



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

GUSTAVO LAMOUNIER GONÇALVES

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL NO NÃO POSITIVISMO DE ALEXY
E NO POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO DE RAZ**

BRASÍLIA

2017

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

GUSTAVO LAMOUNIER GONÇALVES

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL NO NÃO POSITIVISMO DE ALEXY
E NO POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO DE RAZ**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
como requisito parcial à obtenção da outorga do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. João Costa Neto

BRASÍLIA

2017

GUSTAVO LAMOUNIER GONÇALVES

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL NO NÃO POSITIVISMO DE ALEXY
E NO POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUSIVO DE RAZ**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção da outorga do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. João Costa Neto (Orientador)

Prof. Dr. Nelson Gonçalves Gomes (Avaliador)

Prof. Pedro Felipe de Oliveira Santos (Avaliador)

Brasília, 6 de dezembro de 2017.

A todos aqueles que, ao abraçarem suas fraquezas, se tornaram fortes.

AGRADECIMENTOS

Muitos são os nomes que me surgem quando penso em quem são aqueles que devo agradecer. Sem vocês a realização desse trabalho seria impossível.

Primeiramente, quero agradecer meu orientador, Professor Dr. João Costa Neto, por ter aceito a difícil tarefa de me orientar. Sem sua orientação e suas indicações esse trabalho ainda seria um mero rascunho de tema. Obrigado por não ter me deixado desistir.

Quero agradecer ao meu melhor amigo, Rodrigo Iglesias, por ter me indicado a leitura do Habeas Corpus 124.306. Foi a leitura desse Habeas Corpus o que me deu o estalo para pensar no tema dessa monografia. Além disso, quero agradecer por toda ajuda e suporte emocional que vens me oferecendo desde o 2º ano do Ensino Médio.

Agradeço a enorme ajuda de Ana Lucia Amorim. Sem suas sugestões de correções gramaticais e de estilo de escrita, esse trabalho seria uma leitura insuportável por conta de tantas repetições.

Também agradeço à minha irmã, Aline, por toda ajuda oferecida com a formatação do trabalho. Sem você esse trabalho ainda seria um arquivo salvo numa pasta do computador do escritório.

Por último, agradeço a Rafaela Frade Reis. Sem nossas conversas de segunda-feira, eu não teria me tornado a pessoa que eu precisava ser para conseguir realizar essa monografia.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar duas teses opostas sobre a relação, ao nível da validade jurídica, entre o direito e a moral: a tese da vinculação e a tese da separação. O trabalho busca fazer essa análise a partir do estudo dos argumentos de Robert Alexy e de Joseph Raz, cada um, respectivamente, representando uma tese. A forma como essa tese é defendida por cada autor, seja partindo do não positivismo ou do positivismo exclusivo, reverbera não só por toda a sua teoria sobre a natureza do direito, mas também em sua teoria da decisão judicial. A formulação que a teoria da decisão judicial de cada autor recebe, uma vez respondida qual tese é a verdadeira, também será objeto de estudo deste trabalho. Por último, será realizada uma breve avaliação sobre qual teoria se mostra mais capaz de explicar a natureza do direito e da decisão judicial.

Palavras-chave: Direito e Moral; Alexy; Raz; Pretensão à Correção; Autoridade.

ABSTRACT

This study aims to analyze two opposite thesis about the relation, at the level of validity; between law and morality: the necessity thesis and the separability thesis. The study analyzes the arguments from Robert Alexy and Joseph Raz, each one, respectively, representing one thesis. The answer given to this thesis, whether it is a non-positivist or exclusive positivist one, reverberates not only in all of its author legal theory but in its theory of adjudication too. The different versions of each theory of adjudication will also be studied. Finally, it will be made a short evaluation of which theory is best suitable to explain the nature of law and adjudication.

Key words: Law and Morality; Alexy; Raz; Claim to Correctness; Authority

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ALEXY E A PRETENSÃO À CORREÇÃO.....	13
1.1 O CONCEITO DE DIREITO DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	13
1.2 AS CRÍTICAS DE ALEXY AO POSITIVISMO JURÍDICO.....	14
1.2.1 O ARGUMENTO DA CORREÇÃO	15
1.2.1.1 CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA.....	16
1.2.1.2 PRETENSÃO À CORREÇÃO JURÍDICA.....	18
1.2.2 O ARGUMENTO DA INJUSTIÇA.....	20
1.3 DEFINIÇÃO NÃO POSITIVISTA DO CONCEITO DE DIREITO	21
2 RAZ E A REIVINDICAÇÃO DE AUTORIDADE.....	22
2.1 POR QUE “EXCLUSIVO”?	23
2.1.1 A TESE DAS FONTES.....	24
2.1.1.1 A AUTORIDADE	24
2.1.1.2 A ESTRUTURA DO ARGUMENTO DE AUTORIDADE.....	26
2.1.1.3 A COMPATIBILIDADE COM A TESE DAS FONTES.....	28
2.1.2 A IMPORTÂNCIA DA AUTORIDADE PARA A TESE DA SEPARAÇÃO	29
2.1.2.1 A PERPÉTUA EXCLUSÃO DE RAZÕES MORAIS	30
3 DA IDENTIFICAÇÃO A APLICAÇÃO DO DIREITO	31
3.1 ALEXY E A MORAL FUNDAMENTÁVEL.....	31
3.2 RAZ E OS LIMITES DO DIREITO.....	33
CONCLUSÃO	37
Referências.....	40

INTRODUÇÃO

Existe um certo consenso no debate jurídico realizado na academia brasileira de que, durante a primeira metade do século XX, ali até meados dos anos 1960, a teoria geral do direito dominante era o positivismo jurídico, principalmente nas formulações de Kelsen e de Hart. Qualquer um que questionasse a principal tese do positivismo à época, de que teorizar sobre o direito é realizar uma descrição neutra de um objeto conceitual produto da ação social estava, com certeza, à margem do debate principal.

Contudo, esse quadro muda radicalmente a partir da década de 70. Assistimos, então, ao surgimento de uma grande quantidade de teorias sobre o direito dispostas a empregar novos métodos de análise, revisar certas teses, propor novos problemas, dar novas interpretações. E, como o positivismo jurídico era a teoria dominante à época, é simples perceber o porquê de ele ter sido o principal alvo teórico dessas teorias emergentes.

Durante esse período, houve o ressurgimento da teoria do direito natural, principalmente com John Finnis¹, que reinseriu a Lei Natural como objeto de estudo do Direito. A teoria feminista², por sua vez, questionou e revisou a distinção entre o público e o privado, mostrando como a construção dos direitos humanos, mesmo que formalmente incluam as mulheres em uma esfera pública, materialmente continua as excluindo de forma sistemática.

Como podemos ver, vieram ataques ao positivismo jurídico de todos os lados imagináveis. Mas nenhuma dessas discussões foi tão decisiva, a ponto de colocar em cheque o positivismo jurídico, quanto aquelas levantadas por Ronald Dworkin³. A extensão, a quantidade e a riqueza das críticas de Dworkin ao positivismo são tão significativas que não cabem em apenas um parágrafo.

Após o surgimento de novos teóricos, encabeçados pelo já mencionado Dworkin, e também pelo não positivismo de Alexy, cujo trabalho será tratado a seguir, criou-se uma nova

¹ FINNIS, 1980.

² PATEMAN, 1988.

³ *"It is my intention to show that positivism is alive and well, and quite able to fend off its chief challengers, most notably Ronald Dworkin"*. WALUCHOW, 1994, p.2

corrente chamada de pós-positivismo. O positivismo jurídico foi gradualmente perdendo espaço para o pós-positivismo, por não ser mais considerado uma teoria viável.⁴

O que este trabalho pretende fazer é mostrar que, diferente do "consenso" sobre o fim do positivismo jurídico e da crença de que as teorias pós-positivistas ou neoconstitucionalistas são as únicas teorias viáveis sobre o direito, o positivismo jurídico continua "firme e forte". Isso quer dizer que os seguidores do positivismo jurídico, principalmente aqueles inspirados pela teoria de H.L.A.Hart, como Coleman, Himma, Waluchow, Kramer, Shapiro, Marmor e Raz⁵ (que será discutido mais à frente), foram capazes de entender e assimilar aquelas críticas realizadas e se empenharam em revisar e sofisticar as teses do positivismo jurídico, sendo assim, capazes de oferecer excelentes e interessantes respostas àqueles problemas apresentados.

