

## O ARGUMENTO A PARTIR DA JUSTIÇA, OU COMO NÃO RESPONDER AO POSITIVISMO JURÍDICO\*

**Joseph Raz**

*Professor de Filosofia do Direito e Membro Honorário da Faculdade de Balliol, Universidade de Oxford, Inglaterra; Professor Visitante da Faculdade de Direito de Colúmbia, Estados Unidos da América.*

Tradução

*Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira*

O professor Robert Alexy escreveu um livro cujo propósito é refutar os dogmas básicos de um tipo de teoria do direito que “há algum tempo se encontra obsoleta na ciência e na prática jurídicas”. A citação é do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1968<sup>1</sup>. O fato de o professor Alexy não mencionar quaisquer escritos em inglês na tradição do positivismo jurídico depois da obra de Herbert Hart, *The concept of law* (1961), pode sugerir que ele compartilha do ponto de vista do Tribunal<sup>2</sup>. O livro por si só pode, contudo, ser uma evidência do contrário. Ora, porque se esforçar em algo que já nasce fadado ao insucesso? Porque escrever um livro para refutar uma teoria totalmente desacreditada? Talvez Alexy tenha tido apenas falta de sorte. O irromper de reflexivos, sugestivos e interessantes escritos na tradição do positivismo jurídico tomou sérias proporções apenas nos anos que se seguiram à publicação de seu livro, quando Waldron, Marmor, Gardner, Leiter, Shapiro, Murphy, Himma, Kramer, Endicott, Lamont, Dickson, Bix e outros autores se juntaram àqueles que fizeram importantes contribuições à teoria do direito na tradição positivista nos anos anteriores à publicação original do livro de Alexy: Lyons, Coleman, Campbell, Harris, Green, Waluchow e outros, os quais continuam entre os principais colaboradores da teoria do direito na tradição positivista. É uma pena que nada nesses escritos tenha influenciado os argumentos do livro.

Talvez esse pesar esteja fora de lugar. Afinal “positivismo” na teoria do direito significa, e sempre significou diferentes coisas para diferentes pessoas. O que Radbruch, um dos ídolos de Alexy, quis dizer quando ele se viu pela primeira vez

---

\* Artigo publicado originalmente em inglês com o título *The argument from justice, or how not to reply to legal positivism*. Traduzido com a gentil permissão do autor e do editor George Pavalakos.

<sup>1</sup> Citado por: ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 2002. Obra publicada originalmente em alemão com o título: *Begriff und Geltung des Rechts*. Friburg and Munich: Alber, 1992.

<sup>2</sup> A referência do Tribunal Federal Constitucional é mais limitada do que eu a fiz parecer. Ela se refere ao “positivismo escrito”. Já que o caso e as passagens das quais a citação é extraída são utilizados por Alexy para mostrar como a disputa entre positivistas jurídicos e seus oponentes tem a ver com a prática jurídica, eu entendo que seria justo assumir que Alexy utiliza da declaração do Tribunal para sugerir algo como: uma teoria jurídico-positivista requer um “positivismo escrito”. Como a expressão “positivismo escrito” é falsa, segue-se que também o é qualquer teoria na tradição jurídico-positivista.

como um positivista jurídico e então reconsiderado que não era o mesmo que “positivismo jurídico” significa na Grã-Bretanha (e, atualmente, também nos Estados Unidos) entre aqueles que se engajam na reflexão filosófica sobre a natureza do direito. Talvez Alexy esteja se dirigindo apenas à audiência alemã, e refutando, ou pretendendo refutar, teorias jurídicas de um tipo identificado na Alemanha como “positivismo jurídico”. Talvez ele pense que suas referências a Hart mostrem que ele não pretende seguir aquele caminho.

Meu objetivo aqui é, todavia, razoavelmente claro. Meu propósito principal é explorar se algum dos argumentos de Alexy entra em rota de colisão com algum dos pontos de vista que eu tenho defendido. Subsidiariamente, tenho como objetivos: primeiro, tornar mais claro o porquê de Alexy dizer que o que ele entende por positivismo jurídico não é o que se entende no mundo inglês, por isso alguns dos argumentos de Alexy não encontram baliza; segundo, testar e tornar mais claros alguns de seus argumentos que considero, ao menos inicialmente, um tanto quanto obscuros.

### Identificando o positivismo jurídico

De acordo com Alexy, uma característica comum a todas as teorias jurídico-positivistas é “a tese de separação que diz que o conceito de direito está por ser definido como aquele [*sic*] não engloba elementos morais. A tese de separação pressupõe que não há uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. [...] O grande positivista jurídico Hans Kelsen capturou isso na assertiva, ‘então o conteúdo do direito pode ser absolutamente nada’<sup>3</sup>”.

É uma pena que o único suporte para a sua alegação seja uma afirmação de Kelsen a qual é manifestamente falsa em relação à própria teoria de Kelsen. Já que Kelsen vê o direito como um conjunto de normas que direcionam os tribunais a aplicar sanções pela quebra de deveres<sup>4</sup>, segue-se: (a) que o direito pode consistir apenas de normas, (b) que ele deve direcionar tribunais, (c) que ele deve estipular a aplicação de sanções, e (d) que sua aplicação deve ser condicionada a certas condutas. Tudo isso são, conforme a teoria de Kelsen, restrições necessárias sobre o conteúdo do direito. Talvez elas não violem a tese de separação do modo como Alexy a entende, mas elas certamente não lhe dão suporte, e, como eu disse, elas mostram que a afirmação de Kelsen citada por Alexy é falsa a partir do próprio Kelsen.

Eu devo explicar porque a assertiva de Kelsen citada por Alexy não embasa, mesmo se verdadeira, a tese de separação. Mas antes, é preciso que ponderemos o que tal tese é. No percurso de clarificar a tese, a irrelevância que a alegação de Kelsen tem para ela se tornará mais clara. A tese, de acordo com Alexy, diz que “o conceito de direito está por ser definido como aquele [*sic*] não engloba elementos morais” – presumivelmente na definição. E, como a definição é uma proposição, os elementos aos quais se refere devem ser conceitos. Portanto, a tese é de que não há conceitos morais na definição de direito.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 3.

<sup>4</sup> Ver: KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. 2<sup>nd</sup> ed. Trans. M. Knight. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967, §28(a), pp. 114-117.

Dado que está sujeito a grande debate o que são conceitos morais, essa é uma maneira nada promissória de identificar o positivismo jurídico. Vários conceitos normativos e avaliativos são comuns aos discursos morais e não-morais. Há razões, deveres, virtudes, ofensas, regras, direitos, e outras coisas que são morais e não-morais. Há dificuldades em demarcar o reino da moral, e em distinguir entre ele e o domínio do não-moral<sup>5</sup>, o que nada mais é que uma razão de eu ver que há muito pouco a se ganhar na tentativa de identificar que conceitos são morais. Meus próprios escritos sobre direito podem realçar outro problema nesse modo de entender a tese de separação. Eu mantenho que necessariamente o direito alega ter autoridade legítima e que essa alegação é moral<sup>6</sup>. Trata-se de uma alegação moral porque seu conteúdo contém a asserção de um direito a admitir direitos e impor deveres em questões relacionadas a aspectos básicos das vidas das pessoas e suas interações com os outros. Isso significa que eu acredito em uma definição do direito que inclua conceitos morais? Não necessariamente. Até onde eu me recorde, eu não forneci uma definição de direito. Eu estava apenas discutindo sobre algumas de suas características necessárias.

