



**APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DO NÃO-POSITIVISMO INCLUSIVO
DE ROBERT ALEXY: PREMISSAS DE UM ATAQUE EM FACE DO
JUSNATURALISMO DE FINNIS.**

**APPONTMENTS ON ROBERT ALEXY'S INCLUSIVE NON-POSITIVISM
THEORY: THE PREMISSES FOR AN ATTACK OVER FINNI'S
JUSNATURALISM.**

Alberto de Moraes Papaléo Paes¹

Marina Angelim Bordallo²

Resumo:

O presente artigo tem como pretensão apresentar o conceito de direito de Robert Alexy apresentado no livro "O Conceito e Validade do Direito", nesta obra ele defende o que se convencionou denominar de não-positivismo inclusivo a partir da apresentação da fórmula Radbruch e a pretensão de correção moral como elementos do conceito. Porém, em 2013, Robert Alexy escreveu um artigo científico no qual aponta inconsistências teóricas na proposta de John Finnis que defende um Direito Natural revigorado, nesta pesquisa pretendemos apresentar este ataque ao jusnaturalismo de modo objetivo. Para tanto abordaremos a delimitação conceitual que compreende a fixação do que consiste a correção moral e seu papel para construção do não-positivismo inclusivo ao mesmo tempo em que demonstraremos o ponto de vista de Alexy sobre a leitura de Finnis como um não-positivista super-includente a fim de estabelecer quais são as premissas utilizadas por Alexy como forma de ataque ao Jusnaturalismo Revigorado.

Palavras-chave:

Não-positivismo; Jusnaturalismo; Robert Alexy; John Finnis; teoria do direito

¹ Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA); Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA); Professor Titular do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Gestão do Conhecimento (PPGC) Mestrado Profissional da UNAMA e do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais (PPGDF-UNAMA); Professor Universitário das Disciplinas de Filosofia Geral e Jurídica, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Constitucional da Universidade da Amazônia (UNAMA) na Graduação e Pós-graduação lato sensu; Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos de Hermenêutica Constitucional (GEHC) (PPGDF-UNAMA-CNPQ); Foi Coordenador Bolsista do Projeto de Iniciação Científica sobre a "Justificação Ética dos Direitos Fundamentais: Teorias do Direito e concreção via análise da Proporcionalidade" (PIC-UNAMA 2021/22); É Coordenador Bolsista do Projeto de Iniciação Científica sobre a "A ANÁLISE DO DISCURSO NO ESPETÁCULO DO CRIME: As inversões midiáticas do sentido moral de Direitos Humanos no cotidiano da televisão belenense" (PIC-UNAMA 2022/23) Avaliador de Periódicos Qualis-CAPES; Professor Convidado (sem remuneração) do Instituto Teológico Quadrangular da Igreja do Evangelho Quadrangular (ITQ-IEQ Pedreira); Advogado em Belém-PA; e-mail: betomppaes@msn.com ID Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0248-1226>; Autor dos Livros "O Conceito de Constituição: Dimensões na experiência jurídica" - Lumen Juris; e "O Direito em Perspectiva" - Editora Fi. Escritor do Blog "Dimensão Jurídica" e do Canal Prof. Alberto Papaléo no YouTube.

² Pós Graduada. Foi Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário Maurício de Nassau, UNINASSAU Belém-PA, Advogada - OAB-PA 28.510 - Três anos de atividade jurídica com ênfase no Direito Trabalhista, Civil e Previdenciário. Especialista em Docência do Ensino Superior (2020). Especialista em Direito Processual Civil, Constitucional, Trabalhista e Penal. Especialização em Direito e Processo Previdenciário (em andamento). Graduação em Direito (2018) e Tecnólogo em Logística (2012). Mestranda em Direitos Fundamentais no PPGDF UNAMA





Abstract:

This article intends to present Robert Alexy's concept of law presented in the book "The Concept and Validity of Law", in this work he defends what is conventionally called inclusive non-positivism from the presentation of the Radbruch formula and the claim of moral correctness as elements of the concept. However, in 2013, Robert Alexy wrote a scientific article in which he points out theoretical inconsistencies in John Finnis' proposal that defends a reinvigorated Natural Law, in this research we intend to present this attack on natural law in an objective way. To do so, we will approach the conceptual delimitation that includes the fixation of what moral correctness consists of and its role in the construction of inclusive non-positivism, while we will demonstrate Alexy's point of view about Finnis's reading as a super-positive non-positivist. inclusive in order to establish what are the premises used by Alexy as a way of attacking Reinvigorated Jusnaturalism.

Keywords:

Non-positivism; jusnaturalism; Robert Alexy; John Finnis; Jurisprudence

1. Introdução.

A Teoria da Argumentação Jurídica e a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2011-b-2008), deixaram uma marca indelével na doutrina, na dogmática e na jurisprudência do Brasil. Grande parte do debate acerca da aplicação dos Direitos Fundamentais e do contexto das teorias procedimentais fazem referência aos estudos do jusfilósofo alemão. Há de se ressaltar, porém, que tanto na Tese levantada acerca do discurso jurídico como um caso especial (ALEXY, 2011-b, p. 211-18), quanto na justificação da natureza científico-jurídica da existência de Direitos Fundamentais (ALEXY, 2008, p. 31-42), o ponto de partida adotado por ele é o contexto específico da realidade, cultura e história alemã³. Neste particular seria possível aduzir que a crítica da generalidade seria facilmente contraditada pelos pressupostos metodológicos levantados nas pesquisas, considerando que: a) elas não se comprometem em fundamentar uma teoria geral do discurso aplicável do mesmo modo em qualquer lugar do mundo, ou, de uma teoria dos direitos fundamentais para todas as constituições vigentes e; b) elas simplesmente assumem o risco de que: se premissas fundamentais internas ao modelo

³ Do ponto de vista da Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy (2011-b) defende no prefácio da primeira edição (1978) que o Tribunal Constitucional Alemão proclama entendimento de que as decisões jurídicas devem se basear na argumentação racional (BVerfGE 34, 269 [287]), fato que o faz buscar a avaliação do que consiste esta argumentação racional e de onde ela vem, para que isto seja possível ele parte da análise geral das regras do discurso dentro do contexto da cultura alemã e, conseqüentemente, do caso jurídico como um caso específico de discurso também dentro do contexto alemão. De outra sorte, na Teoria dos Direitos Fundamentais (2008), o próprio tópico I do primeiro capítulo demonstra que sua preocupação é em desenvolver uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais da Constituição Alemã (ALEXY, 2008, p. 31).





defendido podem ser generalizadas isto não afeta nada nas consequências para justificação do modelo específico em análise, no caso, a realidade alemã.