Faz-se-mister delimitar o escopo deste trabalho, uma vez que tratar de todas as discordâncias entre a corrente positivista e a pós-positivista requer um trabalho homérico. Escolhemos, portanto, tratar aqui apenas da questão da relação entre o direito e a moral:

"Há muitos tipos diferentes de relações entre o direito e a moral, e nada existe que possa ser isolado e estudado como se fosse a única relação entre eles. Ao contrário, é importante distinguir alguns dos muitos significados diferentes da afirmação, ou da negação, de que o direito e a moral se relacionam. [...] Assim, não se pode negar em sua consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas com insistência por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceita. Mas é possível compreender erroneamente essa verdade, vendo-a como autorização para uma afirmação diferente: a de que um sistema jurídico deve necessariamente mostrar alguma conformidade específica com a moral ou a justiça"⁶

Neste trabalho, quando a relação entre direito e moral for mencionada, será utilizada dentro daquele último sentido: o problema da validade jurídica. Isto é, a que critérios devemos recorrer para saber se uma norma jurídica é válida ou não. O pós-positivismo sustenta a tese da vinculação entre o direito e moral, que, entre o direito e a moral existe uma relação

⁴ REGLA, 2007.

⁵ HART, 2009. COLEMAN, 2000. HIMMA, 2002. WALUCHOW, 1994. KRAMER, 1999. SHAPIRO, 2011. MARMOR, 2009. RAZ, 1979.

⁶ HART, 2009, p. 239.

conceitual de necessidade⁷, logo, critérios morais necessariamente fazem parte dos critérios jurídicos de validade.

O positivismo, por sua vez, nega essa tese de necessidade e se divide em duas correntes ao aceitar ou não a questão da possibilidade da existência dessa relação. A corrente que aceita a possibilidade dessa relação ocorrer é conhecida como Positivismo Jurídico Inclusivo, já a que nega essa possibilidade é conhecida como Positivismo Jurídico Exclusivo. Escolhemos tratar neste trabalho da corrente Pós-Positivista a partir de Alexy e do Positivismo Jurídico Exclusivo⁸ a partir de Joseph Raz.⁹

No primeiro capítulo, será exposto a crítica de Alexy ao positivismo jurídico a partir da sua tese da vinculação entre direito e moral.

No capítulo seguinte, vamos apresentar a tese da separação entre direito e moral de Joseph Raz.

A escolha de Joseph Raz para esse trabalho não se deu por acaso. Pretende-se defender aqui que, mesmo uma tese ousada como a dele, que com certeza soa estranha, pode fazer bastante sentido e ser bastante crível.

É essencial esclarecer que o objetivo não trata de defender a teoria de Raz, mas sim de tentar trazer, ao chamar à atenção para sua existência, um diverso, frutífero e interessante corpo de conhecimento que está sendo produzido internacionalmente desde a década de 70 e que nós, por algum motivo, nos blindamos contra.

No terceiro capítulo, vamos entender como essas diferentes teses nos dois autores influenciam a forma como eles entendem a teoria da decisão judicial. De forma que, ao final, talvez possamos responder a pergunta: "ainda é o positivismo jurídico capaz de nos oferecer boas respostas sobre os problemas atuais do direito?".

⁷ Aqui, necessidade é entendida como exemplificação, isto é, um objeto 'x' e uma propriedade 'A' tem uma relação de necessidade quando, caso 'x' perca a propriedade 'A', ele deixa de ser 'x'. Logo, a propriedade "A" exemplifica 'x' em todos os mundos possíveis. Por exemplo: existe uma relação conceitual necessária entre ser um quadrado e ter quatro lados. Se um quadrado deixar de ter quatro lados, ele automaticamente deixa de ser um quadrado. Essa relação de necessidade conceitual pode ser expressa em termos de possibilidade também, qual seja: é impossível um objeto ser um quadrado e não ter quatro lados.

⁸ WALUCHOW, 1994, p. 80

⁹ Importante frisar que a teoria desses autores representa apenas uma versão de cada corrente. De forma alguma eles resumem tudo aquilo que essas correntes têm a dizer.

1 ALEXY E A PRETENSÃO À CORREÇÃO

Robert Alexy é um dos principais expoentes mundiais sobre a teoria da argumentação jurídica. O objetivo deste capítulo é expor a sua tese de vinculação entre direito e moral a partir da sua crítica ao positivismo jurídico.

Devemos deixar claro, desde o início, que, para Alexy, a tese sobre a vinculação entre o direito e a moral não tem apenas uma função teórica sobre a identificação daqueles critérios que nos permitem reconhecer dentro de um sistema jurídico quais normas são válidas e quais não são. Ela tem também uma função metateórica, pois a definição do conceito de direito também é afetada dependendo da forma de como respondemos à pergunta de se a tese verdadeira é a da vinculação ou da separação.

Segundo Alexy, o conceito de direito dado pelo positivismo jurídico é incompleto, pois falta a dimensão da moral na definição¹⁰: "Minha tese é que existe uma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moralidade o que significa que o positivismo jurídico falha como uma teoria abrangente."¹¹

Inicialmente, exporemos os argumentos contrários à definição positivista de direito e como essa visão crítica implica a inclusão da dimensão moral à metateoria. Dessa forma, a tese da vinculação entre o direito e a moral se mostra uma definição mais completa do conceito de direito do que a tese da separação. Veremos, posteriormente, como essa inclusão de elementos morais na definição do direito afeta a tese da separação positivista no seu sentido teórico, ou seja, após esse ajuste na definição, ficará claro como, para Alexy, normas jurídicas podem ser inválidas apenas por conta de sua avaliação moral.

1.1 O CONCEITO DE DIREITO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Em primeiro lugar, deve-se deixar claro que Alexy realiza uma crítica não a um tipo específico de positivismo jurídico, mas à forma geral de todas as teorias positivistas do

¹⁰ Escolhemos indicar isso, pois há positivistas que não entendem a tese da separação/vinculação com essa função metateórica. Raz, 2007.

¹¹ Tradução livre: "*My thesis is that there is a conceptually necessary connection between law and morality which means legal positivism fails as a comprehensive theory*". ALEXY, 1989, p. 167.

direito. No entanto, antes de falarmos da crítica, é necessário indicar o que Alexy entende como sendo uma teoria positivista de direito.

Positivismo jurídico é toda teoria que utiliza dois e apenas dois elementos na sua definição de direito: a eficácia social e a legalidade¹². Esses dois elementos constitutivos do conceito de direito podem ter maior ou menor importância um em relação ao outro, e, com isso, as combinações e interpretações que o positivismo jurídico dá sobre o que é o direito podem se dar de várias formas.¹³

Nota-se que, nessa acepção, nenhum elemento moral é utilizado para definir o que é o direito. Em outras palavras, o positivismo exclui elementos morais da noção de direito.¹⁴ Por conta disso, apesar das diferentes formas que as teorias positivistas podem possuir, há algo que une todas elas: a separação entre direito e moral.

Contudo, Alexy afirma que essa forma de definir o conceito de direito - a positivista - é falha e incompleta justamente por excluir da definição do conceito de direito os elementos morais.

1.2 AS CRÍTICAS DE ALEXY AO POSITIVISMO JURÍDICO

Alexy defende que a forma de definir o conceito de direito feita pelo positivismo é incorreta; e, em decorrência disso, os critérios positivistas para identificar a validade das normas jurídicas são incompletos. Para demonstrar isso, ele endereça ao positivismo jurídico duas críticas: o argumento da correção e o argumento da injustiça.

O argumento da correção corresponde a uma crítica metateórica ao positivismo jurídico, ou seja, uma crítica à própria definição do conceito de direito positivista. Demonstrada a insuficiência do conceito positivista, uma vez que "[...] *existe, de fato, uma necessidade conceitual de inclusão da moralidade no conceito de direito*"¹⁵, veremos como essa inclusão afeta a tese da separação entre o direito e a moral em seu sentido teórico.

¹² O termo utilizado por Alexy é "legalidade conforme o ordenamento". Não usaremos esse termo aqui por entendermos que é um pleonasma.

¹³ ALEXY, 2009, p. 4

¹⁴ Ibid. p.17

¹⁵ Tradução livre: "[...] *there exists, indeed, a conceptually necessary inclusion of morality into the concept of law*". ALEXY, 2013, p. 226

O argumento da injustiça é o argumento contra a tese da separação entendida nesse sentido: entre os critérios jurídicos de validade das normas de um sistema normativo, encontram-se sim critérios morais de correção material.¹⁶

Vejam, em detalhe, como cada argumento é construído e quais são suas implicações.

1.2.1 O ARGUMENTO DA CORREÇÃO

Para desenvolver o argumento da correção, são utilizados dois exemplos hipotéticos. No primeiro exemplo, Alexy nos pede para imaginarmos o Estado X, onde a minoria da população oprime a maioria. A Assembleia Constituinte deseja fazer uma nova Constituição para o Estado X. O primeiro artigo dessa nova Constituição é:

1) X é uma república soberana, federal e injusta.¹⁷

Já o segundo exemplo é o caso hipotético onde um juiz pronuncia a seguinte sentença:

2) O réu é condenado à prisão perpétua em virtude de uma interpretação incorreta do direito vigente.¹⁸

Ambos exemplos compartilham a mesma estrutura. Vamos expor essa estrutura para analisá-la mais cuidadosamente:

3) A autoridade jurídica "A" põs a norma jurídica "N", e "A" afirma que "N" é uma norma jurídica *incorreta*.