Foi Hart quem convenceu muitos teóricos do direito que a concentração sobre a definição do direito em alguns escritos antigos sobre a natureza do direito é improdutiva. Ele escreveu sobre isso em sua conferência inaugural em 1953, e novamente em *The concept of law* em 1961<sup>7</sup>. Sem entrar em detalhes, definições normalmente visam demarcar os limites do que está a ser definido, identificar a posse de um grupo de características necessárias e suficientes para o conceito definido se aplicar ao seu possuidor. Três conclusões relevantes surgem: primeiro, que conceitos podem admitir mais de uma definição (noutras palavras, se pode haver mais de um grupo de condições necessárias e suficientes para a aplicação do conceito); segundo, indubitavelmente alguns conceitos não têm definições, ou pelo menos não são conhecidas definições desse tipo, de modo a inexistirem características conhecidas ou que possam ser conhecidas e instrutivas que sejam condições necessárias e suficientes para sua aplicação; terceiro, inexistente justificativa teórica que foque na definição de conceitos a não ser em suas características necessárias, algumas das quais podem não fazer sentido numa definição sensata. Pelo menos, a questão aparece: que há de especial sobre as características que fazem parte de uma definição? Devem elas estar no cerne da tese de separação, ao passo que outras características necessárias dos conceitos não<sup>8</sup>?

É melhor reformularmos a tese de separação para enfrentar essas pontuações. Possivelmente isso poderia ser a proposição de que a teoria pertence à tradição do positivismo jurídico se, e somente se, mantiver que as características necessárias do

---

<sup>5</sup> Eu argumento que a tarefa não tem significado teórico em: *Engaging reason*. Oxford: Oxford University Press, 1999, capítulos 11-12. O livro de T. M. Scanlon, *what we owe to each other* (Cambridge Mass: Belknap Press, 1998), é um exemplo interessante. Sua teoria propõe uma conta de um importante domínio moral: injustiçando outrem. Mas ela reconhece que a moral é muito mais larga, e não faz qualquer tentativa para identificar seus limites. Domínios como supererogação, virtude, deveres que não são devidos a outras pessoas restam intocáveis.

<sup>6</sup> Minha primeira publicação que inclui essas pontuações é: *Practical reason and norms*. 1<sup>st</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 1975 e 2<sup>nd</sup> ed., 1999, capítulo 5.

<sup>7</sup> A explicação que forneço a seguir tem a ver com as razões pelas quais *The concept of law* evita definições, mas não com o primeiro argumento de Hart.

<sup>8</sup> Há uma questão adicional, a qual eu não considerarei neste trabalho: devemos dirigir o foco sobre características necessárias do direito ou do conceito de direito?

direito podem ser postas sem o uso de quaisquer conceitos morais. Por essa tese, meus escritos sobre a natureza do direito não pertencem à tradição do positivismo jurídico, já que eles atribuem ao direito, como uma característica essencial, a reivindicação por uma autoridade legítima, e o conceito de autoridade legítima é um conceito moral.

Eu não me preocupo se meus pontos de vista são classificados com o positivismo jurídico, como eles usualmente são, ou não. Eu acredito que a classificação de teorias do direito como jurídico-positivistas ou não, que é o que embasa a estrutura do livro de Alexy, é inútil e está propensa a enganar. E, de certo modo, meus comentários aqui pretendem ilustrar esse ponto. Contudo, eu não conheço alguém que pense que o fato de uma teoria sobre a natureza do direito fazer alegações que podem apenas ser feitas com o uso de conceitos morais dizer que isso não pertence à tradição jurídico-positivista.

Sem dúvida, Alexy não compreende a tese de separação para dizer que o que ela significa lhe fornece a declaração de seu conteúdo. Como nós vimos, ele acredita que “a tese de separação pressupõe que não há uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral”. Todavia, a proposição de que a definição de direito não contém elementos morais, isto é, pode ser articulada sem o uso de conceitos morais, não pressupõe que não há uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral.

Eu novamente utilizarei de meu próprio trabalho para ilustrar o ponto. Em *Practical reason and norms*<sup>9</sup> eu discuti (reformulando o ponto de um modo que eu agora acho mais claro e exato) que mesmo se todas as características essenciais do direito podem ser postas sem o uso de conceitos morais, pode ser o caso de que aqueles aspectos implicam em algum mérito moral. Em momentos diferentes, quando ao repetir esse ponto eu invoquei as teorias de Lon Fuller e de John Finnis, não que, como possíveis exemplos, pertençam à tradição jurídico-positivista, embora dependam de certas questões interpretativas em relação às suas alegações. Essas teorias, entre os principais exemplos atuais de teorias de direito natural, pelo menos mostram a possibilidade de ambas satisfazerem o teste de Alexy por serem teorias jurídico-positivistas, e por se situarem no centro da teoria do direito natural. Nós devemos concluir, assim, que positivistas jurídicos podem ser advogados defensores do direito natural, e vice-versa, já que a classificação de teorias em jurídico-positivistas é enganadora e inútil, ou que a tese de separação de Alexy não é o teste para ser um positivista jurídico. Eu estou inclinado a aceitar ambas as conclusões.

Eu não quero ignorar o fato de que alguma coisa na vizinhança da tese de separação de Alexy é às vezes colocada à frente como um marco definidor do positivismo jurídico. E que é geralmente entendido para estabelecer que caso o direito de qualquer país for considerado em sua totalidade, ou cada uma de suas normas for considerada singularmente, não haver qualquer mérito moral é uma eventualidade. Chamarei isso de “tese de contingência”. Isso não deve ser confundido com o que Alexy chame de pressuposição da tese de separação, a saber: a ausência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Por exemplo, é um ponto conceitual sobre o direito o fato de que ele pode ser

---

<sup>9</sup> Ver nota 6, acima.

avaliado como bom ou mau, e como justo ou injusto, exatamente como um fato conceitual sobre buracos negros em proposições como “esse buraco negro é moralmente melhor ou mais justo que aquele” não faz sentido algum. Portanto, há conexões conceitualmente necessárias entre direito e moral que nenhum positivista jurídico tem razão para negar.

O que, então, poderíamos dizer da tese de contingência? Ela é falsa, e Alexy, por certo, concorda com sua rejeição. No entanto, o interessante é que ela é falsa por razões que não têm relevância para as principais teses de teorias do direito na tradição positivista. Ela não pode ser considerada, por isso, como um aspecto definidor dessa tradição. John Gardner apelidou a associação do positivismo legal com essa tese como um dos mitos sobre o positivismo<sup>10</sup>. O motivo é fácil de saber. É um fato inevitável, por exemplo, não poder o estupro ser permitido pelo direito<sup>11</sup>. Há, naturalmente, um número indefinido de propriedades necessariamente morais que o direito de qualquer país deve possuir, caso tenha esse exemplo, ou exemplos similares. Tal verdade como há nas alegações de Fuller de que alguns dos formais, e neles mesmos não-morais, aspectos necessários do direito, como sua dependência de padrões gerais, restringe sua capacidade de ser arbitrário, mostra estarem aqueles aspectos entre os quais estabelecem uma conexão necessária entre direito, especificado sem referência à moralidade, e moral.