De todo modo, argumentos mais ou menos periféricos a estas questões podem surgir, como por exemplo questões sobre teoria crítica (se a escolha do contexto representa ou não um sintoma de dominação no contexto do Sistema Mundo), questões sobre Neocolonialismo ou Decolonialidade (se o modelo alexyano serviria para culturas latino-americanas, orientais, ou, países que não concebem a democracia do mesmo modo que os modelos Euro-Americanos), dentre outras. A isto podemos denominar de “segurança argumentativa metodológica” que é uma das características da defesa da teoria de Alexy (2008), pelo fato de ele claramente indicar de forma clara qual o seu percurso metodológico com consciência dos limites do sujeito e do contexto, argumentos do tipo “espantalho”, ou, de tipo “*ab reductio*”, são rapidamente afastados. Porém, não se pode dizer o mesmo da pesquisa que é desenvolvida por ele dentro da Teoria do Direito a partir da obra *Begriff und Geltung des Rechts* (2005), traduzida para o inglês (com grande contribuição de Stanley Paulson) como *The Argument from Injustice* (2002) e para o português (com tradução de Gercélia Batista Mendes) como “O Conceito e Validade do Direito” (2011-a).

Nossa pesquisa procurará demonstrar de que modo Alexy, a partir da fundamentação situada no Conceito e Validade do Direito (2011-a), consegue atacar o Jusnaturalismo revigorado de John Finnis. Pra tanto nos socorreremos do modelo apresentado na obra acima bem como de artigo no qual Alexy (2013) defende que o modelo jurídico de Finnis além de ser “estranho” apresenta relações de pertencimento com aquilo que ele chama de positivismo super-inclusivo. Primeiramente apresentaremos o desenho geral da teoria a partir do livro e, logo após, sistematizaremos a crítica que é feita por ele à Teoria de Finnis sobre o direito como reunião de Bens Humanos Básicos através de critérios de Razoabilidade Prática.

2. A Teoria do Não-Positivismo Inclusivo no Conceito e Validade do Direito.

O ponto de partida do livro “O Conceito e Validade do Direito” é a dialogicidade e a apresentação superficial da tese dos positivistas e dos não-positivistas com o objetivo precípua de apontar os problemas do positivismo. Enquanto os primeiros sustentam a tese



da separabilidade (a ideia de que o direito é totalmente separado da moral), os segundos argumentam pela tese da vinculação (na qual estariam presentes aspectos de elementos morais). A questão, em si, é o fato de que quer seja positivista ou não positivista, existe um *link* entre as duas correntes pois reconhecem dois elementos de definição, que são: “a legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social” (ALEXY, 2011-a, p. 04). Discutir essa controvérsia é discutir em essência o que é o direito e isto possui um aspecto prático, na medida em que essas respostas podem ser facilmente encontradas nas Cortes Constitucionais. É quase como se necessitássemos de um narrador da história do direito e (pelo menos para o Brasil) o Supremo Tribunal Federal (para a realidade alemã Alexy se refere ao Tribunal Constitucional) seria incumbido de realizar tal tarefa. Alexy (2011-a, p. 6-12) chega então á dois elementos que apontam para a crise do paradigma positivista que são descritos como: a) a Injustiça Legal; e b) a Formação do Direito.

Para o primeiro elemento (Injustiça Legal) ele descreve uma jurisprudência alemã (que ele vem a chamar de “aquela sobre a cidadania”, ou, *Staatsangehörigkeitbeschuß*, ALEXY, 2011-a, p. 6) que versa sobre a aplicação da Lei de Cidadania do *Reich*, de 25 de novembro de 1941, a qual preceituava perder a nacionalidade alemã os Judeus emigrados. Nesta seara, um advogado judeu que vivia na Alemanha resolve emigrar para Amsterdã antes de iniciar a guerra. Tendo sido tomado por morto por muitos, ele acaba sendo deportado de Amsterdã para a Alemanha em 1942 instaurando o debate sobre se é constitucional, ou não, o reconhecimento da perda da sua nacionalidade. O Tribunal Constitucional reconhece que uma lei pode ser validada por um determinado ordenamento, mas ainda sim, ser uma lei injusta. Este fato é tão latente que os efeitos que são atribuídos a um tal reconhecimento são os de nulidade plena, por conta do argumento prático de que elas não possuiriam nenhum elemento vinculatório capaz de obrigar/convencer a sociedade a agir desta ou daquela forma.

Para o segundo elemento (Formação do Direito) ele descreve outra jurisprudência (que ele vem a chamar de aquela sobre a formação, ou, *Rechtfortblidungsbeschuß*, ALEXY, 2011-a, p. 9) que versa de modo bem geral a respeito das decisões *contra legem*, aquelas nas quais o direito se formaria a partir da decisão judicial em contrário ao enunciado de uma lei. Para tanto ele se apropria de uma regra do Código Civil alemão que estipula somente ser possível indenização em dinheiro para os casos previamente



estipulados no próprio código (§255 do *Bürgerliches Gesetzbuch*). O que ocorre na Alemanha é que uma determinada revista semanal publica uma entrevista fictícia que teria sido feita com a ex-mulher do último xá do Irã, princesa Soraya (ALEXY, 2011-a, p. 9). Ao se debruçar sobre o caso, o Tribunal Constitucional entendeu ser cabível a indenização apesar de não haver estipulação prévia do fato no código civil, contrariando, desse modo o disposto na legislação em vigor. Em conclusão argumenta ele que “quem identifica o direito como lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos” (ALEXY, 2011-a, p. 12), e de outra sorte, quem sustenta uma visão não-positivista “como não identifica com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo” (ALEXY, 2011-a, p. 12).