Essa norma jurídica N, segundo Alexy, tem um defeito conceitual, que tanto o artigo da constituição do Estado X quanto a decisão judicial possui. Qual é esse defeito? O defeito é que todas essas normas cometem uma contradição performativa.¹⁹

¹⁶ Correção material e correção moral serão utilizados como intersubstituíveis.

¹⁷ ALEXY, 2009, p. 44

¹⁸ Ibid. p. 46

¹⁹ Ibid. p. 45

1.2.1.1 CONTRADIÇÃO PERFORMATIVA

Antes de prosseguirmos, devemos melhor estabelecer o que é uma contradição performativa. Ao mencionar a contradição performativa, Alexy está remetendo à ética do discurso de Habermas²⁰. Em seu livro "Consciência Moral e Agir Comunicativo", Habermas afasta todas as vertentes de ceticismo ético para defender a posição cognitivista²¹. O cognitivismo, ou realismo moral, é entendido como "[...] a negação do não-cognitivismo. Cognitivistas pensam que sentenças morais são aptas a serem verdadeiras ou falsas, e que o estado mental de aceitação de um julgamento moral é tipicamente aquele da crença."²²

Isso significa que juízos morais podem ser defendidos racionalmente, isto é, podemos defender que um juízo moral é melhor do que outro:

"Na vida cotidiana, associamos aos enunciados normativos pretensões de validade que estamos prontos a defender contra a crítica. Discutimos questões práticas do tipo: 'O que devo/devemos fazer?', na pressuposição de que a resposta não possa ser qualquer uma; nós nos acreditamos capazes em princípio de distinguir as normas e mandamentos corretos dos falsos."²³

A completa exposição da argumentação de Habermas sobre se essa defesa é possível e como pode ser feita foge ao escopo do nosso trabalho. Importa apenas sabermos que a defesa dos enunciados morais é realizável a partir de uma fundamentação ética do discurso, baseada no agir comunicativo.²⁴

Um cético, entretanto, poderia afirmar que a fundamentação de enunciados morais é irrealizável:

"Nesse estágio da argumentação, não chega a ser uma dramatização dizer que os cognitivistas se viram em dificuldades com a exigência de uma fundamentação do princípio da universalização. Assim, o cético sente-se

²⁰ ALEXY, 2005, p. 310

²¹ HABERMAS, 1989, p. 62

²² Tradução livre de: "[...] *as the denial of non-cognitivism. Cognitivist think that moral sentences are apt for truth or falsity, and the state of mind of accepting a moral judgment is typically one of belief.*" ROOJEN, Mark van. Legal Positivism. In: [Stanford Encyclopedia of Philosophy](https://plato.stanford.edu/entries/moral-cognitivism/#Cog). Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/entries/moral-cognitivism/#Cog> >. Acesso em 20 de nov. 2017

²³ HABERMAS, 1989, p. 77.

²⁴ Ibid. p. 123

encorajado a radicalizar sua dúvida quanto à possibilidade da fundamentação de uma moral universalista, afirmando sua impossibilidade."²⁵

Habermas recorre ao conceito de contradição performativa de Karl-Otto Apel para contra-argumentar essa afirmação cética. Em breves linhas: "Contradições entre o conteúdo de um ato e os pressupostos necessários de sua performance podem ser designados como 'contradições performativas'."²⁶ Quer dizer, existe uma contradição entre aquela proposição declarativa "não é possível fundamentar a moral" e os pressupostos da performance dessa proposição declarativa.

Nas palavras de Habermas:

"Pois, no contexto de nossa problemática, cabe sobretudo a K. O. Apel o mérito de haver desobstruído a dimensão entrementes soterrada da fundamentação não-dedutiva das normas éticas básicas. Apel renova o modo de fundamentação transcendental com os meios fornecidos pela pragmática linguística. Ao fazer isso, utiliza o conceito de contradição performativa, que surge quando um ato de fala constativo 'Cp' se baseia em pressuposições não-contingentes cujo conteúdo proposicional contradiz o enunciado asserido 'p'."²⁷

O caso hipotético em que alguém afirme "eu estou dormindo" nos ajuda a entender melhor esse conceito. Nesse caso, a proposição declarativa diz que "eu estou dormindo", mas essa proposição, por ser declarativa ou constativa, declara algo sobre um estado de coisas no mundo, e isso necessariamente implica um pressuposto de "pretensão de verdade" ao que está sendo dito e que contraria o falante que realiza a declaração.

Ao emitir uma expressão sobre um estado de coisas, esse ato implica uma "pretensão de verdade"²⁸, isto é, realizar uma proposição declarativa resulta em um valor de verdade sobre essa proposição, seja ele verdadeiro ou falso.

É por isso que a afirmação "a fundamentação é impossível" é uma contradição performativa, uma vez que o cético teria de fundamentar essa proposição.

²⁵ Ibid. p. 101

²⁶ Tradução livre: "*Contradictions between the content of an act and the necessary presuppositions of its performance can be designated 'performative contradictions'.*" ALEXY, 2000, p. 139

²⁷ HABERMAS, 1989, p. 102

²⁸ HABERMAS, 1989, p. 74

1.2.1.2 PRETENSÃO À CORREÇÃO JURÍDICA

O conceito de contradição performativa para o âmbito do Direito é trazido por Alexy.²⁹ Similar à "pretensão de verdade" no caso das proposições declarativas e à "pretensão de correção" no caso dos enunciados morais³⁰, há, segundo Alexy, uma "pretensão à correção jurídica"³¹ no caso das normas jurídicas: "É similar a pretensão de verdade na medida em que as duas são reivindicações de objetividade.[...] Isso significa que o direito é um empreendimento intrinsecamente conectado com a ideia de objetividade."³²

Logo, "[...] o próprio ato de emitir uma norma jurídica já implica o surgimento de tal pretensão."³³ A tentativa de negar essa pretensão faz o emissor da norma jurídica se contradizer. Esse é o defeito conceitual do artigo da constituição do Estado X e da sentença judicial, exemplos dados por Alexy. Percebemos no caso do juiz que:

"Com uma decisão judicial pretende-se sempre que o direito seja corretamente aplicado, por menos que essa pretensão seja satisfeita. O conteúdo da sentença contradiz essa pretensão formulada com a execução do ato institucional da condenação."³⁴

Alexy afirma que não só as normas jurídicas, mas o sistema jurídico como um todo tem uma pretensão à correção jurídica. Um sistema jurídico que não tem essa pretensão não é um sistema jurídico, mas apenas "[...] a pura facticidade do poder, ordens asseguradas por ameaças, hábitos, ou coerção organizada."³⁵

Percebe-se então que, para Alexy, existe uma relação conceitualmente necessária entre o direito e a pretensão à correção jurídica. Em termos de possibilidade, é impossível um

²⁹ ALEXY, 2009, p. 45

³⁰ HABERMAS, 1989, p. 74

³¹ ALEXY, 2009, p. 93

³² Tradução livre: "*It is similar to the claim to truth in so far as both are claims to objectivity. [...] This means that law is an enterprise that is intrinsically connected with the idea of objectivity.*" ALEXY, 2007, p. 49

³³ Tradução livre: "*[...] the very act of issuing a legal norm already implies the raising of such a claim.*" BULYGIN, 2000, p. 133

³⁴ ALEXY, 2009, p. 47

³⁵ Tradução livre: "*[...] the pure facticity of power, orders backed by threats, habit, or organized coercion.*" ALEXY, 2000, p. 138

sistema jurídico não ter pretensão à correção jurídica, uma vez que: "sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos."³⁶

É importante ressaltar que o que é conceitualmente necessário ao direito é a formulação da pretensão de correção jurídica, e não a sua satisfação:

"[...] o mero não cumprimento da pretensão à correção, embora não prive sistemas jurídicos ou normas jurídicas individuais do caráter jurídico ou da validade jurídica, torna-os juridicamente defeituosos. Isso é a expressão do fato de que o direito possui uma dimensão ideal necessária."³⁷

É essa dimensão ideal necessária do direito, que é uma implicação da pretensão de correção jurídica, que põe em cheque o conceito de direito defendido pelo positivismo jurídico. A dimensão ideal da pretensão de correção jurídica traz a dimensão da justiça para "dentro" do conceito de direito:

"A pretensão de correção do Direito refere-se não apenas a questão de se a aplicação de uma lei a um caso concreto é correta, mas também à questão de se é correto aplicar a lei em si. A primeira interessa à dimensão concreta, a segunda à dimensão abstrata da pretensão de correção. A pretensão de correção abstrata, por sua vez, também tem duas dimensões: a dimensão real e a dimensão ideal. O princípio mais abstrato da dimensão ideal é a justiça. A ideia de justiça como tal - isto é, moralidade simplesmente - não é, entretanto, suficiente para resolver os problemas de coordenação e cooperação sociais. [...] Por essa razão, a pretensão a correção do direito se refere não apenas à justiça mas também a positividade definida como emissão de autoridade e eficácia social. Isso é o que eu denominei a dimensão real da pretensão a correção. Dessa forma, a pretensão a correção necessariamente conecta o princípio da justiça e o princípio da segurança jurídica com o direito. Essa é uma expressão da natureza dual do direito."³⁸

³⁶ ALEXY, 2009, p. 43

³⁷ Ibid. p. 152

³⁸ Tradução livre: "Law's claim to correctness refers not only to the question of whether the application of law in a concrete case is correct but also to the question of whether it is correct at all to apply law. The first concerns the concrete dimension, the second the abstract dimension of the claim to correctness. The abstract claim to correctness, for its part, also has two dimensions: a real dimension and an ideal dimension. The most abstract principle of the ideal dimension is justice. The idea of justice as such - that is, morality simpliciter - does not, however, suffice to resolve the problems of social co-ordination and co-operation. [...] For that reason, law's claim to correctness refers not only to justice but also to positivity as defined by authoritative issuance and social efficacy. This is what I have termed the real dimension of the claim to correctness. In this way, the claim to correctness necessarily connects both the principle of justice and the principle of legal certainty with law. This is an expression of the dual nature of law." ALEXY, 2013, p. 226-227

Então, se o direito necessariamente formula uma pretensão a correção, e essa pretensão a correção tem uma dimensão ideal, cujo princípio mais abstrato é a justiça, o conceito de direito deve incluir elementos morais. O conceito de direito positivista é, portanto, falho por excluir a correção material das normas de sua definição:

"[...] essa pretensão a correção leva a inclusão de elementos normativos não autoritativos - isto é, a moral -, não apenas ao nível da aplicação da lei mas também para o nível da determinação da natureza e da definição do conceito de direito."³⁹

Alexy conclui, a partir do argumento da correção, que a noção de direito dada pelo não positivismo, por incluir a dimensão da moral, também definida como correção material, é melhor do que a definição positivista: "Cria-se um conceito adequado de direito quando três elementos são relacionados: o da legalidade conforme o ordenamento, o da eficácia social e o da correção material."⁴⁰

Demonstrada a existência de uma relação conceitual necessária entre o direito e a moral no nível metateórico da determinação da natureza do direito, vejamos, então, como o argumento da injustiça implica uma tese da vinculação entre o direito e a moral no nível da validade das normas jurídicas.

1.2.2 O ARGUMENTO DA INJUSTIÇA

A dimensão ideal da pretensão à correção jurídica, uma vez aceita, implica a falsidade da tese da separação positivista, de que "[...] a existência e o conteúdo da lei depende de fatos sociais e não de seus méritos."⁴¹ Isso significa que uma norma jurídica pode deixar de ser válida - ou até mesmo nunca ter sido válida em primeiro lugar -, por conta apenas do seu conteúdo, isto é, quando avaliada a partir de critério morais de correção material.

³⁹ Tradução livre: "[...] *this claim to correctness necessarily leads to an inclusion of non-authoritative normative - that is, moral - elements, not only at the level of the application of law but also at the level of determining the nature and defining the concept of law*". ALEXY, 2013, p. 226

⁴⁰ ALEXY, 2009, p. 110

⁴¹ Tradução livre de "[...] *that the existence and content of law depends on social facts and not on its merits*." GREEN, L. Legal Positivism. In: _____ Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> >. Acesso em 20 de nov. 2017

O argumento da injustiça visa mostrar que, por conta da dimensão ideal da pretensão a correção, normas jurídicas extremamente injustas perdem seu caráter jurídico.⁴²

Alexy apresenta o argumento em sua melhor variante⁴³, a fórmula de Gustav Radbruch:

"O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como 'direito incorreto', deva ceder lugar à justiça."⁴⁴

Normas injustas ainda são normas jurídicas. Mas, no caso da injustiça da norma ser extrema, patente, para além da discordância, a norma deixa de ser válida: "As normas individuais perdem seu caráter jurídico e, com isso, sua validade jurídica quando são extremamente injustas."⁴⁵

É importante frisar que a fórmula de Radbruch é descritiva e não normativa, o que significa que: "A fórmula não diz que 'extrema injustiça não deveria ser lei', mas sim que 'extrema injustiça não é lei'. "⁴⁶

1.3 DEFINIÇÃO NÃO POSITIVISTA DO CONCEITO DE DIREITO

A partir dos dois argumentos dirigidos contra o positivismo jurídico, o da correção em nível metateórico e o da injustiça em nível teórico, Alexy demonstra que a definição positivista do conceito de direito é incompleta por se utilizar apenas dos elementos da eficácia social e da legalidade. A pretensão a correção, que é necessariamente formulada pelo direito, implica uma dimensão moral a definição do direito e inclui, entre os critérios jurídicos de

⁴² ALEXY, 2009, p. 48

⁴³ ALEXY, 2007, p. 50

⁴⁴ RADBRUCH, 1946, p. 107

⁴⁵ ALEXY, 2009, p. 110

⁴⁶ Tradução livre: "*The formula does not say that 'extreme injustice should not be law' but, rather, that 'extreme injustice is not law'.*" ALEXY, 2013, p.237

validade, critérios morais de correção. Dessa forma, a tese da vinculação entre o direito e a moral é a tese verdadeira:

"Em ordem de se estabelecer um conceito não positivista do conceito de direito deve-se defender a tese da vinculação, que diz que existe uma relação necessária entre o direito e a moralidade, ou, mais precisamente, entre validade jurídica ou correção jurídica de um lado e correção moral de outro."⁴⁷

Os efeitos que a tese da vinculação tem sobre o direito não estão restritos apenas ao conceito e à questão da validade jurídica. A teoria da decisão judicial também deve ser reformulada se a tese da vinculação do não positivismo estiver correta.

Os aspectos em que a tese da vinculação influencia a teoria da decisão judicial de Alexy serão objeto de estudo do capítulo 3.

2 RAZ E A REIVINDICAÇÃO DE AUTORIDADE

Joseph Raz é um dos grandes nomes do Positivismo Jurídico Contemporâneo, bem como o principal autor dentro da corrente do Positivismo Jurídico Exclusivo⁴⁸. Neste capítulo, será exposta sua tese da separação entre o direito e a moral. Cabe ressaltar que essa tese tem significado distinto para Raz e para outros autores do positivismo jurídico de que tem para Alexy.

Para Alexy, a tese da separação entre o direito e a moral influencia tanto a conceituação do direito - nível metateórico -, quanto a validade das normas jurídicas - nível teórico. Quanto ao conceito de direito, significa que a definição que o positivismo jurídico dá sobre a natureza do direito têm de necessariamente excluir elementos morais. Quanto a validade, diz que critérios morais de correção não fazem parte dos critérios jurídicos de validade.

⁴⁷ Tradução livre: *"In order to establish a non-positivistic concept of law one has to defend the connection thesis, which says that there is a necessary connection between law and morality or, more precisely, between legal validity or legal correctness on the one hand and moral correctness on the other."* ALEXY, 2013, p. 229

⁴⁸ *"We will continue to refer to it as exclusive legal positivism and accept Raz as its principal and most powerful defender."* WALUCHOW, 1994, p. 83.

Entretanto, não é essa a leitura que os filósofos do positivismo jurídico, entre eles, Raz, fazem da tese da separação entre direito e moral⁴⁹. Nesses autores a tese é bem mais deflacionada em comparação com Alexy. A tese que separa o direito da moral - condição necessária para denominar qualquer teoria do direito de positivista - defende essa separação apenas com relação à validade das normas jurídicas. Ou seja, não é necessário os critérios jurídicos de validade incluírem critérios morais de correção.

2.1 POR QUE “EXCLUSIVO”?

É necessário realizar uma breve distinção. No último tópico, ficou evidenciado que, uma das condições necessárias para a denominação de uma teoria de positivista é a afirmação da tese da separação. Com isso, pode-se entender que Raz é um positivista. Porém, o que é ser um positivista "exclusivo"?

Existem duas formas atualmente de se pensar a tese da separação dentro do positivismo jurídico. A primeira maneira é a corrente do positivismo jurídico inclusivo, a outra, a corrente do exclusivo.⁵⁰

O positivismo jurídico inclusivo sustenta que a relação entre o direito e a moral não é conceitualmente necessária, entretanto, é conceitualmente possível. É conceitualmente possível existir um sistema jurídico que, entre os seus critérios jurídicos de validade, inclua critérios morais.