Seria evidente a todos que o fato de que o direito tem necessariamente propriedades morais do tipo ilustrado (e há outros exemplos mais interessantes) não invalida nada do que eu ou qualquer outro teórico dentro da tradição jurídico-positivista tenha querido. Você agora pode ver porque a assertiva de Kelsen de que o direito pode não ter absolutamente qualquer conteúdo, mesmo se verdadeira, não empresta qualquer suporte à tese de separação de Alexy, ou a quaisquer de suas reformulações e modificações que nós examinamos. E é até mesmo consistente com a rejeição da tese de contingência.

Essas reflexões podem ajudar a explicar porque eu estou me referindo não ao “positivismo jurídico”, e sim às “teorias da tradição positivista”. Teorias pertencem a uma tradição pelos marcos de referência, pelo sentido do que é problemático e do que não é, e pelas características históricas similares o que não pressupõe que todas elas compartilhem um credo central. Mas há possivelmente uma tese bastante importante que é comum a todas as teorias da tradição do positivismo jurídico. Nesse caso, é provável “que determinar o que o direito é não necessariamente, ou conceitualmente, depende de considerações morais ou de outro tipo sobre o que o direito deve ser em circunstâncias relevantes<sup>12</sup>”. Andrei Marmor, a quem pertence essa formulação, a chama de “a tese de separação”, e que é mais bem-sucedida ao chegar ao ponto central comum da tradição positivista, quando se refere à tese de separação sem qualificação, concordando com a tese que eu tenho em mente. Assim, eu creio que ela está correta. Realmente eu tenho endossado, sob o nome de “tese das fontes”, em meu *The authority of law*<sup>13</sup>, uma tese mais estrita de que a identificação do direito nunca requer o uso de argumentos morais ou julgamentos sobre o seu mérito; apesar de a tese das fontes não ser endossada por Hart, e nem

<sup>10</sup> Ver: GARDNER, John. Legal positivism: 5/12 myth (2001), 46. *American Journal of Jurisprudence*, 199-222.

<sup>11</sup> Ver: RAZ, Joseph. About morality and the nature of law (2003), 48. *American Journal of Jurisprudence*, 1.

<sup>12</sup> MARMOR, Andrei. *Positive law and objective values*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 71.

<sup>13</sup> RAZ, Joseph. *Authority of law*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

por vários escritores da tradição positivista, os quais são agora conhecidos como positivistas inclusivos, ou positivistas flexíveis (*soft positivists*).

### Observadores e participantes

O que isso tudo teria a ver com a refutação de Alexy ao positivismo jurídico? A falha de Alexy em definir o positivismo legal de um modo que se poderia aplicar às várias teorias do direito, comumente conhecidas como positivistas, não implica no fato de que ele falhou ao refutar teorias pertencentes àquela tradição. Isso significa apenas que alguns de seus argumentos, direcionados como são para refutar sua tese de separação, não são relevantes para aquela tarefa. Mesmo quando bem-sucedidos eles não refutam o positivismo jurídico no sentido em que o termo é utilizado na tradição inglesa do pensamento legal, especialmente em seu significado contemporâneo. Todavia, alguns dos argumentos de Alexy, se confiáveis, podem minar o sucesso de teorias naquela tradição, o que, como eu indiquei, é mais bem identificado pela tese de separação de Marmor. Ignorando o resto, eu tentarei examinar tais argumentos utilizados por Alexy. Mas quais são eles?

Os argumentos são precedidos por uma longa série de distinções, muitas das quais eu não compreendo. Uma distinção que é colocada para o uso instantâneo por Alexy tem de ser confrontada. É a distinção entre a perspectiva do participante e a perspectiva do observador. A perspectiva do participante é aquela “adotada por aquele que, dentro do sistema jurídico, participa na disputa sobre o que é obrigatório, proibido e permitido no sistema legal, e para que fim esse sistema jurídico outorga poder<sup>14</sup>”. Isso é contrastado com “a perspectiva do observador”, a saber: aquela que é “adotada por alguém que pergunte [...] que decisões são em verdade tomadas em determinado sistema jurídico<sup>15</sup>”. Essa caracterização é multiplamente desconcertante. Que é, por exemplo, participar em uma disputa sobre o direito “dentro do sistema jurídico”? Que é participar em uma disputa sem ou fora do sistema jurídico? Caso eu<sup>16</sup> escreva um artigo sobre o direito alemão sobre os direitos de refugiados na Alemanha para uma revista britânica, eu estarei dentro ou fora do sistema jurídico? Poderia meu artigo, caso fosse apresentado a um tribunal alemão como parte de um argumento interpretativo sobre o direito alemão, se tornar num artigo escrito por quem está dentro, apesar de até então ter sido escrito por alguém de fora? Eu suspeito que a frase “dentro de um sistema jurídico” dever ser omitida. Ela nada adiciona além de confusão para a caracterização da distinção.

Similarmente, eu suspeito que “participar em uma disputa” não quer dizer o que diz. Se eu publico um artigo expressando uma visão sobre o que o direito alemão é em certos pontos (por exemplo: que há, ou que não há imposto de renda local na Alemanha), ou se eu explico direito alemão para os meus alunos, eu não participo de qualquer disputa. Porém, um advogado pode tratar sobre os mesmíssimos pontos, expressar as mesmíssimas proposições ao debater diante de um tribunal, e o que determina a verdade de sua afirmação são os mesmos fatores que

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 25.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Para afastar dúvidas, deixe-me admitir que eu não sou alemão, nunca morei na Alemanha e não tenho quaisquer qualificações acadêmicas em direito alemão.

determinam a verdade de minha asserção. Eu não vejo modo algum de distinguir a perspectiva do disputante da minha, e como Alexy não explica que diferença que poderia ser, eu vou supor que não há, e que a perspectiva do participante não tem nada a ver com participação em disputas.

O modo como Alexy utiliza a distinção<sup>17</sup> torna claro que o seu participante típico não é alguém que participe em uma disputa como um juiz, ou tribunal, decidindo um caso. Mas, novamente, deixando de lado o fato que uma decisão de tribunal vincula os litigantes, e que tem também força de lei entre eles, e focando exclusivamente sobre as razões que o tribunal dá como fundamentação de sua decisão, nós podemos ver aqui uma evidência de uma perspectiva especial. Normalmente nós esperamos que um tribunal seja tão fiel à verdade sobre o direito como nós somos em relação a um advogado que litiga, a um especialista acadêmico ou a um comentarista estrangeiro. Quaisquer de seus outros objetivos, quando afirmam o que o direito alemão é, eles todos têm normalmente<sup>18</sup> o mesmo propósito: afirmar verdadeiramente como o direito alemão é.