Portanto, para que haja um refinamento sobre o argumento do positivismo é necessário, antes de tudo, que sejam elencados os principais elementos do direito. Robert Alexy (2011, p. 15-6) os divide em três categorias, a saber: a) Legalidade conforme o ordenamento; b) eficácia social; e c) correção material. Importante observar que a utilização de uns em detrimento de outros, ou, a sobreposição de um sobre outro, pode levar a “n” conceitos diferentes de direito. Um exemplo disso é que a utilização do elemento “c” abandonando “a” e “b” é uma descrição jusnaturalista. De outra sorte, utilizar “a” e “b” abandonando “c” torna-se uma descrição positivista. Dando primazia à questão da eficácia pode-se chegar à concepções sociológicas e realistas do direito que possuem como condições de justificativa teórica: a) um aspecto externo, que “consiste na regularidade de sua [norma] observância e/ou sanção de sua não observância” (ALEXY, 2011-a, p. 18); ou, b) um aspecto interno, que “consiste na motivação – independentemente de como ela é formada – de sua observância e/ou aplicação” (ALEXY, 2011-a, p. 19). Estes dois são os chamados conceitos de direitos orientados primariamente pela eficácia (descritos a partir do seu aspecto externo e interno).

Se se levar em conta que é possível sobrepor o elemento “a” aos outros elementos, poderíamos falar de um conceito de direito diverso do explicado no parágrafo anterior, mas, igualmente interessante. Seriam os conceitos de direito orientados primariamente para normatização, que são divididos a partir da teoria analítica de John Austin, pela teoria



normativista de Hans Kelsen, e pelo *softpositivism* de Herbert Hart (ALEXY, 2011-a, p. 20-3). De toda forma, o ponto de apoio em todas estas explicações é a opção pela utilização da tese de separação e é isto que as jurisprudências citadas alhures vêm mostrar: que a tese de separação (se não é inteiramente equivocada) não é (também) inteiramente evidente (ALEXY, 2011-a, p. 24). Por isso decorre a necessidade de se debruçar de modo mais profundo acerca dos argumentos fornecidos pela tese da separação e a tese da vinculação como crítica ao modelo positivista. Dois argumentos surgem para a explicação de tal contenda: a) o argumento analítico, e; b) o argumento normativo. Os positivistas podem explicar o direito através da tese da separação sustentando que “não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral” (ALEXY, 2011-a, p. 25), da mesma forma, o não-positivista poderia discordar e ainda que abdicasse em defender a posição de uma conexão conceitual necessária entre direito e moral poderia recorrer a um argumento normativo para poder derrotar um argumento positivista. Para a compreensão de um argumento normativo torna-se necessário o recurso ao termo “necessidade normativa”, advertindo Alexy (2011-a, p. 26)

“A necessidade normativa deve ser estritamente distinguida da necessidade conceitual. O fato de algo ser normativamente necessário quer dizer simplesmente que é ordenado. Pode-se contestar a validade de uma ordem sem incorrer numa contradição, mas não a existência de uma necessidade conceitual. Desse modo, fica claro que a necessidade normativa apenas em uma necessidade em sentido amplo”.

Nesse contexto o prof. Robert Alexy (2011-a) explica um quadro conceitual para a discussão das duas teses a partir de cinco premissas: a) Conceitos de direito isentos e não isentos de validade; b) Sistemas jurídicos como sistemas normativos e como de procedimentos; c) A perspectiva do observador e a do participante; d) Conexões classificadoras e qualificadoras; e, e) Combinações. No que tange ao tópico “a”, ao consagrar a ideia de que um determinado conceito de direito pode prescindir de conexão com a validade da norma (ou, não) apoia sua argumentação na necessidade de o positivismo ser descrito como um conceito de direito não isento de validade. O faz pelo fato de acreditar que ao se incluir a questão sobre a validade dentro do conceito de direito se está optando pela bandeira de uma não conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Em continuidade, a questão sobre o sistema de procedimentos ou normativo é colocada de modo a entender que:

“Como sistema de procedimentos, o sistema jurídico é um sistema de



ações baseadas em regras e direcionadas por regras, por meio das quais as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas. Como sistema normativo, o sistema jurídico é um sistema de resultados ou de produtos de procedimentos que, de alguma maneira, criam normas. Poder-se ia dizer que aquele que considera o sistema jurídico um sistema normativo refere-se a seu aspecto externo. Em contrapartida, trata-se do aspecto interno quando o sistema jurídico é considerado um sistema de procedimentos” (ALEXY, 2011-a, p. 29-30).

A visão do ponto de vista interno e externo é refinada pela perspectiva do intérprete e do observador. Enquanto na primeira está-se a se referir a perspectiva de alguém que participa de uma argumentação sobre o conteúdo essencial a respeito do que nele está contido (seja um juiz, advogado ou cidadãos), na segunda está-se diante de uma pessoa que não se questiona a respeito do fato de uma decisão/interpretação ser, possivelmente, correta ou errada; quer o segundo apenas descobrir como se chega àquela determinada decisão/interpretação. A respeito das conexões classificadoras e qualificadoras a descrição é bem objetiva, “trata-se de uma conexão classificadora quando se afirma que normas ou sistemas normativos que não satisfazem determinado critério moral, por razões conceituais ou normativas, não são normas jurídicas nem sistemas jurídicos” (ALEXY, 2011-a, p. 31). De outra sorte, o jurista alemão trabalha as conexões qualificadoras como sendo afirmações de “que normas ou sistemas normativos que não satisfazem um critério moral, embora possam ser normas jurídicas ou sistemas jurídicos, são, por razões conceituais ou normativas, normas jurídicas ou sistemas jurídicos defeituosos” (ALEXY, 2011-a, p. 31).

