constitución y otros argumentos normativos que fundamentan la decisión. La cláusula ‘apoya y/o tiene que apoyarse’ expresa el juego de las dimensiones real e ideal de la aplicación del derecho. Al derecho pertenecen tanto aquellos argumentos con los cuales quienes lo aplican apoyan fácticamente sus decisiones, también cuando ellas no satisfacen la pretensión de corrección, como*

se dará porque com eles e sua ponderação torna-se claro o que antes era duvidoso. Se os princípios e sua ponderação servem para dar a solução correta ao caso duvidoso, no fundo não há casos duvidosos no sistema. Se os princípios não são de natureza meramente moral, mas jurídica, se não provêm da consciência moral do juiz – ou de seus interesses, opiniões etc. –, mas do próprio sistema jurídico, tal sistema é, no fundo ou em sua essência, claro, completo e coerente. Não é preciso mais do que um bom método, o ponderativo, para conhecer seu conteúdo.

(iv) Também sabemos que, em certas ocasiões, a pretensão de correção justifica a decisão *contra legem* e até mesmo a exige. Uma decisão judicial legal, mas injusta, é, no mínimo, uma decisão juridicamente deficiente. Tal deficiência decorre da não satisfação da pretensão de correção. Assim, um caso pode ser claro com base na lei, mas duvidoso moralmente ou em termos de justiça. Então os princípios e sua ponderação servirão para oferecer a solução correta; se assim for, toda solução justa do caso será jurídica porque serão necessariamente jurídicos os princípios que a guiam.⁴⁸

aquellos argumentos en los que deberían apoyarse las decisiones para satisfacer la pretensión de corrección. Con ello se vuelve posible una crítica de la praxis de las decisiones desde el punto de vista del derecho” (ALEXY, 1997a, p. 126). Para apreciações muito importantes sobre as consequências geradas por essa inclusão no sistema jurídico de princípios e outras considerações normativas que não passaram pelos critérios de validade estabelecidos pelo próprio ordenamento e que tampouco supõem a explicitação dos pressupostos dessas normas no ordenamento, cf. GAIDO, 2011, pp. 262-265.

- 48 Alexy expressou-se claramente a esse respeito em uma recente entrevista: *“El Tribunal Constitucional Alemán, en una serie de decisiones se ha decantado o incluso ha aceptado decisiones que incluso están en contra del texto de la ley, el caso más representativo de esto lo constituye el Caso Soraya. Por decisiones en contra de la literalidad de la ley, entiendo yo decisiones en contra, por un lado, de la literalidad del texto que encontramos en el artículo, y por otro lado, en contra de la voluntad del legislador. En Alemania este tipo de decisiones contra la literalidad de la ley y contra la voluntad del legislador, son altamente controvertidas; considero a esta línea de argumentación del Tribunal Constitucional como correcta”.*

(v) Segundo Alexy, não se cumpre a pretensão de correção se um juiz escolhe uma das alternativas decisórias que a lei deixa em aberto – por exemplo, porque a norma aplicável ao caso admite várias interpretações –, mas esse juiz diz que se tivesse ponderado não teria chegado a tal decisão, e sim a outra. Disso se depreende, conforme o raciocínio de Alexy, que a ponderação é juridicamente obrigatória nos casos duvidosos. Confesso humildemente que não entendo, de modo que não vale a pena darmos mais voltas. O que parece claro é que nenhum juiz vai dizer “Cheguei a esta decisão sem ponderar, mas seria outra se tivesse ponderado”, mas sim “Ponderando cheguei a esta decisão” ou “Cheguei a esta decisão sem ponderar, mas se quiserem, agora ponderarei e verão como o resultado será o mesmo”.

O que Alexy conclui é que sempre que em um sistema jurídico houver casos duvidosos, esse sistema jurídico necessariamente contém princípios e que *“esto basta como base para la fundamentación de una conexión necesaria entre derecho y moral a través del argumento de los principios”*.⁴⁹ Esquematizemos seu raciocínio: a) Há casos duvidosos; b) o que serve para resolver os casos juridicamente duvidosos é jurídico; c) Os princípios são os elementos que servem para resolver os casos juridicamente duvidosos; d) Portanto, os princípios são jurídicos;⁵⁰ e) Como os princípios são

E prossegue: *“Desde un punto de vista de la teoría del Derecho aquí se trata de la colisión de, por un lado, de los dos principios formales representados por la autoridad de la decisión del legislador, y por el otro, el principio formal de justicia. Esta colisión, si la entendemos dentro del rango de la teoría de los principios, puede ser resuelta solamente a través de la ponderación. Se podría formular la siguiente regla: en tanto más grave sea la injusticia, de esta misma manera pesa menos o tiene menos preponderancia la autoridad del legislador, el referente para determinar la intensidad de la intervención a la discrecionalidad del legislador la constituye la intervención o afectación a los derechos humanos”* (ARROYO, p. 235, 2009).

49 ALEXY, 1997a, pp. 78-79.

50 *“Como se incorporan al derecho principios que, por su contenido, son morales, el juez que se apoya en ellos decide sobre la base de pautas jurídicas”* (ALEXY, 1997a,

também morais,⁵¹ fica fundamentada a conexão necessária entre direito e moral mediante o argumento dos princípios. Tudo pareceria muito lógico se não fosse pelo caráter dogmático e arbitrário das teses b) e c), de que dependem, como condições, as teses d) e e).

5. Um caso especial

Alexy considera que o raciocínio jurídico é um caso especial do raciocínio prático geral (tese do caso especial) na medida em que nele se pergunta o que é devido, o que se deve o não fazer. Da mesma maneira que ocorre na moral, a questão é o que é devido, proibido ou permitido.⁵² A especialidade do discurso jurídico dentro do discurso prático geral é dada pelas limitações particulares a que está submetido, pelo papel que cumprem as leis, os precedentes e a dogmática. Transpondo à decisão judicial, isso supõe que, por definição e necessariamente, o juiz não se pergunta meramente o que é legal e quais são as condições jurídico-positivas de validade da sua decisão enquanto decisão jurídica, mas também quais são as condições de validade prática geral de sua decisão, ou seja, as condições da decisão justa. Ao pressupor em toda sentença a pretensão de correção enquanto pretensão (também) de justiça, e ao entender que os requisitos da moral fazem parte também dos requisitos do direito, e que são, por isso, requisitos igualmente jurídicos, conclui-se que

p. 80). Então, os princípios morais são morais, mas quando comparecem no raciocínio judicial se tornam jurídicos.

51 Ou, ao menos, entre tais princípios sempre deve haver alguns que pertençam a certa moral. Cf. ALEXY, 1997a, p. 79 *et seq.*

52 “*La tesis del caso especial establece que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general [...]. Se basa en tres razones. La primera radica en que la discusión jurídica, al igual que la argumentación práctica general, se refiere, en definitiva, a lo que es obligatorio, prohibido o permitido, es decir, a cuestiones prácticas*” (ALEXY, 1999, p. 24).

a decisão judicial não juridicamente deficiente é a que se adapta aos requisitos jurídico-positivos, mas também aos de justiça, quando os primeiros não sejam incompatíveis com os segundos.