O próximo enigma é o seguinte: a “perspectiva do observador” é aquela a qual aqueles que perguntam “como as decisões são na verdade tomadas” devem adotar caso queiram ter sucesso na busca pela resposta à sua questão? Ou se trata simplesmente de inquirir como as decisões são atualmente tomadas, isto é, adotá-la nada mais é que perguntá-la? Uma questão paralela surge a respeito da perspectiva do participante. Para tornar vívida a diferença de pensar em uma reivindicação metodológica na antropologia: alguns antropologistas alegam que para entender uma cultura deve-se adotar o ponto de vista de seus participantes; que a explicação sobre uma cultura perde o seu foco caso não se explique que significados os rituais têm para as pessoas que os praticam. Aqui nós temos uma clara separação entre (a) o assunto da investigação (os rituais de uma população específica) e (b) o método de investigar (explicando o significado que os rituais têm para os membros daquela população). Fornecendo estatísticas sobre o impacto do ritual sobre a produtividade econômica pode ser interessante, mas não constituirá – de acordo com essa alegação – uma explicação do ritual.

Em nenhum lugar Alexy diz algo que possa ser considerado como designando qualquer conteúdo para as duas perspectivas. Ele não especifica diferentes metodologias como sendo empregadas por seus praticantes. Nós somos forçados então a supor que ter essas perspectivas é simplesmente procurar ou endossar proposições ou pontos de vista sobre o que o direito é (“perspectiva do participante”) ou sobre como os tribunais na verdade decidem os casos (“perspectiva do observador”). Eu vou assumir que por ser sua visão embora ímpar, é de se dizer que uma classe de verdades identificada por seu questionamento constitui uma perspectiva. Poderia ser estranho, por exemplo, pensar que aqueles interessados em física e aqueles interessados no pagamento e no *status* dos físicos adotem, exatamente pelo fato de que eles têm temas distintos, duas diferentes perspectivas.

---

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 42.

<sup>18</sup> A qualificação é permitida para casos nos quais eles objetivam enganar, ou apenas não se preocupar com a verdade de seus proferições. Tais casos existem, mas são necessariamente parasitários em relação aos casos normais.

E Alexy não nos dá mais nenhuma razão para assumir que suas “perspectivas do participante e do observador” são perspectivas<sup>19</sup>.

Dado que não temos escolha senão assumir que a diferença entre as perspectivas do observador e do participante são a questão principal de suas investigações não há razão para esperar que elas não sejam capazes de compartilhar os mesmos conceitos. Uma ou outra delas pode achar que alguns conceitos são mais freqüentes em suas inquirições, mas não há a princípio razão pela qual elas deveriam divergir de qualquer maneira em seus conceitos. Por isso é surpreendente encontrar em Alexy a afirmação de que “A não poderia ser privado de sua cidadania de acordo com o direito alemão, embora todos os tribunais e as autoridades tratem A como desnaturalizado [...]”<sup>20</sup> enquanto uma afirmação de um observador contém uma contradição<sup>21</sup>.

Dado que ser contraditório é uma propriedade de afirmações ou de proposições e não de relações entre elas e aqueles que as fazem ou as expressam, é estranho que a afirmação é contraditória “como uma afirmação de um observador”. Se Alexy quis dizer que a mesma afirmação pode ser feita tanto duma “perspectiva do participante” como duma “perspectiva do observador”, assim, dado que é a mesma afirmação, se há uma contradição decorrente de um único ponto de vista então ela pode decorrer de qualquer ponto de vista.

Além disso, dado que o modo que a perspectiva do observador foi definida é estranho vê-la como uma afirmação do observador. Certamente, ela consiste de duas afirmações; a primeira, sobre o que o direito é, é – pela definição de Alexy – uma afirmação de participante, enquanto a segunda é uma afirmação de observador, desde que seja sobre o que, na verdade, as instituições jurídicas fazem. Tomadas em conjunto elas implicam que as autoridades estão desrespeitando o direito pelo modo como tratam A. Isso é, nós assumimos, lamentável, mas é uma tremenda duma contradição. Se eu estou certo até agora então a conclusão de Alexy de que o observador tem um conceito especial sobre o direito e que sua asserção evita contradições pelo fato de que não pode ser mantida. Pode muito bem haver mais de um conceito de direito em uso, mas nenhuma razão é dada aqui, ou em qualquer lugar do livro, para pensar que “participantes” e “observadores” estão obrigados por seu papel a usar conceitos diferentes. Isto é, o estudo sobre o que o direito é e o estudo sobre como os juízes lidam com casos podem fazer uso dos mesmos conceitos. Na verdade, terem eles melhor utilizado os mesmos conceitos (embora eles possam usar mais de um) mesmo o segundo (o estudo de como os juízes lidam na verdade com os casos) quer dizer para nós, dentre outras coisas, o que acontece com o direito (o mesmíssimo direito que nós estudamos quando nós somos “participantes”) nas mãos dos tribunais. Tudo isso tem a lamentável consequência de que a assertiva de Alexy de que “a tese de separação é essencialmente correta a partir da perspectiva do observador<sup>22</sup>” não é mantida por

---

<sup>19</sup> Ao menos sua referência à suposta similaridade de sua distinção com a de Hart entre o ponto de vista interno e o externo é considerada uma perspectiva. Mas isso poderia ser um erro. As duas distinções não têm similaridade entre si. O ponto de vista interno de Hart demarca a posição de uma pessoa que endossa um grupo de normas ou razões. Não há nada disso na “perspectiva do participante” de Alexy.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 29-30.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 35.

sua própria análise. Eu retornarei, abaixo, ao uso de Alexy da distinção entre as duas perspectivas.

### A tese adequada

Alexy aponta que enquanto seu argumento é único a partir da injustiça suas fundações estão na tese mais básica, a tese de adequação, a qual diz – e isso é tudo o que nós vamos explicitar sobre ela – que o direito como um todo, e cada uma de suas normas e decisões, alega estar correto<sup>23</sup>. Eu sustento que a tese não é explicada porque Alexy pensa que ela é tão óbvia que não precisa ser explicada. Deixe-me explicar minhas dificuldades.

Você pode dizer que a alegação feita pelo direito é que isso é correto como direito, isso é o que o direito deveria ser. A alegação feita por qualquer decisão jurídica é que isso é correto como decisão jurídica. Eu sou, alega-se, o que eu deveria ser. A decisão alega: eu sou a decisão que eu deveria ser. Isso soa plausível, mas como deve ser entendido e como Alexy estabelece essa conclusão? Uma leitura natural é considerar isso como um caso especial de uma tese mais geral: cada discurso se apresenta como fazendo algo: declarando como as coisas são, levantando uma questão, expressando boa-vontade, fazendo uma promessa, dando conselho. Ao apresentar a si mesmo como uma ação alega-se ser, nas circunstâncias do caso, correto como uma ação daquele tipo.