Observando este quadro conceitual fornecido, trinta e duas combinações seriam possíveis a partir das quatro primeiras premissas que justificariam ou negariam a tese da separabilidade. Para Alexy (2011-a, p. 32) sessenta e quatro combinações seriam possíveis e a grande controvérsia sobre o direito positivo reside no fato de que muitos dos juristas desconhecem as raízes epistêmicas dessas sessenta e quatro combinações, não muito raro esses juristas “não reconhecem que a tese que defendem é totalmente diferente da que atacam”. Há, igualmente, uma indicação pretérita para mitigar a complexidade dessas possíveis combinações: a perspectiva do participante e a perspectiva do observador. Justamente tal perspectiva é a que se torna guia para a continuação do trabalho. Bem, se se considerar que a qualidade jurídica é atribuída para aquelas situações



em que se consegue chegar a justiça, está-se diante de uma perspectiva de uma tese da vinculação relacionada a uma conexão classificadora (ALEXY, 2011-a, p. 33). O argumento da injustiça, perversão, ou totalitarismo começa a ser tratado como uma forma de se medir a qualidade jurídica pela sua vinculação (com a moral). O problema a ser enfrentado parte da questão de se a desqualificação do direito pela tese da injustiça seria uma questão de normas individuais ou do sistema como um todo (ALEXY, 2011-a, p. 34).

Utilizando uma premissa da Gustav Radbruch, Alexy (2011-a, p. 34) parte de trecho da obra no qual se sustenta um conflito entre justiça e segurança jurídica, a partir desta concepção é fornecida uma alternativa para resolução: a) o direito positivo tem prioridade; e b) quando houver contradição entre lei positiva e justiça ele deve ceder lugar à justiça. Ainda neste sentido aponta o autor que tal prioridade deve ser interpretada a partir de uma integração desta lei individual com seu estatuto (sistema, ou ordenamento), fato este que suportaria a alegação de que mesmo que seu conteúdo seja injusto e não atenda a uma finalidade o direito positivo (lei positiva) teria prioridade sobre a justiça. Somente quando houvesse um grande abismo entre a lei positiva (direito incorreto) e a justiça o direito positivo deveria ceder lugar à Justiça. A partir desta constatação é a posição do observador que começa a ser colocada em xeque. Seria mesmo aceitável do ponto de vista de um observador sustentar o argumento da injustiça?

Para Alexy (2011-a, p. 36) a descrição de direito de um observador diz respeito a reunião de narrativas das decisões dos tribunais no ato de aplicar o direito vigente num determinado ordenamento, por isso, acredita ele que a visão do observador é uma visão neutra em relação à moral pois fica claro que “uma inclusão classificadora de elementos morais no conceito de direito que se refira a normas individuais não apenas é conceitualmente desnecessária, como também conceitualmente impossível”. Em conclusão, a perspectiva do observador, que exige uma neutralidade moral em relação o objeto é um argumento que corrobora a tese da separabilidade, tudo é uma questão de perspectiva e focalização central de pontos diferentes em torno de um único ponto: o reconhecimento de um dano é justo para o país “A” de acordo com suas regras internas, e injusto para o país “B” de acordo com suas regras internas. Alexy (2011-a, p. 37) abandona completamente tal tese na medida em que sustenta que “o que é válido para uma norma individual não se aplica necessariamente a um sistema jurídico como um todo” e neste particular, portanto, o ponto de vista do argumento da injustiça na fórmula



Radbruch não pode ser aceito.

Insta, portanto, argumentar que uma tese que proponha uma conexão classificadora da relação entre direito e moral somente possa fazer sentido a partir da perspectiva do participante dentro de uma análise dos sistemas jurídicos (como antagonismo da avaliação pelas normas individuais) (ALEXY; 2011-a; p. 37-8). Ele opera uma distinção de dois tipos de exigências morais e elas se encontram em uma relação necessária como sistema jurídico, são chamadas de: a) distinções formais e; b) distinções materiais. Como exemplo de “a” ele cita a proposta teórica de Lon Fuller⁴, conceituada por Alexy (2011-a, p. 38) como uma “teoria que sustenta uma relação necessária entre critérios morais formais e o sistema jurídico (...) (*internal morality of law*)”. Pautado em determinados princípios que decorrem da natureza específica do sistema jurídico (como *legality*, *generality of law*, *promulgation* e *retroactive laws*), Fuller inclui internamente aspectos de moralidade no sistema jurídico. Outra perspectiva, esta, porém material, é atribuída à Otfreid Höffe quando vincula os sistemas normativos a uma necessária satisfação de critérios fundamentais da justiça para que possam ser reconhecidos qualitativamente como jurídicos (ALEXY; 2011-a; p. 38).

Para compreensão deste quadro que se desenha, Alexy (2011-a, p. 38-9) propõe que se faça uma distinção entre conexões fáticas e conexões conceituais entre direito e moral. Ele utiliza o exemplo de dois tipos de ordenamentos sociais que não são sistemas jurídicos por três razões puramente conceituais: a) Ordenamento Absurdo; b) Ordenamento Predatório ou rapaces e; c) Ordenamento de Dominadores. O primeiro é descrito da seguinte maneira: “Tem-se um ordenamento *absurdo* quando um grupo de indivíduos é dominado de tal modo que é impossível tanto reconhecer finalidades consistentes do(s) dominador(es) quanto perseguir de forma duradoura a finalidade dos dominados” (ALEXY; 2011-a; p. 39). O exemplo utilizado é o de uma anarquia baseada no medo e na violência, como no caso de um grupo de bandoleiros armados que domina um grupo de pessoas pautados numa única regra: a de liberdade para o exercício da violência. Neste caso, qualquer regra emanada por um dos bandoleiros (regra individual) deve ser seguida pelo dominado e qualquer um dos bandoleiros deve considerar a

4 “Entre esses critérios, Fuller inclui os princípios do estado de direito (*lagality*), como o da generalidade da lei (*generality of law*), o da promulgação (*promulgation*) e o da proibição da retroatividade (*retroactive laws*)” (ALEXY; 2011-a; pág 38).



liberdade para o exercício da violência (regra geral) (ALEXY, 2011-a, p. 39). Daí a conclusão de que neste tipo de organização social as regras não podem remeter a um sistema jurídico.