Aqui vemos a função da ideia de pretensão de correção no esquema de Alexy: se o juiz não pode deixar de pretender a justiça de sua decisão – e incorrerá em contradição performativa se não o pretender –, não satisfará sua função como juiz e nem sua sentença satisfará o próprio direito se não fizer justiça. Se não fizer justiça, sua decisão será jurídica – salvo em casos extremos –, mas defeituosamente jurídica.⁵³

Ao considerar os pressupostos necessariamente assumidos por todo juiz e toda sentença, na verdade Alexy não está retratando qualquer juiz possível, mas propondo um modelo de juiz e, com isso, de prática jurídica e judicial: um que esteja de acordo com a *pretensão* alexyana de que a moral seja parte integrante do direito e de que os resultados do raciocínio jurídico-prático estejam condicionados pela moral.

É perfeitamente possível pensar outro modelo de juiz e até preferi-lo, por todo tipo de razões políticas e até morais. Um modelo de juiz que diferencie suas obrigações jurídi-

53 “Las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica. Una decisión judicial que aplique correctamente una ley injusta o irrazonable no satisface en todos los aspectos la pretensión de corrección que ella despierta. Si la ley injusta o irrazonable es jurídicamente válida, la decisión basada en ella también será jurídicamente válida, y en muchos, si no en la mayoría, de los casos, los principios de certeza jurídica, de división de poderes y de democracia exigirán al juez que cuando no haya margen para la interpretación, siga incluso las leyes injustas o irrazonables, de manera que su decisión será correcta bajo las condiciones dadas, por desafortunadas que éstas sean. Pero, sin embargo, la decisión no es jurídicamente perfecta: está impregnada por la imperfección de la ley”. “Las decisiones judiciales injustas ya no podrán ser consideradas sólo moralmente controvertibles y, sin embargo, jurídicamente perfectas. Ellas serán también jurídicamente defectuosas. De este modo, el Derecho no sólo está abierto a la crítica moral desde fuera. La dimensión crítica se resitúa completamente dentro del propio Derecho” (ALEXY, 1999, p. 32).

cas, enquanto juiz submetido ao princípio de legalidade, de suas obrigações morais, enquanto sujeito individual, e que não apresente suas opções morais como ditados do direito. Um juiz que quando exerça discricionariedade a chame de discricionariedade e não de obediência ao *ius*, um juiz que quando sentencie *contra legem* não pretenda estar obedecendo ao direito, ainda quando tenha e dê boas e muito compatíveis razões para tal desobediência.

Comparemos a situação do juiz – no que seja possível a analogia – com a de um mecânico que receba de um cliente de sua oficina um carro para que o conserte. Ele sabe como deixar esse carro em condições de oferecer seu máximo rendimento, fazendo com que o motor tenha seu melhor desempenho. Por exemplo, sendo capaz de alcançar duzentos quilômetros por hora graças à perfeita montagem de todas suas peças. Enquanto mecânico, ele desejará cumprir da melhor forma possível a tarefa que lhe foi confiada e que o justifica em seu ofício. Essa será sua pretensão profissional. Mas talvez o mecânico comece a pensar que um veículo que chegue a tal velocidade represente um perigo potencial para seu condutor. Então lhe é suscitado o problema moral, ponderando o mecânico se não deveria fazer esses ajustes menos perfeitamente para que o carro não ultrapassasse cento e cinquenta quilômetros por hora. Do ponto de vista moral podemos concordar que proceda assim; suponha-se que concordemos nisso, com base em razões muito boas. Por isso diríamos que à mecânica automobilística é imanente uma pretensão de correção moral, de modo que o melhor trabalho mecânico será o que leva em conta tais considerações morais e lhes dê preferência? Não somos capazes de diferenciar os problemas técnicos do trabalho enquanto mecânico dos problemas morais da pessoa do mecânico? Não podemos dizer que do ponto de vista da mecânica ele não

fez um bom trabalho, ainda que sob a óptica da moral sua opção possa ser justificada? Não é melhor distinguir assim do que sustentar que, se o carro for plenamente ajustado, seu trabalho terá sido mecanicamente deficiente, ou que se não estiver ajustado, para que não seja ultrapassada certa velocidade de segurança, terá sido mecanicamente perfeito?

Pois o mesmo teria que valer para o juiz. Porque cada coisa é cada coisa. E continuará sendo por mais que atribuamos ao mecânico e ao juiz – ou à mecânica e à sentença – pretensões de correção moral. Para o juiz há um padrão de correção jurídica e há outro padrão *diferente* de correção moral. Confundi-los é como confundir a mecânica com a piedade ou qualquer saber técnico com a misericórdia.

6. Vamos ao que vamos

É irrelevante em termos práticos toda essa confusão de conceitos e pretensões? Não, não é, pois a construção alexyana tem duas intenções que se traduzem em duas consequências muito importantes. A primeira consiste em negar que a discricionariedade seja propriamente discricionariedade. Nem o juiz e nem o legislador podem – ou devem – decidir com liberdade dentro das margens delimitadas pelas normas do sistema jurídico: eles devem fazer a sentença e a lei justa. A segunda se caracteriza por justificar a decisão judicial *contra legem* sempre que a violação do que a lei impõe para o caso se justifique com base no que a justiça demanda para o caso.⁵⁴ Isso porque uma sentença em concordância com a lei, mas oposta à justiça, não satisfaz a pretensão de correção

54 Possivelmente o lugar da obra de Alexy onde isso está mais visível seja o trabalho *Interpretación Jurídica y Discurso Racional*. Cf. ALEXY, 1995, p. 38 e especialmente p. 55. Ali Alexy conclui: “El hecho de que argumentos institucionales solo gozan de una prevalencia prima facie significa que la argumentación jurídica, aun cuando argumentos institucionales conduzcan a un resultado

do sistema jurídico e nem a da própria sentença, enquanto parte desse sistema.

O que significa dizer que uma lei ou uma sentença são deficientes? Tudo depende do “sobrenome” que atribuamos à suposta deficiência. Alguém ou muitos podem considerar que uma norma ou uma decisão jurídica são deficientes e criticáveis a partir de diversos pontos de vista: morais, econômicos, políticos, linguísticos etc. Mas se a deficiência ou defeito é jurídico, quer dizer que a norma ou a decisão não estão plenamente conformes ao direito,⁵⁵ ou que, considerando a lei como é, deveria ser de outra maneira. Nesse caso, tudo dependerá da ideia de direito que empreguemos. Ocorre que, para qualificar a deficiência como “jurídica”, devemos incorporar ao próprio sistema jurídico os padrões de julgamento. Ou seja, se o defeito dessa norma ou decisão é um defeito moral, as normas morais determinantes de tal juízo devem ser consideradas partes integrantes do próprio sistema jurídico, para que assim a deficiência moral possa ser chamada também de deficiência jurídica. Da mesma maneira, se, por exemplo, considerássemos que uma norma que contenha erros sintáticos em seu enunciado apresenta defeitos jurídicos, seria porque as regras linguísticas são integrantes do sistema jurídico. Não é o mesmo dizer que estamos diante de uma norma jurídica linguisticamente deficiente e sustentar que se trata de uma norma que, por ser linguisticamente deficiente, não é de todo jurídica ou tem um defeito jurídico devido a essa razão.