Essa tese pode ser explicada como uma instância de uma tese ainda mais geral aplicável a todas as ações intencionais, o que explica a referência “à afirmação feita por um discurso” em referência à obrigação do discursador, ou, mais genericamente, do agente: o agente se obriga à correção ou à adequação da ação. O que significa que se um agente atua intencionalmente e prova-se ter agido inapropriada ou imprudentemente, ou ter agido de alguma outra forma que não deveria, ele tem de, uma vez convencido de seu erro, acreditar que não deveria ter agido como agiu. Nesse sentido, toda ação intencional “alega”, isto é, obriga seu agente a sua própria adequação. Como é evidente, a tese simplesmente significa que: (a) ações de diferentes tipos estão sujeitas à avaliação como ações daqueles tipos (embora talvez também a outras avaliações), e (b) isso é parte do conceito de ação intencional que alguém que desempenhe uma ação intencional sabe que sua ação está sujeita à avaliação pelo padrão aplicado a ações desse tipo (o tipo sob o qual ela é intencional).

O direito não é uma ação, e sim produto de ações intencionais, e é comum atribuir ao produto de uma ação algumas das propriedades da ação. Por exemplo, se o agente afirma que as coisas são assim-assado, então ele se obriga às declarações não apenas que seriam certas em afirmar que as coisas são assim-assado, mas também que elas são assim-assado, a saber, que a proposição que expressa sua afirmação é verdadeira. Assim, o criador do direito (*law-maker*) obriga a si próprio que a ação de fazer esse direito seria adequada, e isso pode ser tomado como uma obrigação que o direito faz assim como deveria ser.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 35-36.

Há duas dificuldades em entender a tese da adequação de Alexy nesse sentido. Primeiro, minha interpretação da tese de adequação a torna, penso eu, verdadeira, mas ao custo de considerá-la como uma tese geral sobre ações intencionais e seus produtos, negando assim que ela diga algo especial sobre o direito. Alexy, em comparação, mais do que considerar a tese como uma instância de uma tese mais ampla, a trata como talvez especial para o direito. De qualquer forma ele nega que ela se aplica às ações de “um sistema de bandidos<sup>24</sup>”. Mas certamente se os bandidos agem intencionalmente como bandidos suas ações exprimem a tese: bandidos são obrigados a declarar que o que eles fazem é apropriado (enriquecendo-se, cuidando de suas crianças, tirando vantagem, ou quaisquer das considerações que eles explícita ou implicitamente levem em conta para estabelecer a adaptação de suas ações). Talvez alguns bandidos estejam motivados pelo auto-ódio, e um desejo por autodegradação o que os leva inconscientemente a querer fazer coisas erradas. Alguém pode duvidar que tais motivações prevaleçam entre bandidos mais do que entre juízes da Suprema corte, mas isso não importa. Pessoas que estejam tão motivadas manifestam tão claramente como as outras que compartilham a obrigação de que suas ações devam ser adequadas. Apenas mediante a violação de sua obrigação eles podem realizar os seus desejos de autodegradação. Mais interessante é a possibilidade de que os bandidos não pensem suas ações da maneira como Alexy as descreve. Eles podem pensar nelas como ações cristãs, eles podem agir pretendendo agir de um modo cristão (talvez isso seja como Robin Hood e seu bando veja suas ações). Naquele caso eles estão alegando adequação a partir de um modelo, isto é, a partir do modelo cristão. Suas ações podem não ser intencionais sob a descrição “ações de bandidos”, e eles podem não estar alegando adequação àqueles modelos, caso haja tais modelos.

A segunda dificuldade em entender a tese da adequação de Alexy ao longo das linhas que eu sugeri é que ele pensa (ou pressupõe) que a tese da adequação envolve, embora não de forma exaustiva, a alegação de que o direito é moralmente correto.

Diante dessas dificuldades, não obstante, eu penso que a minha interpretação é a correta sobre o que é verdade na tese da adequação, de que há algo verdadeiro nela, e que Alexy está pelo menos consciente disso. Não faz muito tempo que ele tem invocado como um exemplo da adequação alegada pelo direito uma reivindicação pela justiça<sup>25</sup>, que ele aceita<sup>26</sup> poder “um positivista endossar o argumento a partir da adequação apesar de insistir, todavia, na tese da separação” (isto é, por óbvio, a tese da separação de Alexy). Alexy explica que, dentre outras razões, o positivista jurídico pode “sustentar que a alegação da adequação, tendo conteúdo trivial sem implicações morais, não pode conduzir a uma conexão conceitual entre direito e moral”. Tomado literalmente, conforme eu penso que deveria ser, esses pontos permitem que se existe um argumento contrário ao positivismo, a tese de adequação não contribui para isso (para que “um positivista possa endossá-la” etc.).

---

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 34.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 36-37.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 39.

Eu acredito que Alexy esteja certo nesse ponto. A incapacidade de a tese de adequação gerar resultados substantivos vale à pena ser entendida: a tese de adequação, como eu expliquei e generalizei, não é vazia, e sim formal. Ela é também uma verdade conceitual. Ela demarca a natureza da atividade proposta (e seus produtos). Ter um propósito envolve sujeitar alguém a alguns modelos de adequação, modelos que estabelecem ser válido adotar e perseguir o propósito etc. Essa é uma tese conceitual não especificamente sobre o direito (embora aplique-se ao direito), e sim sobre a natureza de propósitos, ações intencionais e seus produtos, isto é, em serem endossadas por seus agentes, os quais poderiam a princípio rejeitá-los, estes acabam por obrigar seus agentes a modelos de apropriação.

A tese é formal ao não determinar que modelos aplicar. Obviamente, visto que ela é tão geral, aplicando-se a toda conduta determinada, ela não pode determinar os modelos. Diferentes modelos aplicam-se a diferentes atividades e metas. Isso é a natureza de várias atividades, e das circunstâncias nas quais elas são adotadas, determinando que modelos a elas se aplicam. Se o direito está obrigado a modelos de justiça isso resulta da sua própria natureza, não da natureza de uma atividade determinada. Segue-se que nada pode ser aprendido a partir da tese de adequação sobre a natureza do direito. Assim, uma vez que tivermos estabelecido, sob a luz de outros argumentos o que é a natureza do direito, só então poderemos concluir que obrigações são feitas pelo direito, ou que alegações ele faz. A tese da adequação, por ser uma tese formal, embora verdadeira, não oferece ajuda específica para elucidar a natureza do direito. Eu retornarei ao uso dessa tese por Alexy em seguida.

### **O argumento a partir da injustiça**

Alexy tem por objetivo justificar a fórmula de Radbruch, a saber: “o conflito entre justiça e jurídico certamente pode ser bem resolvido da seguinte forma: o direito positivo, protegido pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando seu conteúdo é injusto e inconveniente, a menos que o conflito entre lei escrita e justiça alcance um grau intolerável em que a lei escrita, como uma ‘lei ilegal’, deva clamar por justiça<sup>27</sup>”.

À primeira vista essa passagem é ambígua entre duas posições: ela pode significar, coerentemente com o positivismo jurídico, que é dever do tribunal negar a aplicação de um dispositivo legal que é extremamente injusto<sup>28</sup>. Alternativamente, isso pode significar que o direito necessariamente (para que eu possa assumir que Radbruch não estava escrevendo apenas sobre o sistema jurídico alemão ou qualquer outro sistema jurídico específico) contém uma norma legal instruindo os tribunais a recusar a aplicação de leis que perpetuem injustiças extremas (mesmo porque todo sistema jurídico contém uma regra jurídica que diz que direito extremamente injusto não é direito, ou porque todo sistema jurídico contém uma regra jurídica que desautoriza

---

<sup>27</sup> Ver: RADBRUCH, Gustav. *Rechtphilosophie III*. Volume 3 de *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* (A. Kaufmann ed., Heidelberg, CF Mueller, 1990), p. 89.