Na medida em que os bandoleiros se organizam, criam hierarquia, desenvolvem regras e caminham para fora de uma anarquia (introdução da proibição de violência, de um sistema e regra para manutenção do domínio etc.), o sistema absurdo se transmuta num sistema predatório ou rapace (ALEXY, 2011-a, p. 40). Para deixar mais clara sua argumentação, Alexy (2011-a, p. 40) sustenta a hipótese de o grupo de bandoleiros obterem a maior parte das suas rendas pela comercialização dos órgãos dos dominados, portanto, devem se criar regras capazes de manter certo grau de conservação da saúde e bem-estar dos dominados para que estes órgãos possam ser comercializados, isto acusa que, apesar de existirem regras individuais, o sistema como um todo não pode ser considerado como jurídico por razões conceituais. Numa terceira perspectiva, o ordenamento de dominadores pode ser descrito como aquele no qual os bandidos reconhecem a impraticabilidade de um sistema predatório e se transformam em dominadores através de um processo de legitimação (ALEXY, 2011-a, p. 41). Nesse sentido, o objetivo dos dominadores continua sendo o de se manter na relação como dominadores, mas agora busca atender a interesses convergentes aos dominados (proibição de homicídio para garantia da produtividade) (ALEXY, 2011-a, p. 41).

Muito embora o terceiro exemplo seja amplamente reconhecido como injusto ele pode ser considerado um sistema jurídico, o fato importante, portanto, é delimitar com precisão a diferença entre o sistema de dominadores e o dos bandidos, porquanto que Alexy (2011-a, p. 41) expressamente acusa: a pretensão à correção. Argumenta ele que

“a pretensão à correção é um elemento necessário do conceito de direito (...) Essa tese será designada como 'argumento de correção' (...) há que se constatar que sistemas normativos que não formulam explícita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção” (ALEXY, 2011-a, p. 42).

Na prática esta diferença não implica em grandes questões, o problema relativo à pretensão de correção do direito somente se torna transparente quando há formulação da pretensão e não há satisfação da pretensão. Ainda assim, “a pretensão à correção representa um nexos entre as duas perspectivas [observador e participante]” (ALEXY, 2011-a, p. 42). Numa perspectiva do participante, a análise do conteúdo essencial do



direito perpassa por esse estágio de reconhecimento primário (pretensão à correção), mas essencialmente se conecta com os outros dois principais argumentos (o da injustiça e o dos princípios). Toda pretensão à correção é uma pretensão à correção justa (ALEXY, 2011-a, p. 45). Na hipótese de uma classe dominante pretender manter as desigualdades sociais como forma de controle de outros dentro de uma democracia através de uma modificação constitucional, todos teriam problemas em reconhecer a validade de um artigo da constituição que contivesse a seguinte expressão: “O Estado X é soberano e injusto”. Ressalvados os defeitos técnicos e os defeitos convencionais o que Alexy (2011-a, p. 45) aponta sendo como o maior dos defeitos é o chamado conceitual, pois, no caso a norma carece de uma pretensão à correção justa. O argumento da injustiça começa a ser introduzido a partir de sua vinculação à normas individuais ou sistemas jurídicos por inteiro, ponderando, inicialmente que

“Nessa versão, as normas individuais de um sistema jurídico perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto. Sua variante mais conhecida é a fórmula Radbruch, cuja solidez já foi discutida e negada a partir do ponto de vista de um observador. Doravante, trata-se de saber se o argumento da injustiça, do modo como a fórmula de Radbruch o exprime, é aceitável do ponto de vista de um participante. Para tanto, ressalte-se que a fórmula de Radbruch não afirma que uma norma perde o seu caráter jurídico por ser injusta. O limiar é fixado mais acima. O caráter jurídico só há de se perder se a injustiça atingir um “grau insustentável” (ALEXY, 2011-a, pág. 48).

Isto se daria, muito por conta, da necessidade de manutenção de um mínimo para que os direitos possam ter (ou, manter) sua coerência interna dentro de um sistema jurídico determinado. Basta imaginar as razões de porque se proteger a vida e a tratá-la como inviolável, admitindo, ao mesmo tempo e genericamente, a possibilidade de pena de morte como uma sanção contumaz na esfera penal. A moralidade, como um mínimo aceitável para a razoabilidade prática do caso, impediria que a atribuição de uma pena de morte se tornasse coloraria a inviolabilidade do direito à vida (isto se estenderia, por óbvio, à análise de indiscriminados casos, como o exemplo, sobre o direito à vida: pesquisa em células-tronco; aborto do feto anencéfalo; eutanásia; entre outros). Importante frisar, novamente, que de acordo com Alexy (2011-a) esta argumentação somente faria sentido na perspectiva do participante.

A respeito do argumento dos princípios Alexy (2011-a, p. 83) aduz que, partindo-



se da premissa de que o argumento de injustiça visar uma situação excepcional e tratar-se do cotidiano jurídico, o argumento dos princípios está diretamente mergulhado na questão da metodologia jurídica. Ou seja, o fato de o direito comportar uma textura aberta (seja através da semântica do direito, seja através de sua capacidade de se aplicar indistintamente a casos genéricos e dialogar com outras ciências para resolução de casos difíceis). Em conclusão, o argumento dos princípios somente faz sentido se existir um controle de conteúdo moral tomado a partir da perspectiva do participante e voltado para análise de normas individuais. Nesse sentido a proposta de Alexy (2011-a) parece fazer certo sentido como modelo geral de explicação do fenômeno jurídico. Porém, ao se transportar para um cenário internacional ela peca em determinados sentidos. Aplicando-se tal proposta a regimes e sistemas individuais a dinâmica da análise dos casos depende das condições em que o caso se apresenta, o que gera uma possibilidade para um certo relativismo. Assim é a perspectiva por ele abordada em recente artigo a respeito da Dignidade Humana e Proporcionalidade, ele aduz que *“If the guarantee of human dignity can and should have the structure of a principle, then the relative construction is correct”*⁵ (ALEXY, 2015, p. 88).