O positivismo sustenta a autonomia do julgamento jurídico, entendendo que os padrões determinantes da

determinado, sigue dependiendo de argumentos sustanciales y práctico-generales” (ALEXY, 1995, p. 60). É interessante a análise de Gaido sobre esse assunto e suas implicações: GAIDO 2011, p. 265 *et seq.*

55 “Lo decisivo es que la deficiencia que se sostiene es una deficiencia jurídica y no meramente moral” (ALEXY, 1997a, p. 32).

juridicidade ou da antijuridicidade são internas ao sistema jurídico, visto como sistema normativo autônomo em relação aos outros sistemas normativos, tais como o moral, o econômico, o estético, o das regras do idioma, o religioso, o político etc. Que o sistema jurídico seja autônomo nesse sentido quer dizer que ele se compõe de normas provenientes das próprias fontes de tal sistema e por ele mesmo configuradas; o que não é obstáculo para que os elementos desse sistema ou o próprio sistema possam ser qualificados a partir de outros sistemas normativos, como quando se diz que uma lei, uma decisão judicial ou todo um ordenamento jurídico são imorais ou injustos. Do mesmo modo, pode-se afirmar que um comportamento conforme ao – ou a um – sistema moral é antijurídico, ou que todo um sistema moral é, quanto aos seus fundamentos ou normas principais, oposto aos fundamentos do sistema jurídico vigente.

Em termos de razão prática – se por tal entendermos os fundamentos da ação individual quando se baseia em uma escolha entre alternativas –, o que muda é pouco. Pois o positivismo jurídico não propõe que a razão prática do juiz (ou dos cidadãos comuns) se esgote na obediência à lei, justa ou injusta; pode-se, como positivista, admitir que a decisão judicial será mais racional, aceitável ou louvável se não se ativer à lei imoral. O positivismo não faz nada além de ressaltar que não há razão para mudar os nomes das coisas e que certa ação do juiz ou do cidadão pode ser antijurídica, embora possa estar justificada a partir de múltiplos pontos de vista referentes a ou relacionados com a razão prática. O positivista também costuma salientar que o debate sobre a frequência com que o juiz deve se ater mais à lei jurídica ou à norma moral nesse ou naquele sistema é um debate político, não de Teoria do Direito propriamente dita, e que seus resultados dependerão primeiramente da avaliação que se

faça – ou que cada um faça – sobre o valor, as funções e a utilidade do sistema jurídico em questão, por um lado, e da distribuição adequada de poderes nessa sociedade, por outro lado. É possível ser positivista e defensor do uso alternativo do direito em contextos de opressão política e legislativa; mas chamando as coisas por seu nome e não se complicando ao embaralhar conceitos.

É a consistência das razões em prol de uma ou outra maneira de nomear que determinará, em âmbito teórico, a maior ou menor força de convicção do positivismo ou dos antipositivismos. O que estamos tentando demonstrar aqui é que o argumento da pretensão de correção é escassamente consistente para esses efeitos.

Voltemos às intenções práticas de Alexy e às consequências de sua diferenciação entre normas “jurídicas” não jurídicas, por serem extremamente injustas, e normas jurídicas deficientemente jurídicas por serem injustas, embora não em grau máximo. Recordemos mais uma vez que ele nos disse que “*el concepto de derecho no positivista niega carácter jurídico sólo en casos de extrema injusticia*”.⁵⁶ Mas pensemos em uma lei L que é injusta, embora não chegue a esses extremos. L, além disso, faz parte de um sistema que é jurídico – conforme as categorias de Alexy – porque formula a pretensão de correção e não a deixa radicalmente insatisfeita. De modo que, segundo esses parâmetros alexyanos, L é norma jurídica, não sendo possível negar-lhe a juridicidade. Perfeito. Contudo, por ser injusta, é sim jurídica, mas deficiente: juridicamente deficiente. E para que isso importa em termos práticos? Para o seguinte:

Um juiz J tem que aplicar essa lei a um caso sob termos claramente subsumíveis. J, por ser juiz, tem que formular uma pretensão de correção para sua sentença e trabalhar

56 ALEXY, 1997a, p. 61.

para que não seja insatisfatória. J se depara com o fato de que L é direito e é direito aplicável ao caso; mas se aplicar L, ele frustrará a pretensão de correção e sua sentença será jurídica, mas defeituosa, como consequência de ter aplicado ao caso L, que é injusta, e de ter produzido assim uma decisão injusta. O que J deve fazer para prolatar uma sentença plenamente jurídica, não defeituosamente jurídica, mas uma sentença que satisfaça a pretensão de correção ao invés de deixá-la pela metade? Ele tem que deixar de aplicar L e decidir conforme a justiça, o que continuará sendo decidir segundo o *ius*, embora se trate de uma decisão *contra legem*.⁵⁷

Mas as coisas não param por aí. Imaginemos agora uma lei L' que, em seu enunciado ou teor geral, não apresente qualquer injustiça: L' não é juridicamente deficiente. Mas acontece que em certa ocasião L' deve ser aplicada ao caso C, que se adapta a ela e a nenhuma outra norma positiva do sistema. A norma L' é aplicável a C. Mas, por alguma peculiaridade dos fatos e das circunstâncias de C, é injusta a sentença resultante da aplicação de L'. O que teríamos? A aplicação de uma norma não deficientemente jurídica – ou seja, plenamente jurídica – resulta para C em uma sentença deficientemente jurídica. Então, o que se deveria fazer? Não aplicar L' a C, mas resolver o caso em conformidade com os ditames da justiça.

57 Alexy explica que sua tese antipositivista apenas propõe problemas de compatibilidade com o princípio democrático, dado que “*el concepto de derecho no positivista niega carácter jurídico sólo en los casos de extrema injusticia*” (ALEXY, 1997a, pp. 61-62). Típico argumento do autor e hábil ocultamento de uma parte das consequências de sua doutrina. Pois vai contra o princípio democrático não apenas quem nega o caráter jurídico da norma que o legislador elabora, o que ocorre pouquíssimas vezes e em casos extremos, mas também quem torna não aplicável aos casos a norma democraticamente criada, sob o argumento de que é direito, mas direito deficiente, sendo que a sentença, para que não seja também deficiente, deve passar por cima dessa norma legal e democrática aplicável.