O positivismo jurídico exclusivo tem uma tese mais forte do que essa.⁵¹ Sua tese afirma que, além da relação não ser necessária, a relação entre o direito e moral é impossível. Não é possível um sistema jurídico incorporar critérios morais como parte dos critérios jurídicos de validade. Caso ele faça isso, ele deixará de ser um sistema jurídico.

A defesa dessa tese, que Raz chamará de tese das fontes, merece ser cuidadosamente analisada. Os argumentos razianos para sustentar essa tese são baseados quase que

⁴⁹ GREEN, L. Legal Positivism. In: _____ Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: < <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> >. Acesso em 20 de nov. 2017

⁵⁰ Ibid. p. 80

⁵¹ Uma tese ser forte não significa que ela é melhor ou mais provável, mas sim que ela faz mais compromissos em comparação com a fraca.

inteiramente na ideia de razões para agir e no conceito de Autoridade como Serviço. Vejamos como esses argumentos são construídos.

2.1.1 A TESE DAS FONTES

Raz discorre sobre as três teses que surgiram com o objetivo de estudar essa relação. Ele as chama de tese das fontes, tese da incorporação e tese da coerência⁵²:

"A tese das fontes afirma que todo o direito é baseado em fontes sociais [...] A tese da incorporação permite que haja direito não baseado em fonte, enquanto a tese da coerência afirma que em todos os sistemas jurídicos haverá direito não-baseado em fontes."⁵³

Entre as três teses, Raz afirma que a tese das fontes é a única capaz de explicar a reivindicação de autoridade do direito: "Eu vou assumir que o direito, todo sistema jurídico que está em vigor em algum lugar, necessariamente tem autoridade de fato"⁵⁴, sendo ela, portanto, a mais correta.

2.1.1.1 A AUTORIDADE

Tomemos o caso hipotético de uma partilha de herança com dois herdeiros, "P" e "N", para melhor compreender o argumento da Autoridade, trazido por Raz. O herdeiro "P" acredita que a partilha deve ser feita na proporção 60%/40% do patrimônio, em desfavor do herdeiro "N". Já o herdeiro "N" acredita que ela deve ser feita na proporção 75%/25% do patrimônio, em desfavor de "P". A situação parece incontornável.

Então, os herdeiros chamam um árbitro para ouvir suas razões e opiniões e, assim, realizar a partilha em vez deles próprios. Ambos prometem que a decisão a que o árbitro chegar será tomada como vinculante, uma vez que eles concordaram que aquela seria a autoridade legítima para decidir.

⁵² RAZ, 1985, p. 295

⁵³ NEIVA, 2017, p. 107-108

⁵⁴ Tradução livre: "*I will assume that necessarily law, every legal system which is in force anywhere, has de facto authority.*" RAZ, 1985, p. 300

O árbitro, ao final do processo, após considerar as razões das duas partes, emitirá uma decisão autoritativa, isto é, sua decisão *exclui* as razões que os herdeiros tinham e as *substitui* como a razão que deve ser seguida:

"A decisão do árbitro deve ser baseada nas razões dos outros, resumi-las e refletir seu resultado. Ele tem razão em agir de modo que sua decisão refletirá as razões que se aplicam aos litigantes. [...] A decisão do árbitro também deve substituir as razões às quais ela depende. Ao concordar em obedecer sua decisão os litigantes concordaram em seguir o seu julgamento do balanço de razões ao invés de seu próprio."⁵⁵

Esse exemplo é útil para ilustrar o conceito de Autoridade., a partir da ideia de Autoridade como Serviço. De acordo com Raz, a Autoridade Legítima é toda autoridade que funciona como um mediador para os indivíduos a ela submetidos. Ela media a relação entre esses indivíduos e as razões que eles têm para agir. Em vez de precisar constantemente considerar e pesar razões para agir, a Autoridade faz esse trabalho para seus súditos:

"[...] nós vemos a autoridade pelo que ela é: não uma negação da capacidade das pessoas para ação racional, mas simplesmente um equipamento, um método, que pelo seu uso as pessoas podem atingir o objetivo (telos) de sua capacidade para ação racional, porém não com seu uso direto."⁵⁶

Partindo do exemplo do árbitro⁵⁷, Raz sumariza o conceito de Autoridade em três teses. A primeira se trata da Tese da Dependência em que

"Todas as diretivas autoritativas devem ser baseadas, entre outros fatores, em razões que se aplicam aos sujeitos dessas diretivas e que dizem respeito às circunstâncias cobertas por essas diretivas. Tais razões eu chamarei razões dependentes."⁵⁸

Há também a Tese da Justificação Normal, que é assim descrita pelo autor:

⁵⁵ Tradução livre: "*The arbitrator's decision is meant to be based on the other reasons, to sum them up and to reflect their outcome. He has reason to act so that his decision will reflect the reasons which apply to the litigants. [...] The arbitrator's decision is also meant to replace the reasons on which it depends. In agreeing to obey his decision the disputants agreed to follow his judgment of the balance of reasons rather than their own.*" RAZ, 1985, p. 297.

⁵⁶ Tradução livre: "[...] *we see authority for what it is: not a denial of people's capacity for rational action, but simply one device, one method, through the use of which people can achieve the goal (telos) of their capacity for rational action, albeit not through its direct use.*" RAZ, 2009, p. 140

⁵⁷ RAZ, 1985, p. 297

⁵⁸ Tradução livre: "*All authoritative directives should be based, among other factors, on reasons which apply to the subjects of those directives. Such reasons I shall call dependent reasons.*" RAZ, 1985, p. 299

“A forma comum e primária de estabelecer que uma pessoa deve ser reconhecida como tendo autoridade sobre outra pessoa envolve mostrar que o sujeito tem mais chances de conformar-se com as razões que aplicam-se a ele [...] caso ele aceite as diretivas da alegada autoridade como vinculantes e tenta segui-las ao invés de tentar seguir as suas próprias razões.”⁵⁹

Por fim, a terceira e última tese é a Tese da Preempção, em que “o fato de uma autoridade requerer a prática de um ato é uma razão para sua prática que não é adicionada à todas as outras razões relevantes, mas que as substitui.”⁶⁰

Entretanto o Direito não é uma Autoridade Legítima, pois falta a ele algumas das características essenciais a ela. Porém, outras características da Autoridade Legítima ele deve possuir, uma vez que o Direito reivindica autoridade.

2.1.1.2 A ESTRUTURA DO ARGUMENTO DE AUTORIDADE

O argumento de Autoridade como Serviço é utilizado a fim de explicar a reivindicação de autoridade feita pelo direito. Se o direito reivindica autoridade, ele deve ter certas propriedades típicas de uma Autoridade, caso contrário sua reivindicação seria vazia, e ela não é. Explicar esse argumento é importante, pois só assim será perceptível ao final porquê da tese das fontes ser a única tese compatível com a reivindicação de autoridade do direito. O argumento de Raz⁶¹ pode ser estruturado de acordo com as seguintes premissas:

1. Se o direito reivindica autoridade, então ele deve ter certas propriedades $P_1 \dots P_n$
2. O direito reivindica autoridade.
3. Logo, o direito tem as propriedades $P_1 \dots P_n$
4. A tese das fontes é compatível com o direito possuindo as propriedades $P_1 \dots P_n$; a tese da incorporação e a tese da coerência não são.

⁵⁹ Tradução livre: " *The Normal Justification Thesis: The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him [...] if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly.*" RAZ, 1985, p. 299

⁶⁰ Tradução livre: " *The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons then assessing what to do, but should replace some of them.*" RAZ, 1985, p. 299

⁶¹ RAZ, 1985

5. Logo, a tese das fontes é a correta quanto à natureza do direito.⁶²

A chave para a correta compreensão do argumento está na premissa (1). Raz afirma que existem duas propriedades que o direito deve ter para que ela realmente seja considerada uma Autoridade. Essas duas propriedades são:

- "1) Condição da visão do agente: uma diretiva, para poder ter autoridade, deve representar, ou ser apresentada como se apresentasse, a visão de um agente sobre como o sujeito deve agir.
- 2) Condição da identificação independente: uma diretiva, para poder ter autoridade, deve poder ser identificada independentemente das razões dependentes que a justificam e cujo equilíbrio ela pretende refletir"⁶³

Sendo assim, podemos reformular a premissa (1) da seguinte forma:

(1*) Se o direito reivindica autoridade, então ele deve atender à condição da visão do agente e à condição da identificação independente.