Para entender o que seria a Dignidade Humana Alexy (2015) propõe que ela pode ser entendida a partir de uma concepção descritiva (associada à autonomia⁶ em Kant) ou empírica (associada ao ponto de vista legal, mas descartado por Alexy⁷) com elementos normativos ou avaliativos. Em última *ratio*, por uma questão descritiva, a dignidade humana pode ser compreendida a partir de uma dupla tríade que compreende: a) inteligência, b) sentimento e, c) consciência (como auto-consciência); esta última será desdobrada em: c1) consciência cognitiva; c2) consciência volitiva e; c3) consciência normativa (ALEXY, 2015, p. 89). A ideia da existência de um relativismo na obra de Alexy (2011-a;2015), não seria uma conclusão precipitada considerando-se que os paradigmas teóricos utilizam de premissas liberais kantianas, portanto, críticas à ideia de

5 Tradução livre: “Se a garantia da dignidade humana pode e deve ter a estrutura de princípio, então a construção relativista é correta” (ALEXY, 2015, pág. 88).

6 *“Autonomy is therefore the ground of the human dignity of human nature and of every rational nature”* (KANT *apud* ALEXY, 2015, pág. 89). Autonomia é, portanto, o fundamento da dignidade humana da natureza humana de toda racionalidade natural. E ele ainda completa mais adiante: *“From the point of view of moral theory, Kant is right”* (Do ponto de vista de uma teoria moral Kant está certo) (ALEXY, 2015, pág. 89).

7 *“From the point of view of legal theory, however, a broader empirical basis seems to be preferable, for the legal protection of human dignity is not confined to the protection of autonomy in the sense of moral legislation”* (ALEXY, 2015, pág. 89).



ética universalista tomista.

Evidentemente, existem méritos e deméritos na proposição Alexyiana. Podemos enumerá-los da seguinte maneira: a) por se tratar de uma teoria que representa a tese de vinculação necessária entre Direito e Moral apresenta uma superação da perspectiva tradicionalmente sustentada a partir do segundo pós-guerra (uma atualização da epistême jurídica), ao mesmo tempo, carece de uma teoria política e ética para que ela possa ser uma ter viabilidade prática; b) por se tratar de uma teoria analítica consegue descrever o direito a partir da perspectiva do participante de modo a compreender qualitativamente os influxos da sociedade que vinculam os cidadãos à cumprir com a lei, porém, sendo uma teoria descritiva ou normativa não consegue fugir da discricionariedade de seleção de um caso central e seleção focal; c) por não ter uma filosofia política de fundo ético bem desenvolvida o não-positivismo inclusivo poderia se amoldar de acordo com os interesses das comunidades em que ele for adotado, porém, isto causaria uma instabilidade (de extremo relativismo) na tutela de certas condições para o florescimento humano.

Em linhas gerais, são essas as críticas que podemos fazer à construção baseada na necessidade de correção moral do cidadão enquanto elemento qualificador do Direito a partir da perspectiva de Alexy (2011-a). O exemplo na prática que podemos fornecer é a explicação de porque existem decisões jurídicas que pretendem a correção moral de uma determinada conduta que se apresentam julgando situações análogas, mas com respostas diferentes (como no caso do cheque pré-datado). Neste sistema seria autorizada a aplicação do Direito pelo magistrado que argumenta sobre uma questão moral enquanto critério qualitativo do direito decidir por conceder determinada garantia para “a” em face de “b” e vice-versa.

3. O ataque de Robert Alexy: Seria Finnis um não-Positivista Super-Includente?

Alexy (2013, p. 97-8) aduz que o trabalho de Finnis falha em conceber com clareza o debate entre teorias jusnaturalistas e positivistas como sendo um tipo de debate que sobre se existe uma conexão necessária entre direito e moral, assim como que, para Finnis, haveria uma estranheza em estipular o debate dessa forma. Ainda nesse sentido, positivistas, como Raz, conseguem perceber que a diferença entre teorias naturalistas (não-





positivistas) que estariam comprometidas com a tese da necessidade, e, teorias positivistas que estariam comprometidas com a tese da contingência, estaria superada na medida em que o positivismo também seria compatível com a tese da necessidade (ALEXY, 2013, p. 98). Apesar de ambos conseguirem perceber que o debate sobre a vinculação entre direito e moral nas teorias do direito geram alguma estranheza, Alexy (2013, p. 98) acredita que Raz e Finnis o fazem por razões completamente diferentes.

Dois exemplos são utilizados para ilustrar, do ponto de vista positivista, momentos em que há uma clara inclinação para a adoção da tese da necessidade: a) o Estupro e; b) a possibilidade de avaliação moral do Direito (ALEXY, 2013, p. 98). Sobre o primeiro argumento há de se observar que o estupro não pode ser admitido (ou, autorizado) pelo direito, considerando que ele é moralmente repreensível e o direito não pode deixar de repreender questões vinculadas a este tipo de conduta (ALEXY, 2013, p. 98). Como consequência isto representaria uma possível vinculação entre direito e moral, porém, ela também desvela que a tese da separação (do modo como é costumeiramente reproduzido) não é suficiente para distinguir o positivismo do não-positivismo⁸. A proposta apresentada é a de uma reformulação da tese da separação para o que ele denomina de uma versão mais precisa que inclui elementos de validade ou correção legal de um lado e méritos e deméritos morais, ou, correção e incorreção moral de outro (ALEXY, 2013, p. 98).