Consequência de tudo isso: até a distinção entre normas juridicamente perfeitas e juridicamente deficientes é de escassa relevância na prática, pois o que importa – e o que Alexy quer salvaguardar – é a justiça da decisão dos casos concretos. A lei juridicamente plena e a lei jurídica, mas deficiente, se excepcionam exatamente da mesma maneira, embora com distinta frequência: ambas caem diante dos mandados da justiça para o caso, são ambas “derrotáveis” pela justiça, exigência moral relativa à distribuição no caso. Tal conclusão foi afirmada e proposta por uma grande quantidade de autores antes de Alexy, mas com mais clareza conceitual e muito menos rodeios.

Que dessa complexa estrutura de andaimes o que interessa a Alexy são certas consequências práticas fica evidente também à luz da diferenciação que ele traça entre a perspectiva do observador e a do participante. Adota a perspectiva do observador quem quer simplesmente descreva o direito que há, o direito que é, e para isso se fixa em dois dados objetivamente comprováveis: se se trata de normas construídas em conformidade com os requisitos formais e procedimentais do próprio sistema e se essas normas são eficazes. Assim, “*adopta la perspectiva del observador quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico*”.⁵⁸ A partir desse ponto de vista, é perfeitamente possível e nada criticável considerar como jurídico um sistema jurídico injusto ou, inclusive, o que exceda o “limiar” da injustiça. Da mesma maneira, faz sentido, sob esse prisma, que se considerem plenamente jurídicas as normas ou sentenças que apresentem defeitos de injustiça.⁵⁹

58 ALEXY, 1997a, p. 31.

59 ALEXY, 1997a, p. 33 *et seq.* “Desde el punto de vista de un observador, no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho”

Ao contrário, é imanente à perspectiva do participante a pretensão de correção, que também é de justiça, de modo que o participante não pode aceitar a tese positivista da separação entre direito e moral. O ponto de vista do participante é necessariamente adotado por quem tem que tomar decisões no âmbito do direito, seja o legislador ao fazer uma lei, seja o juiz ao sentenciar um caso. O que se quer dizer é que o legislador não pode simplesmente pretender fazer uma lei, mas deve necessariamente pretender fazer uma lei correta, correção essa que inclui o requisito da justiça; e que o juiz não pode pretender tão somente sentenciar em conformidade com o direito positivo, mas também deve pretender que sua sentença seja justa, faça justiça, inclusive acima da lei, como decisão *contra legem*.⁶⁰ E o que acontece se o legislador ou o juiz, respectivamente, não pretendem mais do que fazer uma lei segundo os critérios internos, formais e procedimentais do sistema ou ditar uma sentença que meramente seja legal e de acordo com as normas desse sistema positivo? Segundo Alexy, eles incorrerão em contradição performativa.⁶¹ estarão se propondo a fazer um direito que eles não podem pensar que seja direito, já que eles não são observadores, mas participantes, e o participante não pode se propor a fazer algo jurídico que não seja, entre outras coisas e sobretudo, justo.

(ALEXY, 1997a, p. 35). *“Para un observador, pertenece al derecho aquello que los tribunales y las autoridades hacen cuando se apoyan en el texto de las normas que han sido promulgadas correctamente de acuerdo con los criterios de validez del respectivo orden jurídico eficaz. Con esto se ve claramente que existe un uso de la expresión ‘derecho’ en la perspectiva del observador de acuerdo con el cual no sólo no es conceptualmente necesaria la inclusión de elementos morales en el concepto de derecho sino que, además, ello es conceptualmente imposible”* (ALEXY, 1997a, p. 36). Em consequência, *“desde la perspectiva del observador, la tesis positivista de la separación es esencialmente correcta. Tan sólo en el caso extremo y fácticamente improbable de un sistema normativo que ni siquiera formule una pretensión de corrección, tropieza con un límite”* (ALEXY, 1997a, p. 41).

60 ALEXY, 1997a, p. 48 e p. 74.

61 ALEXY, 1997a, p. 44.

Daí que, se não pretendem tal correção, incorrem, diz Alexy, em uma “falha conceitual”: produzem um direito que não se encaixa no conceito de direito. Em qual conceito de direito? Não naquele do observador, mas no do participante. Dessa forma há, no momento, dois conceitos de direito.⁶²

É engraçado e muito divertido brincar com essa bipolaridade conceitual do direito, com esse desdobramento de seu conceito. Pensemos em um sistema jurídico S tremendamente injusto no qual os juízes têm o costume de aplicar tais normas sem compensar sua injustiça nos casos concretos. Sob a perspectiva do observador, estabelecemos que não há problemas em dizer que S é direito e que são jurídicas suas normas e as sentenças que as aplicam. Contudo, o legislador e os juízes de S violaram a pretensão de correção que, como participantes, lhes competia respeitar, mesmo que eles tenham estado intimamente convencidos de estar fazendo o correto e o justo.⁶³ Quando se reintroduz a perspectiva do participante? Quando se julga a validade da aplicação de tais leis injustas pelos juizes em sentenças igualmente injustas. Em outras palavras, quando participantes atuais examinam os atos jurídicos dos participantes precedentes. Por exemplo, na hora de julgar se aquele juiz que no contexto de S produziu uma sentença injusta ao aplicar a lei em dado momento, e que decretou uma pena de prisão, pode agora ser condenado como culpado por um crime de ilegítima privação da liberdade. O juiz de agora, participante que julga o participante de outrora, tem que fazer justiça condenando-o, pois caso contrário o juiz de hoje viola sua própria pretensão de correção. O participante atual declarará que não é jurídica aquela sentença anterior

62 ALEXY, 1997a, p. 46 *et seq.*

63 ALEXY, 1997a, p. 46 *et seq.* Sabemos que a pretensão de correção não vale como pretensão puramente subjetiva, baseada no mero convencimento pessoal de querer o justo e fazê-lo.

porque tampouco era direito a norma que antes se aplicava, enquanto que, ao mesmo tempo, o observador atual poderá dizer com plena coerência que tanto aquela sentença como aquele direito eram jurídicos.⁶⁴ Quer dizer: o diagnóstico cabe aos positivistas e o tratamento aos jusmoralistas; pois todo participante é, por definição, um jusmoralista, caso não queira cair em contradição performativa ou arriscar-se a ser posteriormente processado.

Concluindo: o direito nazista foi direito? Em termos descritivos pode-se sustentar que sim; em termos práticos, devemos dizer que não.

Alexy afirma que uma das vantagens do conceito não positivista de direito é que os juízes em um Estado injusto pensarão bem antes de prolatar sentenças injustas de acordo com a lei desse Estado se puderem supor que, quando tal Estado injusto se colapsar,⁶⁵ naquele que o substituirá não predominará uma visão positivista de direito, mas uma visão não positivista que considere que não estão juridicamente justificadas suas sentenças e que eles devem responder penalmente por elas. Quer dizer, para o juiz do Estado injusto implica maior risco futuro uma teoria jurídica não positivista do que uma positivista.⁶⁶ Alexy acrescenta que é sempre mais viável condenar esses juizes mediante tal argumento do que editar uma lei que tipifique penalmente suas condutas com efeitos retroativos, já que essa outra solução, embora igualmente justa, pode suscitar problemas técnicos ou de compatibilidade com o direito vigente no novo Estado de Direito, o Estado justo.⁶⁷ Tal soa como escárnio ou piada, mas

64 ALEXY, 2000a, p. 236.

65 “La fórmula radbruchiana tiene una importancia práctica sobre todo después del derrumbe de un régimen injusto” (ALEXY, 1997a, p. 62).