<sup>28</sup> É mais provável que positivistas jurídicos, mais até que advogados iusnaturalistas ou outros positivistas não-jurídicos, afirmem que às vezes os tribunais têm deveres (morais) de desobedecer a leis injustas.

todas as outras, de modo a direcionar os juízes a desconsiderar regras injustas mesmo que elas sejam direito<sup>29</sup>). Eu não sou nenhum especialista em Radbruch, mas eu suponho que Alexy está correto em atribuir a Radbruch o segundo ponto de vista. Em todo caso, essa é a visão que Alexy defende.

Surpreendentemente, a sua defesa, elaborada e freqüentemente sutil, toma a forma de uma disputa, em geral bem-sucedida, com um amplo número de argumentos mal-sucedidos contra a fórmula de Radbruch. Para achar no livro qualquer argumento para a tese é difícil. Mas é isso que eu tentarei fazer.

Alexy argumenta assim: “considerar a tese substantiva de que há boas razões jurídicas para o juiz não aplicar a Norma 11 [...]. Dado que essa pressuposição poderia ser insatisfatória para o juiz dizer que a Norma 11 não constitui direito. Ele deve caracterizar sua decisão como “direito” desde que ele esteja decidindo com base em razões legais. A partir de quando sua decisão contradisser a Norma 11, então se ele também estava por classificar a Norma 11 como “direito”, ele poderia estar caracterizando normas contraditórias como “direito”. [...] Essa contradição pode ser resolvida sem dificuldade se o juiz disser que a Norma 11 é realmente à primeira vista direito, mas, depois, não é de todo direito. O que é explicitado desse modo é que, no curso do procedimento de não-aplicação da norma, a Norma 11 tem-lhe negada a característica jurídica. Se houver boas razões jurídicas para não aplicar a Norma 11, então não apenas é possível ao juiz dizer que a Norma não é no final das contas direito, como é necessário que ele o faça a fim de evitar uma contradição<sup>30</sup>”.

“Dado que o que pode ser razões jurídicas para o juiz invalidar a Norma 11 – sua existência é uma questão contingente – o conceito de direito pode incluir elementos morais<sup>31</sup>”.

Não há, contudo, nada no argumento, supondo para argumentar que isso seja sólido quando entendido como Alexy pretende, para mostrar que o conceito de direito inclui elementos morais. Isso apenas mostra que o direito inclui tais elementos, isto é, que o direito pode incluir uma norma que estabeleça serem inválidas as leis extremamente injustas, se, por exemplo, o Legislativo aprovar uma lei com este efeito. Nesta assunção, consistente com tudo no argumento, o conceito de direito não precisa incluir nada senão que o direito é nada mais do que o Legislativo legisla. Quando o Legislativo instrui um tribunal a usar seu poder para afastar leis extremamente injustas o tribunal deveria usar seus julgamentos em questões morais para decidir que leis colocar de lado.

Isso parece consistente com a observação de Alexy de que alguém pode descrever o que aconteceu no caso como “a norma jurisprudencial derogadora<sup>32</sup>” (*derogating judge-made law*). Não há nada na citação para explicar porque essa não é a descrição correta da situação? Alexy diz que o juiz “deve caracterizar sua decisão

---

<sup>29</sup> Lamenta-se que Radbruch não tenha considerado algumas matérias relacionadas. Por exemplo, no caso de que se refutar a aplicação de uma lei injusta poderia por si só gerar resultados extremamente injustos, como pode ser o caso; ou, no caso de se a lei não for extremamente injusta, mas sua aplicação a um caso particular é? Para simplificar as coisas, eu vou ignorar esses relevantes, contudo complicados fatores.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 42.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 31.

como 'direito' desde que ele esteja decidindo com base em razões legais". Como nós devemos entender isso? Talvez Alexy queira dizer que o juiz deva sustentar sua decisão para ser legalmente vinculante. Isto, no entanto, não porque ele está decidindo com fulcro em razões legais, mas porque ele tem o poder legítimo para determinar a questão litigada antes dele. Isso faz com que sua decisão seja juridicamente vinculante, mesmo que tenha ocorrido um erro jurídico, isto é, mesmo se não for corretamente baseada em razões legais. Talvez Alexy queira dizer não apenas que a decisão dos tribunais é vinculante, mas que isso é, de fato, também uma aplicação correta de razões legais (isto é: a suposta regra legal dando autoridade para o tribunal afastar uma lei extremamente injusta).

Isso é também consistente com a situação hipotética além de o ser com o positivismo jurídico. Por suposição, há duas regras em conflito envolvidas aqui: Norma 11 e a regra que direciona os tribunais a colocar de lado qualquer regra que seja extremamente injusta. Muitas questões continuam sem especificação. Nós sabemos que a segunda regra, por sua natureza e conteúdo, tira a autoridade da primeira. Portanto, a decisão correta de acordo com o direito é para que o tribunal não siga a Norma 11. O importante é que qualquer que seja o conteúdo da regra legislada contra regras injustas, o exemplo não dificulta a minha explicação sobre a natureza do direito, nem qualquer outra que permita, ou melhor, que insista terem os tribunais o poder, às vezes em virtude de regras jurídicas, às vezes independentemente delas, de mudar o direito, quando ele for, por exemplo, extremamente injusto<sup>33</sup>.

O exemplo idealiza tal situação. A segunda regra, que instrui os tribunais a desconsiderar leis extremamente injustas, direciona o tribunal a afastar a Norma 11. Quando isso ocorre, o tribunal tanto faz a lei quanto (pelo ato como um todo) segue a lei. Não há nada aqui que não possa ser descrito seja pelo observador, seja pelo participante. Há, por certo, outros casos também. Há casos nos quais o direito veda aos tribunais o poder de fazer o direito (*law-making power*) em certas questões, e eles, desafiando o direito, assumem, todavia, tal poder, talvez por boas razões morais. Em tais casos, eles podem não ser livres para reconhecer que eles mudam a lei. Eles podem bem ser aconselhados a disfarçar a verdadeira natureza de suas ações, e fingir que o direito tenha sempre sido como eles agora dizem que era. Essa não é a situação que Alexy nos convida a examinar. Mas pode ser observado que enquanto tais situações são suficientemente reais elas dificilmente justificam a postulação de uma perspectiva especial. Mentir ou fingir que as coisas são diferentes do que outras pessoas achem que elas sejam não é ser confundido com a existência de qualquer perspectiva.