Dessa maneira, quanto à condição da visão do agente, se a Autoridade deve realizar sua função de mediação, então sua diretiva deve representar um julgamento de um agente, ou de um corpo de agentes, sobre as razões de um indivíduo para agir de uma determinada forma.

Já no caso da condição da identificação independente, a diretiva emitida pela Autoridade não deve apenas replicar, ou remeter de volta aos indivíduos, as razões que eles já tinham para agir ou deixar de agir. Melhor dizendo, a diretiva deve realizar uma diferença prática na forma como os indivíduos agem. Se assim não o fosse, a Autoridade não poderia realizar sua função de mediação⁶⁴.

Retornando ao exemplo da partilha. Caso o árbitro, no final do procedimento, o emitisse a seguinte diretiva: "partilhem a herança da forma que acharem mais justa!", seria evidente que o objetivo da convocação desse árbitro não foi atingido. Nessa hipótese, ele somente remeteu os herdeiros ao exato motivo da disputa. As razões não foram substituídas.

⁶² NEIVA, 2017, p. 136

⁶³ NEIVA, 2017, p. 131

⁶⁴ RAZ, 1985, p. 297

Assim, partindo do conceito de Autoridade como Serviço, fica claro que o direito de fato possui ambas as condições.

2.1.1.3 A COMPATIBILIDADE COM A TESE DAS FONTES

Verificado que o direito de fato é uma Autoridade, voltemos à tese das fontes, para examinarmos se ela é, realmente, a única possível de explicar a Autoridade. Reformulando a premissa (4) do argumento de Raz:

(4*) A tese das fontes é compatível com a lei, cumprindo tanto a condição de visão do agente quanto a de identificação independente; já as teses da incorporação e da coerência não são.

Raz defende tal premissa utilizando três argumentos: o primeiro reforça a tese das fontes, o segundo se opõe à tese da incorporação, e o último, por sua vez, é contrário à tese da coerência.

De acordo com a tese das fontes, o direito é baseado em fontes sociais. Assim, as fontes típicas do direito são: a legislação, jurisprudência e os costumes.⁶⁵ Cada uma dessas fontes satisfaz as condições da visão do agente e da identificação independente, pois é possível a identificação do agente – ou do corpo de agentes – que emitiu as diretivas.

Já a tese da incorporação viola aquelas duas exigências. Se o direito tem diretivas que não são baseadas em fontes, mas que são implicadas pelo direito, ele não tem capacidade de realizar mediação. O autor reforça essa questão por meio de uma analogia:

"Suponha que um brilhante matemático, Andrew, prove que a hipótese de Goldbach, de que todo número inteiro maior que dois é a soma de dois números primos, é verdadeira se e somente se a solução de uma determinada equação é positiva. Cinquenta anos depois aquela equação é resolvida por outro matemático e a verdade da hipótese de Goldbach é estabelecida. Claramente nós não diríamos que Andrew provou a hipótese"⁶⁶

⁶⁵ RAZ, 1985, p. 315

⁶⁶ Tradução livre: "*Suppose that a brilliant mathematician, Andrew, proves that the Goldbach hypothesis...is true if and only if the solution to a certain equation is positive. Neither he nor anyone else knows the solution of the equation. Fifty years later that equation is solved by another mathematician and the truth of the Goldbach hypothesis is established. Clearly we would not say that Andrew proved the hypothesis*". Ibid, p. 312.

Apesar de parecer um pouco redundante apresentar o argumento contra a tese da coerência, é importante expô-lo, mesmo que brevemente. Esse argumento se dirige principalmente à Dworkin, que afirma que o direito inclui fontes e princípios morais que melhor justificam essas fontes⁶⁷. Raz argumenta que incluir a "melhor justificção" às fontes viola as duas condições. A melhor justificção do direito não representa a visão de um agente sobre o que a lei exige, além de remeter aos indivíduos as razões que a autoridade deveria substituir.

2.1.2 A IMPORTÂNCIA DA AUTORIDADE PARA A TESE DA SEPARAÇÃO

O conceito de autoridade, mais do que qualquer outro em sua teoria, é de fundamental importância para sustentar a posição de Raz sobre a relação o direito e a moral. O sistema jurídico reivindica autoridade, quer dizer, ele reivindica que suas normas tenham primazia sobre o juízo individual, reivindica que elas sejam tomadas como obrigatórias, além da obediência por parte de seus destinatários⁶⁸:

"A reivindicação de autoridade do direito se manifesta pelo fato das instituições legais serem oficialmente designadas como 'autoridades', pelo fato delas se considerarem como tendo o direito de impor obrigações sobre seus súditos, pela reivindicação de que seus súditos devem obedecê-las, e que seus súditos devem obedecer como ela requer que seja obedecida"⁶⁹

Dessa forma forma, seguindo a linha de raciocínio de que o direito necessariamente requer autoridade, e a autoridade necessariamente realiza mediação, pode-se entender a posição de Raz acerca da impossibilidade da existência relação entre o direito e a moral.⁷⁰

⁶⁷ Ibid, p. 306.

⁶⁸ A questão de saber se o sistema jurídico merece, ou não, essa obediência é um problema que foge ao escopo desse trabalho.

⁶⁹ Tradução livre: *"The law's claim to authority is manifested by the fact that legal institutions are officially designated as 'authorities', by the fact that they regard themselves as having the right to impose obligations on their subjects, by their claims that their subjects owe them allegiance, and that their subjects ought to obey the law as it requires to be obeyed"* RAZ, 1985, p. 300

⁷⁰ Lembrando mais uma vez que essa relação é, aqui, apenas no âmbito da validade das normas jurídicas.

2.1.2.1 A PERPÉTUA EXCLUSÃO DE RAZÕES MORAIS

Quando uma Autoridade emite uma diretiva do tipo: "Faça 'x' pois é o moralmente justificável", ela está abrindo para o súdito a possibilidade de exame para saber se "x" de fato é moralmente justificável. Isso ocorre por um motivo muito simples: diferentemente dos enunciados jurídicos, que são obrigatórios por decisão, as verdades morais nunca são verdadeiras por decisão. Isto é, razões morais são abertas ao escrutínio racional do destinatário⁷¹. Elas entram no balanço de razões do indivíduo, podendo, assim, ser avaliadas e criticadas por qualquer indivíduo racional, uma vez que não há ninguém com primazia absoluta sobre a verdade de enunciados morais.

Por conta disso, fica claro que razões morais não realizam mediação. E, como vimos, o direito necessariamente deve realiza mediação. Ao dar uma ordem baseando-se em razões morais, o indivíduo não suspende o balanço de razões do destinatário para aderir à sua ordem, ele, na verdade, somente remete ao destinatário questão de avaliar se essa ordem é moralmente válida.

É impossível realizar mediação com razões morais. Sendo impossível realizar mediação, não se pode reivindicar autoridade a partir de razões morais. Se for impossível reivindicar autoridade, então é impossível ser direito. É por isso que Raz segue a corrente do Positivismo Exclusivo. O sistema jurídico que incorporar critérios morais nos seus critérios jurídicos de validade não pode ser considerado um sistema jurídico.

Entretanto, um crítico da posição de Raz pode levantar o seguinte questionamento:

"É fato reconhecido por todos que os juízes, em casos indeterminados, exercem sua discricionariedade ao utilizarem argumentos morais em suas decisões. Como a tese das fontes, que implica a impossibilidade da relação entre direito e moral, explica isso?"

Essa questão, que versa sobre a teoria da decisão judicial de Raz, será trabalhada no capítulo a seguir.

⁷¹ Raz também é um cognitivista moral. RAZ, 1986

3 DA IDENTIFICAÇÃO A APLICAÇÃO DO DIREITO

Até agora, vimos como cada autor articula suas diferentes teses sobre a relação entre o direito e a moral em termos da identificação do direito, isto é, saber quais normas são válidas e quais não são.

Nesse capítulo, entretanto, saímos do âmbito da mera identificação para chegarmos à questão da aplicação do direito: de que forma a pretensão à correção de Alexy e a tese das fontes de Raz influenciam suas teorias da decisão judicial?

3.1 ALEXY E A MORAL FUNDAMENTÁVEL

Foi visto, no primeiro capítulo, através dos argumentos da correção e da injustiça, como o conceito de pretensão à correção jurídica influencia a conceituação do direito e os critérios de validade jurídica em favor do não positivismo. Veremos agora, com o argumento dos princípios⁷², que a pretensão à correção jurídica - que "[...] não é em nenhum caso idêntica com a pretensão à correção moral, mas inclui uma pretensão à correção moral"⁷³ - para ser satisfeita, demanda a inclusão no sistema jurídico de princípios e argumentos morais, principalmente no procedimento de aplicação do direito:

"[...] tudo aquilo em que se apoia e/ou deve apoiar-se quem aplica o direito para satisfazer a pretensão à correção integra o direito. Assim, os princípios [...] e outros argumentos normativos que fundamentam a decisão tornam-se componentes do direito."⁷⁴

O argumento dos princípios, a depender da forma como a pretensão à correção moral é satisfeita, se divide em duas versões, uma fraca e uma forte:

"Essa pretensão por correção moral pode ser interpretada em um sentido fraco e um forte. Interpretado no sentido fraco, ela é satisfeita se um julgamento moral é justificável com base em uma certa moralidade, qualquer que seja. Interpretado no sentido forte, a pretensão à correção moral pode ser

⁷² ALEXY, 2009, p. 83

⁷³ Tradução livre: "[...] is on no account identical with the claim to moral correctness, but it includes a claim to moral correctness." ALEXY, 2000, p. 146.