66 ALEXY, 1997a, pp. 55-57.

67 ALEXY, 1997a, p. 56 e pp. 62-63.

creio que Alexy o diz com seriedade.⁶⁸ Nem o garantismo em geral e nem as garantias penais em particular são o forte de Alexy.⁶⁹ Faça-se justiça custe o que custar. Os princípios do Estado de Direito se aplicam somente aos partidários do Estado de Direito. Parece que aqui há algum parentesco com

68 *“La fórmula radbruchiana conduce sólo a la punibilidad de aquellos hechos cuyo contenido de injusticia es tan extremo y, por lo tanto, tan evidente que es más fácilmente reconocible que en muchos casos penales habituales. Desde luego, esto es aceptable cuando, como en el caso de la denunciante, no se trata de crear, con la ayuda del concepto de derecho no positivista, normas que fundamenten la punibilidad, sino de eliminar la injusticia legal que conduce a una exclusión de la punibilidad. Si la injusticia de estas normas es extrema y, por lo tanto, tan evidente que cualquiera puede reconocerla, entonces no puede hablarse de retroactividad encubierta. Pues la injusticia era ya clara cuando el hecho fue cometido y en ese momento era tan extrema y, por lo tanto, evidente, que cualquier podía percibirla; cuando se cometió el hecho, estas normas no eran derecho alguno que pudiera conducir a la exclusión de la punibilidad. Por ello, no se modifica retroactivamente la situación jurídica sino que tan sólo se constata cuál era la situación jurídica en el momento de la realización del acto”* (ALEXY, 1997a, p. 66). Imaginemos que em um de nossos países amanhã chega ao poder um partido radicalmente antiabortista. Seus partidários e eleitores consideram que o aborto voluntário constitui um crime atroz contra a “pessoa” do feto, o vil assassinato de um ser humano indefeso. Eles não só revogam as normas permissivas, sob certas condições – por exemplo, prazo –, do aborto voluntário, mas querem castigar penalmente quem, sob o amparo formal dessas mesmas normas, abortou ou praticou aborto. Pois bem, eles não precisarão sujar as mãos ditando uma norma penal retroativa e assim vulnerabilizar de maneira patente um princípio crucial do Estado de Direito. Bastará que usem a fórmula de Radbruch e reproduzam o raciocínio de Alexy que há um minuto mencionamos. O problema da fórmula de Radbruch (e de Alexy) não é que os maus sejam colocados em perigo, mas que causa perigo a todos aqueles que alguém possa considerar mau ao aplicar seus próprios parâmetros. A você e a mim, por exemplo. Por isso estaremos mais protegidos no futuro se não dermos demasiado espaço à fórmula e aos seus entusiastas.

69 Não nos esqueçamos que em sua *Teoría de los Derechos Fundamentales* Alexy explica que a norma do art. 103.2 da Constituição da Alemanha – *“Un hecho puede ser penado sólo si la punibilidad del acto estaba establecida por ley antes de la comisión del acto”* – é uma regra, mas não diz que se trata de uma regra de estrita validade. E as regras que não são de estrita validade podem ser derrotadas por princípios constitucionais outros que pesem mais no caso concreto. Cf. ALEXY, 2007, p. 84. Mais detalhes sobre esse assunto em GARCÍA AMADO, 2010, p. 303 *et seq.* No trabalho *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*

certo jakobsiano Direito Penal do inimigo. Talvez fosse possível falar, em relação a esses aspectos da doutrina alexyana, de jusfilosofia do inimigo. Pois bem, ao inimigo podemos privar de direitos e garantias com a consciência bem tranqüila, pois independentemente do que façamos, estaremos fazendo direito frente a ele, que não atua juridicamente nem sequer quando cumpre a lei de seu Estado.

Agora imaginemos um sistema jurídico em que os juízes repetidamente sentenciam buscando a justiça no caso concreto, mas evidentemente descumprindo a legalidade que internamente os vincula enquanto juizes desse sistema. O

Berlín (ALEXY, 2000b, pp. 197-230), Alexy apresenta a norma do art. 103.2 da Constituição da Alemanha como uma regra de validade estrita (ALEXY, 2000b, p. 211). As regras de validade estrita não se ponderam nem caem nunca diante de outras regras que as enfrentem, devendo ser aplicadas sem exceção aos casos a elas subsumíveis. Todavia, mais adiante Alexy aceita o conteúdo – ainda que não todos os argumentos – da sentença do Tribunal Constitucional Federal que considera em conformidade com a Constituição o castigo dos atiradores do muro de Berlim, caso que pode ser entendido como uma aplicação aos atiradores de normas que não lhes era aplicável em seu Estado no momento em que efetivaram as ações. Segundo Alexy, se essa decisão significa que se ponderou a norma da irretroatividade diante de outros princípios constitucionais, estaria havendo uma contradição a respeito de seu caráter de regra de validade estrita, conforme a classificação do próprio Tribunal. Com isso ele quer dizer que se deveria ter aplicado terminantemente a proibição de retroatividade contida em tal norma, pois é uma regra de validade estrita e, como tal, não admite exceção em nenhum caso? Não. O que Alexy aduz é que “*hubiera debido diferenciarse entre una validez incondicionalmente absoluta o estricta, y una validez condicionadamente absoluta o estricta*” (ALEXY, 2000b, p. 215). Tal equivaleria a realizar uma ponderação prévia a fim de introduzir naquela regra – de estrita validade – do art. 103 uma exceção segundo a qual a proibição de retroatividade penal não se aplica aos Estados extremamente injustos (ALEXY, 2000b, pp. 215-216). Para além do caráter curioso e intelectualmente apaixonante contido na noção de uma norma de validade absoluta condicionada, descobrimos a via para relativizar e excepcionar as normas absolutas ou que não admitem exceção pela via da ponderação: ponderar no início ao invés de fazê-lo no final. Eis aí de novo o mais típico recurso alexyano: quando um de seus conceitos é questionado, ele sempre faz diferenciações entre um sentido forte e outro fraco do conceito ou entre sua validade estrita ou condicionada. É assim que ele chega à surpreendente noção de um absoluto condicionado e de uma exceção aplicável ao não excepcionável.

observador dirá que essas sentenças são antijurídicas. E o que dirá o participante? O participante pensará que são jurídicas e para tal poderá se amparar nas distinções conceituais de Alexy. Qual será a opinião de Alexy e dos alexyanos? Dirão que depende. Depende do fato de tais participantes – juízes – objetivamente satisfazerem ou não a pretensão de justiça. Ou seja, dependerá do fato de suas sentenças serem justas ou não. Logo, o que conta não é a perspectiva do participante, mas a justiça. A perspectiva do participante não consiste, pois, em pretender a correção como justiça, mas em de fato fazer justiça. Portanto, não se trata de uma questão de perspectiva. Dessa forma, a pretensão de correção do participante não é mera pretensão de justiça, é compromisso objetivo de fazer justiça. Só que Alexy imputa como pretensão – do juiz ou da sentença, nunca se sabe ao certo – o que não é pretensão, mas condição objetiva de juridicidade.