Não há nada no exemplo que seja inconsistente com o positivismo jurídico? Eu não vejo nada desse tipo. Se nós supusermos que a regra que dá aos tribunais o poder de afastar leis extremamente injustas possa existir em alguns sistemas legais e não existir em outros, então a sua existência pode ser apenas uma questão de fato social, supondo que não há diferença moral entre esses sistemas que possa justificar a sua existência em um, mas não em outro. Para argumentar contra o

---

<sup>33</sup> Para uma explicação mais recente e nuançada desse poder ver: RAZ, Joseph. *Incorporation by law* (2004) 10 *Legal Theory*, p. 1. Lidando com isso e com situações similares, Alexy aplica sua distinção entre as perspectivas do participante e do observador. Minhas observações, aqui, ilustram porque não é necessário, mostrando o quanto tais situações podem ser descritas sem referência a essa distinção.

positivismo jurídico, Alexy precisa mostrar não apenas que os tribunais de quaisquer sistemas legais deveriam colocar de lado leis injustas, mas que necessariamente o direito dá a eles esse poder como um poder legal, de modo que o seu exercício nunca possa ser uma violação do direito.

Não se fazem claras quais as razões que Alexy tem para essa alegação. Andrei Marmor tem sugerido para mim que implícito no livro é algo como o argumento subsequente: “a) o direito essencialmente faz uma reivindicação para a sua adequação moral; b) do ponto de vista do participante, essa reivindicação para a adequação moral faz parte das razões para seguir o direito, e no caso dos juízes, para aplicá-lo; [...]; d) a partir do momento em que uma lei extremamente injusta não possa ser moralmente correta (*ex hypothesis*), devem os juízes interpretar o direito de modo que a lei extremamente injusta seja tornada inválida; e) por isso, do ponto de vista interno e do ponto de vista dos juízes, lei injusta não é lei<sup>34</sup>”. Nem Marmor nem eu estamos certos que isso seja uma apresentação correta do modo subjacente de Alexy pensar. Contudo, algo como isso pode ser o melhor argumento encontrado no livro. Mas, quão bom ele é?

Algo como a primeira tese é verdadeiro. Linhas atrás eu comentei que enquanto é verdade que o direito, como todas as ações intencionais e seus produtos, pode em seu favor fazer uma reivindicação à adequação, se essa reivindicação à adequação moral depender de um argumento, não fornecido por Alexy, sobre a natureza da instituição. Eu tenho argumentado<sup>35</sup> que o direito alega ter autoridade legítima, no sentido em que as instituições jurídicas tanto agem como se tivessem tal autoridade, como articulam a visão que têm sobre isso. Isto é, por certo, uma alegação moral embora não seja uma reivindicação à adequação moral. Isso é em boa parte da natureza das regras oficiais que elas sejam obrigatórias mesmo que não sejam corretas. Portanto, as autoridades (política, tribunais, agências administrativas) podem estar conscientes tanto de que as regras que elas aplicam estão moralmente erradas, como de que elas são moralmente vinculantes, por si mesmas e por seus objetos. É claro que se as autoridades têm o poder (se for, ou não, um poder sancionado) de mudar as regras ou de se abster de aplicá-las, eles o podem exercer<sup>36</sup>. Mas nem sempre é esse o caso, e quando essas ações não são autorizadas pelo direito, destarte não é verdade que o direito faça uma reivindicação para a adequação moral.

Um erro mais sério surge na segunda proposição. Em geral, é verdade que os participantes, se isso significar que autoridades como os juízes, administradores, polícia e similares, geralmente seguem o direito, não porque este afirme ser moralmente legítimo, mas porque eles pensam que isso seja moralmente legítimo. A alegação por si só não está nem aqui nem lá. Para examinar o resto do argumento, é preciso supor que enquanto leis injustas podem ser moralmente obrigatórias, leis extremamente injustas não o podem ser, de modo que é preciso supor que leis

---

<sup>34</sup> Comunicação particular (a partir de notas preparadas por Marmor para um debate com Alexy no Congresso Mundial de IVR, Granada, Espanha, 27 de maio de 2005). Eu pulei o terceiro ponto em seu argumento.

<sup>35</sup> O leitor ficará feliz por eu não ter repetido os argumentos aqui novamente. Eles foram delineados nas minhas seguintes obras: *Practical reasons and norms*, ver nota 6; *The authority of law*, ver nota 13; *Ethics in the public domain*. Oxford: Clarendon Press, 1985.

<sup>36</sup> Mas nem sempre, como o mal causado por mudar uma lei ruim pode ser maior do que permitir que ela permaneça e seja aplicada.

extremamente injustas são não apenas moralmente deficientes, como também excedem qualquer autoridade legítima (isto é, moralmente obrigatória) que qualquer um possa ter. Tal suposição justificará a conclusão de que autoridades (isto é, os participantes de Alexy) são sempre moralmente justificados quando recusam aplicar tais leis? Não necessariamente, como foi observado acima, o prejuízo que advém da não aplicação dessas leis pode ser, às vezes, pior que o prejuízo decorrente de sua aplicação. Suponha que nós tenhamos sucesso ao identificar uma classe de casos como os relativos a algum que lhes dê autoridade (a) se encontre além do poder legitimador daquela autoridade, e (b) possa ser correto não os seguir. A possível existência de tal classe de casos não é surpreendente, ao menos não para alguém que acredite que a autoridade legítima policial e jurídica é sempre limitada. A questão é se isso pode levar à conclusão que nenhuma lei extremamente injusta é lei, ou que os tribunais têm um poder legal inerente de colocar essas leis de lado? Claramente as suposições por si só não implicam tal conclusão. Tal inferência requer a premissa adicional de que o direito nunca possa ser injusto nesses casos. Mas, depois de tudo, o argumento completo é sobre a verdade daquela premissa. Olhar para as questões como elas parecem às autoridades tem o condão de mudá-las? Não, tanto as autoridades como outras pessoas podem, e devem acreditar que algumas leis deveriam ser postas de lado, mas isso não quer dizer que elas pensem que são autorizadas pela lei a colocá-las de lado. Se fosse possível dizer que as autoridades, enquanto autoridades devem acreditar naquilo sobre o direito, nós poderíamos ter o começo de um argumento na direção da fórmula de Radbruch. Porém, Alexy não dá razão alguma para pensar que elas devam pensar assim. Naturalmente nem todos os juízes pensam assim, como as declarações de vários juízes de que eles são moralmente obrigados a obedecer ao direito haja o que houver. Positivistas jurídicos alegam que eles não deveriam pensar isso, porque isso seria confundir seu dever moral de afastar tais leis com o seu dever jurídico. Alexy não concorda com isso, e eu não consegui encontrar o seu argumento.

Alexy tem muito mais a dizer. Muitos de seus argumentos têm a ver com as alegações de que o mundo deveria ser moralmente melhor se o conceito de direito tivesse essa ou aquela característica (por exemplo: características positivistas *versus* não-positivistas). Eu não consigo ver como tais argumentos podem ajudar a estabelecer que características o conceito de direito deva ter. Muito do que Alexy diz nesses contextos envolve tanto confusões conceituais quando suposições empíricas altamente especulativas. Deixe-me dar um exemplo. Alexy sustenta que “se há noções de justiça que são racionalmente justificáveis, então alguém que possa justificar racionalmente seu ponto de vista de que uma ação é injusta pode ter dito conhecê-la. No que o seguinte princípio é aplicado: quanto mais extrema a injustiça mais certo o seu conhecimento<sup>37</sup>”. Primeiro, um ponto conceitual: alguém pode argumentar racionalmente com uma conclusão errada, isto é, poder ter chegado (racionalmente) a uma falsa crença e ter irracionalmente aceitado uma crença não são necessariamente noções co-existentes. O conhecimento (como distinto do conceito de crença) poder ser mais ou menos certo é falar em graus (isso também é um ponto conceitual)? É verdade que quanto maior a injustiça tanto menor é a probabilidade de cometermos erros sobre algo ser uma injustiça? Há algumas evidências empíricas para duvidar da última alegação. Muitos admitirão que a escravidão tal qual praticada por muçulmanos e por cristãos nos séculos XVI e XVII

---

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 52.

esteve entre as maiores injustiças daqueles tempos, ainda que não estivesse entre as mais óbvias injustiças àquelas que a praticavam. A opressão a mulheres ou a homossexuais em várias culturas fornece exemplos similares. Eu acredito que nós temos sorte de que tais argumentos não exercem influência sobre a natureza do direito.