⁷⁴ ALEXY, 2009, p. 154-155

satisfeita apenas se o julgamento é justificável com base em uma moralidade correta, isto é, com base em uma moralidade que é ela mesma justificável. A idéia de correção demanda a interpretação em sentido forte. Um julgamento moral que é justificado com base em uma moralidade que não é ela própria justificável não é correta."⁷⁵(grifos nossos)

Utilizando notação lógica para explicitar a diferença entre as duas versões, temos, na versão fraca, onde "D" significa direito, "M" moralidade, e "I", uma relação de inclusão, que:

$$1) \quad \forall x(Dx \rightarrow \exists y(My \wedge Ixy))^{76}$$

Vemos que ela é fraca, pois afirma que existe uma relação de inclusão entre o direito e uma moral qualquer.⁷⁷

Essa versão fraca, contudo, é insuficiente:

"A pretensão à correção implica uma pretensão à fundamentabilidade. Esta última não se restringe ao fato de a sentença ser fundamentável e, portanto, correta no sentido de uma moral qualquer, mas estende-se ao fato de a sentença ser correta no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta."⁷⁸

A pretensão à correção jurídica reivindica a versão forte do argumento dos princípios, que pode ser notada da seguinte maneira:

$$2) \quad \exists y(My \wedge \forall x(Dx \rightarrow Ixy))^{79}$$

Essa moral correta, em Alexy, tem dois elementos, um material - de conteúdo - e outro formal - de procedimento. Vejamos:

⁷⁵ Tradução livre: "The claim to moral correctness can be interpreted in a weak and a strong sense. Interpreted in the weak sense, it is fulfilled if a moral judgment is justifiable on the basis of a certain morality, whatever it may be. Interpreted in the strong sense, the claim to moral correctness can be fulfilled only if the judgment is justifiable on the basis of a correct morality, that is, on the basis of a morality that itself is justifiable. The idea of correctness demands the strong interpretation. A moral judgment which is justifiable on the basis of a morality that is not itself justifiable is not correct". ALEXY, 2000, p.144.

⁷⁶ ALEXY, 2013, p. 234, com algumas alterações nos predicados

⁷⁷ ALEXY, 2009, p.95

⁷⁸ Ibid. p. 94-95

⁷⁹ ALEXY, 2013, p. 235, com alguns alterações nos predicados

"O primeiro elemento é uma teoria dos direitos humanos básicos que pode ser estabelecida como discursivamente necessária. [...] O segundo elemento consiste nas regras e formas da argumentação ou discurso prática-racional. O primeiro elemento é substantivo, o segundo procedural."⁸⁰

A pretensão à fundamentabilidade, derivada da pretensão à correção jurídica, é o elo entre a teoria do direito de Alexy e sua teoria do discurso⁸¹:

"A conexão que a teoria do discurso cria entre os conceitos de correção, justificação, e de generalização podem ser transferidos para o direito com a ajuda da tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral."⁸²

Assim, resta demonstrado que a pretensão à correção jurídica, no âmbito da teoria da decisão judicial, inclui no direito, por conta da aplicação do direito, elementos e argumentos morais. Além disso, a pretensão remete a uma teoria do discurso jurídico em que a aplicação do direito é conectada com uma moral procedimental e universalista.⁸³

3.2 RAZ E OS LIMITES DO DIREITO

Acompanhamos, no segundo capítulo, o argumento da autoridade raziano como a sustentação da tese das fontes. Nesse tópico, mostraremos em que essa tese influencia a teoria da decisão judicial de Raz. Mais do que isso, será exposto porque aceitar a tese das fontes é aceitar que a discricionariedade judicial é inerente ao direito.

Uma vez aceita a tese das fontes - de que só é direito o que é produzido por fontes sociais autorizadas -, Raz afirma que somos compelidos a aceitar a tese dos limites do direito.

⁸⁴ Os órgãos oficiais não têm capacidade de prever e emitir diretivas sobre todas as situações e casos que podem eventualmente ser objeto de litígio. Logo, casos indeterminados pelo direito

⁸⁰ Tradução livre: "*The first element is a theory of basic human rights that can be established as discursively necessary. [...] The second element consists of the rules and forms of rational practical argumentation or discourse. The first element is substantive, the second procedural.*" Ibid, p.236

⁸¹ ALEXY, 2005

⁸² Tradução livre: "*The connection discourse theory creates between the concepts of correctness, of justification, and of generalizability can be transferred to the law with the help of the thesis that legal discourse is a special case of general practical discourse.*" ALEXY, 1989, p. 180

⁸³ Tomamos universalista e generalizável como intersubstituíveis.

⁸⁴ ALMEIDA, 2013, p. 56

são inevitáveis. Aceitar a tese das fontes é aceitar a tese dos limites do direito. E aceitar a tese dos limites do direito é aceitar que lacunas são essenciais ao sistema jurídico:

"[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz [...] terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente."⁸⁵

A tese dos limites implica que a discricionariedade judicial é parte essencial do direito. A aceitação da discricionariedade judicial, entretanto, abre espaço para aquela crítica exposta no segundo capítulo⁸⁶. Um crítico poderia questionar:

"É fato reconhecido por todos que os juízes, em casos indeterminados, exercem sua discricionariedade ao utilizarem argumentos morais em suas decisões. Como a tese das fontes, que implica a impossibilidade da relação entre direito e moral, explica isso?"

Essa crítica pretende demonstrar a falsidade da tese das fontes ao afirmar que argumentos morais podem sim ser incluídos no sistema jurídico. Porém, ela não põe a tese em perigo. Para demonstrar o porquê, tomemos como exemplo o seguinte caso hipotético: imaginemos um juiz que precisa decidir um conflito entre dois grupos econômicos. Qualquer que seja a sua decisão, ela trará reverberações significativas ao faturamento de ambos os grupos. O juiz tem consciência desse fato. Portanto, ele busca conhecer melhor os argumentos econômicos disponíveis, além de algumas teorias sobre economia. Após bastante analisar o tema, ele chega a uma decisão utilizando novos argumentos econômicos.

Pergunta-se: o fato do juiz ter utilizado argumentos econômicos para decidir significa que a Economia faz parte do direito? A decisão do juiz será obedecida somente caso ela forneça a melhor justificativa econômica para o caso?

A resposta para as duas perguntas seria que não. O mero fato do juiz ter utilizado argumentos econômicos não torna a Economia parte do Direito. Ambas continuariam sendo

⁸⁵ HART, 2009, p. 351

⁸⁶ Op. cit. p. 30

esferas diferentes. Além disso, independentemente de a decisão ter a melhor justificação econômica para o caso, ela deve ser obedecida, pois se trata de uma norma jurídica.

Ora, se é esse é o caso com a Economia, então por que ser tão reticente para aplicar o mesmo entendimento ao caso com da Moralidade?