Mais um detalhe. Um mesmo sujeito X pode ser tanto observador quanto participante. X pode ser um juiz e, ao mesmo tempo, um teórico que, como observador, descreve o direito. Como observador ele pode perfeitamente afirmar que aquele sistema muito injusto que chamávamos de S é um sistema jurídico e que também são jurídicas as sentenças que, aplicando de maneira formalmente correta suas normas, foram prolatadas. Mas um dia será a vez de X julgar, como juiz – e, portanto, como participante – um juiz de S que prolatou uma sentença muito injusta, aplicando uma norma muito injusta de S. Então X terá agora que julgar que aquela sentença desse juiz anterior não foi jurídica. Em sua descrição de S, X pode dizer que S e suas sentenças eram direito, mas em seu julgamento deverá afirmar que não o eram. Em outras palavras, a bipolaridade conceitual alexyana desemboca na esquizofrenia.

7. O fundamental é o fundamentado

Alexy se rebela contra a objeção, formulada por Bulygin, segundo a qual com sua tese da pretensão de correção ele pressupõe e dá por certa uma moral objetivamente correta e válida para qualquer legislador: “*Una conexión necesaria entre derecho y moral no presupone una moral efectivamente compartida por todos. Es compatible con la disputa moral*”.⁷⁰ Mas esse caráter discutível dos conteúdos da moral que está essencialmente unida ao direito não quer dizer que a pretensão de correção se satisfaça com a mera aspiração subjetiva, relativa à moral particular do sujeito emissor ou a um sistema moral qualquer, dos muitos que podem concorrer na sociedade. Contudo, tampouco se trata de uma moral material e objetiva, de conteúdos predeterminados. Aqui a escala não é de dois graus, moral subjetiva e moral objetiva, mas de três: moral subjetiva, moral objetiva e moral correta, algo diferente das duas anteriores. Leiamos Alexy:

*Esta pretensión de corrección moral puede interpretarse en un sentido débil y en un sentido fuerte. Interpretada en el sentido débil, es satisfecha si un juicio moral es justificable con base en una cierta moral, cualquiera que esta pueda ser. Interpretada en un sentido fuerte, la pretensión de corrección moral puede ser satisfecha sólo si el juicio es justificable con base en una moral correcta, esto es, en una moral que sea justificable por sí misma. La idea de pretensión de corrección requiere de una interpretación fuerte.*⁷¹

Isso por um lado. Mas ele continua:

Un juicio moral que es justificado con base en una moral que no es justificable no es correcto. Podría oponerse que la noción de una moral justificable es una ilusión. A esto uno tiene que contestar que los argumentos a favor y en contra de las morales específicas son posibles, y que algunas

70 ALEXY, 2001, p. 107.

71 ALEXY, 2001, pp. 108-109. Cf. também, ALEXY, 1997a, p. 81 *et seq.*

*morales tienen una posibilidad mínima de sobrevivir en un proceso de libre argumentación. Esto es suficiente. En orden a obtener una relación necesaria entre derecho y moral no se necesita – como Bulygin afirma – una moral objetiva efectivamente compartida por todos los que hacen derecho. La idea de una moral correcta, la práctica de la argumentación racional sobre lo que es moralmente correcto y la posibilidad de construir, sobre esa base, racionalidad práctica, es suficiente.*⁷²

Assim, a satisfação da pretensão de correção não depende da coincidência do sistema, da norma ou da decisão com uma moral determinada que seja *a* moral material objetivamente correta, mas sim com uma moral que possa racionalmente pretender-se como correta porque suas normas e princípios básicos são suscetíveis de fundamentação racional. Ou seja, trata-se de uma moral não irracional, em razão da impossível fundamentação intersubjetiva racional dos princípios e normas fundamentais de uma moral desse tipo. Daí Alexy aduzir que “*la pretensión de corrección implica una pretensión de fundamentabilidad*”.⁷³ A ideia de moral correta é aqui uma “*ideia regulativa*”.⁷⁴ Há um ideal, com essa função de referência regulativa, que seria o de uma mo-

72 ALEXY, 2001, p. 109.

73 ALEXY, 1997a, p. 82. “*Corrección implica fundamentabilidad. Por tanto [...], la pretensión de corrección incluye una garantía de fundamentabilidad*” e também “*acompaña a la afirmación y a la garantía la expectativa de que cualquiera que adopte el punto de vista del sistema jurídico correspondiente y sea razonable reconocerá el acto jurídico como correcto*” (ALEXY, 2000a, p. 219).

74 ALEXY, 1997a, p. 85. “*El concepto de discurso ideal es una idea regulativa siempre presente en los discursos reales. Como idea regulativa expresa su objetivo o meta final. Los discursos prácticos reales se definen por la búsqueda de la respuesta para una cuestión práctica en condiciones de tiempo limitado, participación limitada y ausencia de coacción limitada, con claridad lingüístico-conceptual limitada, información empírica limitada, aptitud para intercambiar roles limitada y ausencia limitada de prejuicios. A pesar de estas limitaciones, el discurso real está relacionado conceptualmente con el discurso ideal. Cualquiera que intente convencer con argumentos a un adversario presupone que éste debería estar de acuerdo en condiciones ideales. En este sentido, el discurso ideal como idea regulativa y la pretensión de corrección son las dos caras de la misma moneda*” (ALEXY, 2000a, pp. 230-231).

ral perfeitamente fundamentável entre sujeitos racionais e imparciais;⁷⁵ mas, por se tratar somente de um modelo ideal ou contrafático, é compatível com o fato de que na sociedade distintas morais se debatam aspirando a ser a melhor encarnação desse ideal de fundamentabilidade. Ademais, o ideal não se realizará nunca plenamente e, portanto, na prática a correção será sempre uma questão de grau.⁷⁶ O que importa é que essa pretensão de fundamentabilidade intersubjetiva, em um contexto de livre argumentação entre interlocutores iguais em seus direitos argumentativos, é incompatível com certas morais: as que negam de partida esses “direitos” aos interlocutores ou a alguns deles e as que se apoiam na mentira ou na discriminação e que nenhum sujeito ilustrado e livre aceitaria sem ser manipulado.⁷⁷ Por conseguinte, para Alexy moral correta significa moral não incorreta, sendo incorreta a moral que não é apta para uma fundamentação desse tipo, quer dizer, uma fundamentação racional entre sujeitos argumentantes livres e iguais.⁷⁸

75 *“La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección práctica. Según ella, una norma es correcta, y por lo tanto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber, el de un discurso práctico racional. El procedimiento del discurso es un procedimiento de argumentación”* (ALEXY, 2006, pp. 19-20). No mesmo sentido: ALEXY, 2000a, p. 226.