Eu não encontrei quaisquer argumentos apresentados por Alexy que possam refutar a tese de separação de Marmor. Eu suspeito que Alexy sinta ser a sua questão a correta a se fazer, uma vez que ele está consciente de existir apenas outra, a de clarificação do uso lingüístico, a qual ele alega, corretamente, que não pode resolver a questão. Ele parece não ter consciência sobre a tarefa teórica de explicar a natureza de uma instituição social que nós temos, a qual não é nem uma questão de uso lingüístico, nem a questão de que uso lingüístico poderia ser, caso prevalecesse, moralmente melhor.

### O argumento a partir do princípio

Alexy encontra outro argumento, completamente independente do argumento a partir da injustiça, para uma conexão necessária entre direito e moral. Conforme pontuado, minha própria visão e a tese da separação têm a ver com a existência dessas conexões necessárias. Elas podem, todavia, ser inconsistentes com o tipo de conexão que Alexy procura estabelecer, e isso pode, portanto, ser interessante para saber se ele e o tipo de conexão por ele estabelecido são bem-sucedidos.

Como um primeiro passo num argumento complexo, ele alega que todos os sistemas jurídicos desenvolvidos incluem princípios, os quais ele entende, seguindo Dworkin, serem modelos que podem ser efetivados em vários graus<sup>38</sup>. Naturalmente, também o podem ser as regras. A idéia é, entretanto, que, às vezes, efetivar um princípio num grau menor não significa violá-lo, ao passo que se isso ocorrer em relação a uma regra, significa quebrá-la. Talvez nós possamos identificar princípios com razões *prima facie*, enquanto regras são razões conclusivas. Alexy discute aqui apenas princípios cuja função ou papel é instruir os tribunais como decidir casos para os quais razões conflitantes são aplicadas.

Não é implausível esperar que todos os sistemas jurídicos desenvolvidos incluam princípios. O argumento de Alexy para esse efeito não assegura, contudo, tal conclusão. Isso é mais ou menos por causa da tese da adequação, “em todos os sistemas jurídicos em que há casos duvidosos que dão projeção à questão de encontrar um ponto de equilíbrio, é legalmente requerido que se encontre tal ponto e desse modo que os princípios sejam considerados. Assim, em todos os sistemas legais desse tipo, princípios são, por razões legais, elementos necessários do sistema jurídico<sup>39</sup>”. Esse argumento pode ser generalizado para estabelecer que todo sistema jurídico contém vários tipos de leis: em todos os sistemas legais nos quais decidir um caso requer reforçar um dever de que há regras que impõem deveres, em todos os sistemas legais em que decidir um caso requer proteger um direito de que há regras protetoras de direitos etc. Todos esses argumentos têm

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. Obra citada, p. 74.

essencialmente um bom, ainda que enfraquecido, sentido. Em todos esses casos é plausível supor que sistemas jurídicos incluem modelos legais de vários tipos, os quais são necessários para a resolução de conflitos práticos. Desde que tais conflitos práticos envolvem conflitos de direitos, deveres etc., é plausível esperar que o direito tenha regras sobre essas questões.

Essa observação não é, contudo, um argumento à inevitável presença de tais regras em todos os sistemas legais. Alexy não fornece tal argumento? O argumento dele, infelizmente, não é válido, por isso conclui que o direito de um país inclui princípios decorrentes da única premissa de que dos tribunais é requerido, pela lei, a aplicação de princípios. Isso é um *non sequitur*, ou seja, um argumento cuja conclusão não é garantida pelas premissas. Dos tribunais da Grã-Bretanha são solicitados pelo direito a aplicar modelos do direito estrangeiro e muitos outros que não são partes do direito nacional da Grã-Bretanha. O argumento de Alexy confirma aqui a suspeita acima mencionada de ele falhar ao conceber a possibilidade de que os modelos os quais são solicitados pelo direito que os tribunais apliquem podem, sem embargo, não ser parte do sistema legal que requer a sua aplicação.

O resto do argumento não adiciona muito. Alexy conta com sua tese da adequação para alegar que leis, por exemplo, princípios, os quais são moralmente errados, ou incorretos, devem ser mudados. Pelas razões explicadas nas linhas anteriores, a tese de adequação não estabelece tal conclusão. Para estabelecê-la ter-se-ia de determinar que o direito fosse moralmente correto. Isso não é uma conclusão vazia, trivial. Porém ela pode ser estabelecida e eu não conheço, realmente, alguém que a discuta. Trata-se de uma mancha no direito que isso é moralmente defeituoso, injusto etc. Ainda que isso nada estabeleça em relação às credenciais do positivismo jurídico, mesmo assim é estabelecido que a tese de separação de Alexy, a qual ele tão laboriosamente minou por seu argumento para essa conclusão, não tem nada a ver com o positivismo jurídico. Além de tudo, foi Bentham, o fundador do positivismo jurídico na Grã-Bretanha, quem, mais que qualquer um, argumentou que o direito deveria ser moral, e expôs as deficiências morais do direito de seu tempo.

Paradoxalmente, o tom crítico desse artigo é mais um resultado de uma concordância do que de uma discordância. Por segurança eu encontrei algumas das discussões centrais do livro que não podem ser mantidas por seus argumentos, e alguns deles eu acredito que estão errados. Mas, um considerável grau do tom crítico desse artigo é devido a uma grande concordância com Alexy. Em várias questões ele está errado não em seus pontos de vista, mas em pensar que aos sustentá-los está contraditando os positivistas jurídicos. Deveria, contudo, ser um péssimo engano pensar que meu propósito seria defender o positivismo jurídico. Eu vejo o livro de Alexy como uma oportunidade perdida, a oportunidade de ir além da discussão sobre o positivismo jurídico. O fato é que muitas das questões, incluindo várias abordadas por Alexy, as quais se pensa ou se pensava caracterizarem a divisão entre o positivismo jurídico e outras considerações sobre a natureza do direito, servem não a semelhante propósito que mostre terem positivistas jurídicos tanto no positivismo legal quanto no lado oposto avançado na discussão sobre a natureza do direito além do ponto em que o positivismo jurídico é uma categoria iluminada em tais discussões. Talvez seja hora não de refutar o positivismo jurídico, mas de esquecer o rótulo e considerar as visões de vários escritores dentro de tal tradição em seus próprios termos.