A resposta de Raz para o problema da discricionariedade é defender o caráter aberto dos sistemas jurídicos. Em um caso de indeterminação, o juiz pode, exercendo sua discricionariedade, "sair do direito"⁸⁷ e buscar, em outros sistemas normativos, elementos para sua decisão: "um sistema normativo é um sistema aberto na medida em que contém normas cujo propósito é conceder força vinculante a normas que não pertencem a esse sistema".⁸⁸

A tese das fontes - a afirmação de que a validade jurídica de uma norma depende apenas de fontes sociais, e não de seu conteúdo moral - implica reconhecer que o juiz não é apenas um raciocinador jurídico, mas também um raciocinador prático: "Contemplar o Direito exclusivamente como um conjunto de fatos sociais [...] significa reconhecer a possibilidade lógica e prática da interdisciplinaridade da interpretação jurídica em casos de abertura do sistema."⁸⁹

Em seu ofício de decidir, o juiz buscará em sistemas normativos diferentes do direito razões e padrões extrajurídicos para ajudá-lo a decidir: "Quando os fatos sociais que revelam obrigações jurídicas esgotam-se, o Direito abre-se a outros sistemas normativos extrajurídicos"⁹⁰

A abertura do direito é o que torna possível a Raz sustentar, de um lado, que não existe relação conceitual necessária entre o direito e a moral e, de outro, admitir que é um fato que, muitas vezes ao decidir, os juízes fazem uso de princípios morais. Esses princípios morais são utilizados pelos juízes como padrões extrajurídicos da decisão jurídica: "O uso de princípios, nesse sentido, longe de afastar a tese da discricionariedade, comprova sua existência. Princípios são usados no exato sentido de guiar a discricionariedade."⁹¹

⁸⁷ ALMEIDA, 2013, p. 57

⁸⁸ RAZ, 2002, p. 153

⁸⁹ ALMEIDA, 2013, p. 59

⁹⁰ Op. cit. p.63

⁹¹ BOLZANI, 2016, p. 71

Defender a discricionariedade judicial e a abertura do direito não implica, segundo Raz, uma completa arbitrariedade do juiz:

"Claro que essa "abertura" do sistema normativo não implica a suscetibilidade de que o juiz possa dizer aquilo que bem entenda. Se as normas jurídicas impõem a aplicação de determinadas normas extrajurídicas, tornando-as juridicamente vinculantes, os aplicadores do Direito estão limitados por essas respectivas imposições."⁹²

Assim, pode-se explicar, sem recorrer à uma falsa concepção do conceito de direito, como os princípios morais são utilizados na decisão judicial.

⁹² ALMEIDA, 2013, p. 59

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou discutir, a partir das teorias dos dois autores escolhidos, os argumentos sobre a relação entre o direito e a moral de diferentes correntes teóricas. A resposta sobre qual relação é a verdadeira, se a da vinculação ou a da separação, tem impacto na forma como identificamos o direito e em como entendemos a decisão judicial.

Robert Alexy inicia sua crítica ao positivismo jurídico por meio da análise da pragmática linguística, tecendo considerações sobre os pressupostos que os atos de fala implicam. A partir disso, ele chega ao conceito de pretensão à correção jurídica, formulada por toda norma jurídica, e, em decorrência disso, uma pretensão formulada por todos sistemas jurídicos.

Essa pretensão à correção jurídica guarda uma dimensão ideal que agrega ao direito princípios abstratos de moralidade e de justiça. Por conta disso, a definição positivista do conceito de direito é inadequada, uma vez que ela exclui aqueles princípios de moralidade e justiça que a pretensão à correção jurídica necessariamente formula. Se a dimensão da justiça é necessária ao direito, normas jurídicas extremamente injustas não são normas jurídicas.

A pretensão à correção jurídica reivindica que os juízes, durante a aplicação do direito, satisfaçam os requisitos da fundamentação. Essa fundamentação não deve se ater somente aos fatos e às normas jurídicas, mas também a uma moral correta, isto é, uma moral que seja ela mesma justificável.

Os desacordos sobre as adequadas definições e as melhores explicações sobre a natureza do direito são inúmeras. Ao desenvolver uma teoria sobre o direito, seria interessante iniciar por aqueles pontos em que a discordância é pacificada.

A teoria de Joseph Raz sobre a natureza do direito tem como base essa tentativa. Raz inicia suas formulações a partir de um truísmo: o direito reivindica autoridade, ou seja, o direito reivindica que suas diretivas sejam obedecidas. Qualquer um que tente contra-argumentar Raz na tentativa de refutar esse truísmo terá um ônus argumentativo enorme.

Ser uma Autoridade significa que suas diretivas serão tomadas pelos destinatários como obrigatórias. Para que uma diretiva - uma ordem - seja tomada como obrigatória, ela precisa ser capaz de excluir as razões que os destinatários tinham para agir de outra forma e substituir aquelas razões com a que o destinatário deve seguir. Excluir razões e substituí-las

como a determinante é realizar preempção. Logo, o Direito necessariamente realiza preempção.

Razões morais, ao serem remetidas aos destinatários, entram no balanço de razões que os destinatários têm para realizar ou não certa ação. Razões morais são passíveis de crítica e avaliação racional, uma vez que uma ação não é moralmente justificada apenas porque alguém decidiu que ela é. Logo, razões morais não são capazes de realizar preempção. Assim, é impossível que o Direito utilize razões morais como fundamento de suas diretivas.

Se é verdadeiro que Direito é somente aquilo que provêm da Autoridade, segue-se que podemos realizar testes para saber o que é Direito e o que não é. Além disso, por ser impossível à Autoridade prever todos os conflitos que podem surgir do convívio social e, assim, emitir diretivas para regular cada um desses casos, temos que o Direito é limitado.

Por ser limitado, caso o juiz seja enfrentado com um caso indeterminado pelo Direito, ele terá permissão do Direito para "sair" de seu âmbito e procurar em outros sistemas normativos a decisão para o caso apresentado. Isso é chamado de "abertura do sistema jurídico".

Nesse ponto é interessante realizar uma avaliação. Ao comparar uma com a outra, qual teoria tem mais chances de ser a mais bem sucedida em explicar a natureza do direito? Entendemos que é a teoria de Raz. Não podemos aceitar a teoria de Alexy, pois ela tem uma falha estrutural, qual seja, seu argumento é circular.

Alexy busca demonstrar que existe uma vinculação entre o direito e a moral utilizando o conceito de pretensão à correção jurídica. Essa pretensão, diz ele, tem uma dimensão ideal, que inclui elementos morais ao direito. Entretanto, Alexy falha ao não responder o porquê dessa dimensão ideal fazer parte da pretensão à correção jurídica:

*"Que a pretensão à correção, que é necessariamente vinculada com o direito, tem duas dimensões implica que o direito é necessariamente vinculado com dois tipos de valores ou princípios, aqueles da dimensão autoritativa da lei e aqueles da dimensão ideal. O mais abstrato valor ou princípio da dimensão autoritativa é a segurança jurídica, o mais abstrato valor ou princípio ligado à dimensão ideal é a justiça."*⁹³

⁹³ Tradução livre: "That the claim to correctness, which is necessarily connected with the law, has two dimensions implies that law is necessarily connected with two kinds of values or principles, those of the authoritative dimension of law and those of its ideal dimension. The most abstract value or principle of the authoritative dimension is legal certainty, the most abstract value or principle attached to the ideal dimension is justice." ALEXY, 2007, p. 52

Dessa forma, sua teoria apenas "acena" para uma resposta, mas não a fornece. Buscando oferecer uma resposta completa, ele precisa explicar como essa dimensão ideal é incluída na pretensão à correção jurídica. Sua teoria toma como evidente exatamente aquilo que está tentando provar: a existência de uma relação de necessidade entre o direito e a moral.

A teoria de Raz, apesar de possivelmente parecer contra-intuitiva no início, se mostra bastante razoável e capaz de explicar problemas jurídicos bastante controversos. Vê-se, ao final, que o positivismo jurídico, indiferente às alegações de que estaria ultrapassado, se revela capaz de oferecer interessantes explicações sobre a natureza do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. An Answer to Joseph Raz. **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**, Oxford, p. 37-55, jul. 2007.

_____. Between Positivism and Non-positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin. **Neutrality and Theory Of Law**, [S.L], n. 106, p. 225-237, dez. 2013.

_____. **Conceito e validade do direito**. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. On Necessary Relations Between Law and Morality. **Ratio Juris**, [S.L], v. 2, n. 2, p. 167-183, dez. 1989.

_____. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. **Ratio Juris**, [S.L], n. 2, p. 138-137, jun. 2000.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim De. Discricionariedade Judicial e Teoria do Direito. **Revista CEJ**, Brasília, n. 60, p. 55-64, mai./ago. 2013.

BOLZANI, Cesar Felipe. **Coerência, fontes e incorporação: investigações sobre a relação entre o direito e a moral**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

BULYGIN, Eugenio. Alexy Between Positivism and Non-Positivism. **Neutrality and Theory of Law**, [S.L], n. 106, p. 49-59, dez. 2013.

_____. Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. **Ratio Juris**, [S.L], n. 2, p. 133-137, ./jun. 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACEDO, Ronaldo Porto. **Teoria do direito contemporânea: Autores e temas**. 1 ed. Juruá: Juruá Editora, 2017.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo: A teoria do direito de Joseph Raz**. 1 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**, [S.L], v. 68, n. 3, p. 295-324, jul. 1985. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/27902922>>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. **Practical reasons and norms**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. **The Legal Philosophy Of Robert Alexy**, Oxford, p. 17-36, set. 2007.

_____. **The authority of law**: Essays on Law and Morality. 1 ed. Oxford: Oxford University Press, 1979.

_____. **The authority of law**: Essays on Law and Morality. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1979.

SHAPIRO, Scott J.. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. **Legal positivism**. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

WALUCHOW, Wilfrid J.. **Inclusive legal positivism**. [S.L.]: Oxford University Press, 1994.