76 Cf. *Sistema Jurídico y Razón Práctica*, trabalho incluído na edição castelhana de ALEXY, 1997a, p. 176.

77 ALEXY, 2000a, p. 232.

78 *“[...] ha de distinguirse entre una corrección absoluta y una relativa. La corrección absoluta es una idea regulativa y, como tal, no presupone que ya exista, para cada cuestión práctica, una respuesta correcta que sólo haya que descubrir. Antes bien, la respuesta correcta tiene el carácter de un objetivo al que hay que aspirar. La mayor aproximación imaginable a este objetivo puede ser lograda en el discurso que sea ideal en todos sus aspectos. Por su parte, son relativamente correctas todas las concepciones que son defendidas tras la efectiva realización de un discurso, es decir, todas aquellas que son resultado de discursos reales. El resultado de un discurso que sea real puede ser un consenso o un disenso. Incluso en el caso de un disenso es posible calificar las concepciones divergentes como relativamente correctas, bien entendido que su corrección es, aquí, relativa a la correspondiente medida*

Para fazer justiça a Alexy, é preciso levar em consideração sua teoria sobre a razão prática,⁷⁹ próxima à ética discursiva de Habermas. Não podemos nos deter aqui em uma exposição detalhada desta, nem sequer resumi-la. Basta dizer que em todo ato de linguagem normativa estaria implícita uma pretensão de correção que só se pode dirimir a partir da aceitação dos pressupostos da ação comunicativa racional.⁸⁰ Isso quer dizer que o correto, no plano normativo, será aquilo sobre o que poderia estar de acordo uma comunidade de falantes que debatam buscando o consenso e o façam com plena assunção das garantias da imparcialidade de cada um e de todos, que são as regras da argumentação racional.⁸¹ Por isso, o que é correto ou justo não é predefinido antes da discussão – daí não estarmos diante de uma ética material –, mas pode surgir como acordo após o debate.⁸² Todavia, desse possível acordo entre interlocutores situados em condições de igual liberdade argumentativa e

de cumplimiento de las reglas del discurso, al respectivo momento de tiempo y a los respectivos participantes. En el caso de un consenso, el resultado puede ser calificado como discursivamente necesario en relación con el discurso que se ha llevado a cabo. En un disenso, los resultados son discursivamente posibles” (ALEXY, 2001, pp. 23-24). Cf. también ALEXY, 1997b, pp. 151-152 et seq., especialmente p. 154; “Justicia como corrección”, p. 165 et seq.

79 Paradigmaticamente exposta no capítulo *Una Concepción Teórico-Discursiva de la Razón Práctica* (ALEXY, 1997a, p. 131 et seq.). A edição alemã original não recolhia esse trabalho de Alexy, razão pela qual citaremos a edição castelhana.

80 ALEXY, 1997b, p. 143 et seq.

81 *“Un discurso práctico es racional si satisface las condiciones del argumentar práctico-racional. Estas condiciones pueden ser resumidas en un sistema de reglas del discurso. La razón práctica puede ser definida como la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas” (ALEXY, 1997b, pp. 136-137). “Son correctas, y por tanto justas, precisamente aquellas normas, relativas a distribuciones y compensaciones, a las cuales todos los participantes, en un discurso ideal, prestarían el propio asentimiento” (ALEXY, 2005b, p. 167).*

82 *“Son correctas y por tanto válidas jurídicamente aquellas normas que, en un discurso ideal, serían estimadas correctas por todos” (ALEXY, 2000a, p. 228.).*

de paridade argumentativa⁸³ nunca poderão fazer parte teses que contradigam os pressupostos de partida assumidos ao argumentar, ao participar do discurso. Assim, não poderão aspirar a acordos as morais que partam de uma situação de discriminação entre as pessoas, não dando igual valor tanto aos indivíduos quanto aos seus argumentos. Uma moral racista, por exemplo, seria uma das que teriam “*una posibilidad mínima de sobrevivir en un proceso de libre argumentación*”.

Para nosso autor, se a justiça pode servir como limite da juridicidade é porque existem juízos de justiça racionalmente fundamentáveis. Os pressupostos da injustiça extrema são aqueles nos quais essa fundamentação racional da injustiça é evidente:⁸⁴ “*Cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento*”.⁸⁵ Como se dá esse conhecimento? Não como descoberta de um conteúdo material de justiça predeterminado, mas como averiguação do que para um argumentador imparcial resultaria inaceitável, por ser incompatível com os pressupostos da ação comunicativa.

É sempre problemático responder quem questiona se a doutrina de Alexy é ou não uma teoria da única resposta correta em direito. Como compete a um autor tão matizado, creio que a melhor resposta para essa interrogação é: sim e não. Não porque, por mais que tentemos seguir com boa vontade os passos do discurso racional e respeitar plenamente as regras da argumentação racional, nunca conseguiremos ser perfeitamente imparciais e livres de preconceitos, nem ter toda a informação e todo o tempo que seria necessário para o perfeito tratamento do tema. Sim porque, todavia, temos que pressupor que essa única resposta correta seria alcançável para argumentadores perfeitos em condições

83 ALEXY, 1997b, pp. 137-138 e 2000a, p. 227.

84 ALEXY, 1997a, p. 54 e p. 57.

85 ALEXY, 1997a, p. 57.

discursivas ideais e aí sim haveria consenso pleno, e plenamente racional, havendo uma e só uma solução correta para o assunto a se decidir.⁸⁶ Portanto, quando penso e percebo que não estou na situação discursiva ideal, busco às cegas a decisão correta, mas devo tentar fazer com que ela coincida em seu conteúdo com o que seria essa única decisão correta que eu, por definição, não posso conhecer, já que não me encontro naquela situação ideal, mas aqui e agora com minhas coisas. Assim funciona essa “ideia regulativa”: minha decisão será tão mais racional quanto mais seu conteúdo se aproxime do de uma decisão perfeita que, por definição, eu não posso conhecer, dado que não experimento as condições ideais que conferem conteúdo perfeito à decisão.