Tal formulação é expressa do seguinte modo: *“There is no necessary connection between legal validity or legal correctness on the one hand, and moral merits and demerits or moral correctness and incorrectness on the other”* (ALEXY, 2013, p. 98). Esta fórmula refinada, de certo modo, pretende demonstrar que a relação entre direito e moral não deve ser analisada genericamente em todos os casos, pois a análise deve focar nos elementos relacionados validade (correção legal) e moralidade enquanto pretensão de correção (moral) e isto faz com que o exemplo do estupro ser moralmente repreensível, logo, necessariamente direito, também deve ser reconsiderado (pois, algo ser moralmente repreensível não o torna necessariamente direito). Acerca da possibilidade de avaliação moral do direito Alexy (2013, p. 98-9) concorda que uma lei pode ser avaliada moralmente como boa ou má, justa ou injusta, porém, esta avaliação não diz respeito a

⁸ De acordo com Alexy (2013, p. 98) a fórmula da separação usada comumente usada pelos positivistas pode ser expressa da seguinte forma: “não há conexão necessária entre direito e moral” (*There is no necessary connection between Law and morality*).



um tipo de conexão que vincula a validade legal ou correção legal com a eleição dos critérios de méritos ou deméritos morais se tornando, portanto, apenas uma condição de possibilidade para a asserção da dependência entre direito e moral.

De outra sorte, a distinção finnesiana parte do pressuposto lógico de que: a) um argumento inválido não é um argumento ou, b) uma lei injusta não é uma lei; porém, destas asserções decorre que: a1) argumentos não são (não podem ser) necessariamente válidos ou; b1) leis não são (não podem ser) necessariamente morais; como consequência a visão de Finnis não diz nada sobre a tese da necessidade e quais são as consequências da validade legal e moral no conceito de direito (ALEXY, 2013, p. 99). Este último argumento é o que Alexy (2013, p. 99) usa para afastar a ideia de que não é estranho, ou, não deve causar estranheza, a definição do direito a partir da análise da relação necessária com a moral justamente porque, do modo como ele coloca o debate (mesmo que pareça redundante), a discussão acerca da tese da necessidade é necessária (assim como o é a da separação).

Para prosseguir com a argumentação Alexy (2013, p. 99) pretende defender a fórmula refinada da tese da separação, para tanto aborda a questão da natureza dual (ou, dualista) do direito a partir da distinção entre uma dimensão real ou factual e uma dimensão ideal ou crítica. A dimensão real ou factual⁹ é representada pelos elementos de instância autoritativa e eficácia social enquanto a dimensão ideal ou crítica¹⁰ é fundamentada pelo elemento correção moral (ALEXY, 2013, p. 99). A dimensão real ou factual pode também ser denominada de dimensão institucional pois diz respeito à criação de instâncias governamentais que irão prolatar decisões políticas que vinculam a produção de efeitos objetivando: a) a supressão de uma lacuna na dimensão ideal, pois trata-se de uma questão de razão prática (ALEXY, 2013, p. 99) e; b) evitar os custos da anarquia e da guerra civil ao atingir os benefícios da coordenação e cooperação social (ALEXY, 2010, p. 173).

De acordo com Alexy (2010, p. 167), o positivismo considera que a dimensão real

⁹ Noutro texto, Alexy (2010, p. 173), defende que o problema do conhecimento prático requer que se deixe de lado a dimensão ideal para que procedimentos devidamente regulados pelo direito garantam uma decisão democrática e seu devido cumprimento legal, estes dois elementos definem instância autoritativa e eficácia social.

¹⁰ Acerca do tema, ainda, Alexy (2010, p. 168) defende que o direito necessariamente contém a pretensão de correção e que esta pretensão, por sua vez, contém também uma pretensão de correção moral sendo, esta última, a fonte da necessária relação entre Direito e Moral.



ou factual do direito opera um papel mais importante para o conceito de direito, porém, a inclusão do terceiro elemento (correção moral) habilitaria a defesa do não-positivismo. A correção moral, portanto, constitui um elemento necessário e importante para a defesa da tese considerando que o que é moralmente correto é razoável, assim como, o que é razoável na prática é (pelo menos neste respeito) moralmente correto (ALEXY, 2013, p. 99). Duas questões são importantes: a) de um lado o Direito pode ser concebido como a institucionalização da razão; b) de outro a defesa do não-positivismo se compromete em fundamentar não só a existência da dimensão ideal, mas, de explicitar sua relação com a dimensão real (ALEXY, 2013, p. 100).

Bem, sendo verdade que a dimensão ideal é real, toda sua defesa reside no argumento da correção que pode ser explicado da seguinte maneira: normas jurídicas individuais e decisões jurídicas individuais assim como o sistema jurídico como um todo necessariamente possuem uma pretensão de correção e que isto está implícito na lei (ALEXY, 2013, p. 100). Para ilustrar isto Alexy (2013, p. 100) utiliza o método da contradição performática através do fictício artigo primeiro de uma Constituição que expressa: “O Estado X é uma República Federativa e Injusto” (Ex1). Dizer que um Estado é uma República Federativa implica, implicitamente, que se vive num modelo de distribuição igualitária de justiça, logo, a contradição emerge quando se percebe que o explicitado na Constituição é o provimento de injustiça¹¹ (ALEXY, 2013, p. 100). Esta contradição, porventura, poderia ser resolvida se se abandonasse a pretensão implícita de correção moral, porém, fazer isto é abandonar a organização social a partir do direito e adotar um sistema de relação de poder completamente desnudo (ALEXY, 2013, p. 100).