A fertilidade da ética discursiva e a apropriação de seu método para resolver disputas morais é um assunto interes-

86 *“La cuestión de la única respuesta correcta depende esencialmente de si el discurso práctico lleva a una única respuesta correcta para cada caso. Llevaría a ello si su aplicación garantizara siempre un consenso. Ya un simple esbozo muestra claramente que varias de sus exigencias, bajo condiciones reales, sólo se pueden cumplir de manera aproximada. Esto ya excluye un consenso para cada cuestión. Por tanto, una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada” (ALEXY, 1993, pp. 21-22). “En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su status con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta” (ALEXY, 1993, p. 22). Sobrecarregada a maneira como argumenta o pai da teoria da argumentação jurídica!*

santíssimo sobre o qual não podemos nos deter agora. Esse método, como via para resolver divergências morais, pres-supõe que nós, sujeitos necessariamente parciais localizados neste mundo canalha e não na comunidade ideal de fala, temos que ser capazes de nos desdobrarmos de certa maneira. Por um lado, minhas preferências morais são condicionadas por meus interesses, meu temperamento e minha biografia. Por outro, devo me perguntar o que preferiríamos, tanto eu como todos os meus interlocutores reais ou potenciais, se ao invés de sermos como somos particularmente e ao invés de estarmos aqui como estamos, com nossos condicionamentos individuais, fôssemos sujeitos perfeitamente imparciais ou congruentes com as regras imanentes à argumentação racional. É a perspectiva do participante imaginário que deve ser acolhida pelo participante real, eu mesmo e cada um. Também se denomina com frequência de “construtivista” esse método de abstrair(-se) (d)os condicionamentos do nosso raciocínio moral para concluir como concluiríamos se tais condicionamentos não existissem. Imaginamos o que preferiria um indivíduo plenamente racional e, em seguida, concluímos que essa deverá ser a nossa preferência se somos racionais e nos comportamos enquanto tais. *O problema é que todo mundo conclui, ao usar esse método, que o preferidor racional preferirá o que ele prefere, por ele ser racional, independentemente do que ele preferir.* Trata-se de um excelente método para universalizar as próprias crenças morais.

Mas admitamos que essa doutrina seja frutífera e que o método funcione bem o bastante para dar uma solução racional a dilemas morais difíceis, a problemas da razão prática. Nesse caso, teríamos um bom apoio para saber quais sistemas morais são corretos e quais são incorretos ou completamente errôneos. Assim também para diferenciar racionalmente e com alguma objetividade os direitos moralmente corretos dos moralmente incorretos. *O que não se vê* – ou ao menos

eu não vejo – é por que a crença em algum tipo de correção moral “objetiva” tem que implicar necessariamente a tese da vinculação essencial entre direito e moral enquanto sistemas normativos. O fato de que eu me sinta de posse de uma doutrina ou de um método ético que me permite distinguir racionalmente entre o direito justo e o direito injusto me dará certezas ou fortes convicções para resolver *meus* dilemas normativos quando concorram obrigações jurídicas opostas a obrigações morais. Mas há uma grande distância entre essa ideia e dizer que não há diferença – mas fusão – entre o sistema jurídico e o sistema moral e que o que eu desobedeço por ser imoral não pode ser jurídico ou só o será de modo “deficiente”.

O cognitivismo ético não pressupõe, sem mais, a incapacidade para diferenciar o direito e a moral enquanto objetos, ou seja, como sistemas normativos diferentes e diferenciados. O cognitivismo ético me dá base para pretender verdade ou objetividade para minha afirmação de que tal sistema jurídico é injusto ou tal norma do mesmo sistema é injusta, sem ter que assumir que meu juízo é puramente subjetivo e relativo; ou para sustentar que por isso esse sistema ou essa norma jurídica são *moralmente* “deficientes”. Mas por que não posso dizer que esse sistema jurídico é (plenamente) jurídico e injusto ou que essa norma jurídica é (plenamente) jurídica e injusta, ao invés de ter que assumir o risco e defender que tal sistema jurídico ou tal norma jurídica não são sistema e norma jurídicos ou o são de modo defeituoso? A resposta mais provável é porque não quero que minha moral perca em nenhuma situação frente a outros sistemas normativos, sejam sistemas morais ou sistemas e normas jurídicas. Possivelmente o problema seja de poder e então talvez a Psicologia e a Teoria Política devam tratá-lo, cada um mediante sua perspectiva. A Teoria do Direito, neste ponto, não avança mais.

Referências

ALEXY, Robert. 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. Trad. Daniel Oliver-Lalana. In: *Doxa*, n. 23, pp. 197-230, 2000b.

ALEXY, Robert. Derecho y moral. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seoane e Eduardo Roberto Sodero. Granada: Comares, 2005a.

ALEXY, Robert. Die Doppelnatur des Rechts. In: *Der Staat*, v. 50, n. 3, pp. 389-404, 2011.

ALEXY, Robert. Diskurstheorie und Menschenrechte. In: ALEXY, Robert. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997a.

ALEXY, Robert. Justicia como corrección. In: *Doxa*, v. 26, 2003.

ALEXY, Robert. *Justicia como corrección*. Trad. Ana Inés Haquín. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005b.

ALEXY, Robert. 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*. Trad. Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALEXY, Robert. La institucionalización de la razón. Trad. José Antonio Seoane. In: *Persona y Derecho*, v. 43, pp. 217-249, 2000a.

ALEXY, Robert. La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. Trad. Isabel Lifante. In: *Isegoría*, n. 21, 1999.

ALEXY, Robert. Ley fundamental y teoría del discurso. In: CARDINAUX, Nancy; CLÉRICO, Laura; D'AURIA, Anibal (orgs.). *Las razones de producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*. Trad. D. Oliver-Lalana. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios y razón práctica. In: ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. 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*. Trad. Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (org.). *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007b.

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALEXY, Robert. Thirteen replies. In: PAVLAKOS, George (org.). *Law, rights and discourse: themes from the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University, 2007a.

ALEXY, Robert. Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Trad. Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997b.

AMADO, Juan Antonio García. Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico: un análisis (parcial) de la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. In: BONORINO, Pablo Raul (org.). *Teoría del derecho y decisión judicial*. Madrid: Bubok, 2010.

ARROYO, César Landa. Entrevista a Robert Alexy. In: *Justicia Constitucional: Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, ano V, n. 8, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos. Estudio introductorio: el concepto y la naturaleza del derecho según Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008.

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*. Trad. Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BULYGIN, Eugenio. Alexy y el concepto de derecho. In: CLÉRICO, Laura; SIECKMANN, Jan-R.; OLIVER-LALANA, Daniel (orgs.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011.

BULYGIN, Eugenio. 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*. Trad. Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

COOKE, Maeve. Law's claim to correctness. In: PAVLAKOS, George (org.). *Law, rights and discourse: themes from the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University, 2007.

GAIDO, Paula. El alcance de la pretensión de corrección en la teoría de Robert Alexy. In: Laura CLÉRICO; SIECKMANN, Jan-R.; OLIVER-LALANA, Daniel. (orgs.). *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*. Granada: Comares, 2011.

MACCORMICK, Neil. Why law makes no claims. In: PAVLAKOS, George (org.). *Law, rights and discourse: themes from the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University, 2007.

MACCORMICK, Neil. *Practical reason in law and morality*. Oxford: Oxford University, 2008.

RAZ, Joseph. The argument from justice, or how not to reply to legal positivism. In: PAVLAKOS, George (org.). *Law, rights and discourse: themes from the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University, 2007.

SIECKMAN, Jan-R. Human rights and the claim to correctness in the theory of Robert Alexy. In: PAVLAKOS, George (org.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Recebido em 13/04/2012.

Aprovado em 10/09/2012