O argumento de correção não é aduzido somente da constituição e pode ser encontrado em todo o sistema jurídico. Para poder defender esta tese, Alexy (2013, p. 101) apresenta outra formulação: “O acusado é sentenciado à prisão perpétua, o que é uma interpretação incorreta do direito prevalente” (Ex2). Em “Ex1” o conteúdo da correção equivale a ideia de Justiça e, conclusivamente, na dimensão ideal do direito, porém, em “Ex2” há uma dupla implicação sobre o conteúdo da correção, pois: a) ele se refere à dimensão real (pois envolve instâncias julgadoras, aplicadoras e executoras do

¹¹ Neste sentido ainda é importante demonstrar que o exemplo do artigo fictício da Constituição em apreço é um modelo para dicotomia justo e injusto assim como é para a dicotomia correto e incorreto, pois um Estado Federal expresso numa República Federal que busca injustiça não é só contraditório e injusto é, também, um modelo incorreto de Estado (ALEXY, 2013, p. 100).



direito) e; b) deixa um espaço para questionar qual seria o papel do ideal no real (ALEXY, 2013, p. 101). Alexy (2013, p. 101) deduz, então, que correção moral está relacionada a correção legal, contudo, tal premissa somente é aceitável se for racionalmente possível a existência de verdade ou objetividade no sentido moral¹².

Neste diapasão Alexy (2013, p. 102), procura demonstrar que o ceticismo moral radical não consegue responder a possibilidade de existência de um discurso moral racional assim como da utilização deste tipo de discurso como fundamentação dos Direitos Humanos. Esta afirmação aponta para ideia de que o problema do conhecimento prático (ou seja, sobre como aplicar ideal no real) é uma das principais razões para a tese da necessidade no direito positivo (ALEXY, 2013, p. 102). Para ele, inclusive, Finnis acusa ser o campo moral como um campo interminável de disputas e esta posição apenas demonstra a insuficiência da moral como decisão procedimental no campo ideal e a necessidade do real para sua aplicação (ALEXY, 2013, p. 102). Esta asserção implica, necessariamente, que a correção moral como fundamento da correção implica positividade (que é diferente de positivismo).

Positividade no sentido proposto por Alexy (2013, p. 102) implica que a dimensão ideal do direito permanece viva por detrás da decisão política e da decisão jurídica sendo possível distinguir dois tipos de correção: a) correção de primeira ordem (que diz respeito exclusivamente à dimensão ideal e se preocupa com a Justiça); b) correção de segunda ordem (que diz respeito tanto à dimensão ideal quanto a real e se preocupa com a Justiça e com o princípio da legalidade segundo o direito¹³). Para determinar como se dá a relação entre justiça e legalidade segundo o direito e como elas ocorrem na prática, Alexy (2013,

¹² A Crítica oposta a verdade ou objetividade no sentido moral é feita pelo chamado ceticismo radical, neste sentido, a teoria do não positivismo deve carregar o fardo de ter que demonstrar, pelo menos, a possibilidade de existir verdade ou objetividade no sentido moral e, para tanto, a teoria do direito deve se render à teoria moral (ALEXY, 2013, p. 101). Ainda, a refutação ao ceticismo radical é feita por Alexy (2013, p. 101-2) a partir da noção de que: a) o discurso racional moral é possível e; b) a partir das bases de condição de possibilidade do discurso racional moral é possível justificar os Direitos Humanos. Fato interessante se dá pela questão de que ao analisar os Direitos Humanos Alexy (2013, p. 102) parece dividir a Proporcionalidade da Teoria do Direito, pois a primeira diz respeito (exclusivamente) ao problema do conhecimento prático, enquanto a segunda diz respeito ao fundamento da compreensão do fenômeno jurídico (como algo que une dimensões do real e do ideal).

¹³ A expressão utilizada por Alexy (2013, p. 102) é “legal certainty” que pode ser traduzida como “determinação jurídica”, porém, ao explicar o termo ele aduz que “*the claim to correctness, qua second-order claim, necessarily connects both the principle of justice and the principle of legal certainty, or, as one might say, the principle of legality with law*” (ALEXY, 2013, p. 102). Entendemos que a utilização por Legalidade é mais adequada do que “determinação jurídica”, ou, “certeza legal” considerando o contexto da relação proposto entre ideal e real.



p. 103) distingue duas perspectivas e dois tipos de conexão: a) a perspectiva do participante e do observador e; b) a distinção entre conexões classificadoras (classificantes) e qualificadoras (qualificantes). A partir destas distinções é que será possível compreender os tipos e espécies de não-positivismo.

A perspectiva do participante pode ser entendida como aquela na qual o sujeito faz perguntas acerca de qual seria a resposta correta para uma questão legal no sistema jurídico no qual ele próprio se encontra (e isto implicaria, por consequência lógica, que a resposta se aplica, também, a ele); de outra sorte, a perspectiva do observador adota um posicionamento que reflete o modo pelo qual as questões jurídicas são realmente decididas naquele sistema (e isto implica, de modo contrário ao do participante, que a resposta não se aplica ao observador) (ALEXY, 2013, p. 103).

Esta distinção não é geralmente atribuída, dentro da teoria do direito, para a proposta do Conceito do Direito de Herbert Hart (2012), e ela pode ser exemplificada do seguinte modo: a) os brasileiros reconhecem a autoridade do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal para edição de leis e atos normativos e para exercer o controle de constitucionalidade concentrado respectivamente; b) os argentinos sabem que no Brasil o Congresso Nacional edita leis e atos normativos enquanto que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle concentrado de constitucionalidade; c) sendo verdade que o brasileiro é um participante ele se obriga a seguir as leis do Congresso e aceitar as decisões em matéria de controle concentrado exaradas pelo Supremo; d) porém, o argentino, sendo observador consegue descrever o processo legislativo do Congresso Nacional brasileiro, consegue entender como funciona o controle repressivo de constitucionalidade exercido pelo Supremo, porém, as decisões dos referidos órgãos não se aplicam a ele.

A conclusão de Alexy (2013, p. 103) é a de que a posição do participante pode ser definida a partir da questão: “qual é a resposta jurídica correta?”, enquanto a do observado pela questão: “como as decisões jurídicas corretas são realmente concebidas?”. Nesse sentido, ele pretende argumentar que a teoria de Finnis se aproxima da posição do participante (pelo fato de que ele pressupõe, dentre outras coisas, que a teoria ética é prescritiva), assim como, que ele reconhece a possibilidade de existência de uma dimensão ideal do direito naquilo que ele denomina de uma “moral ideal” como um requisito obrigatório para existência da justiça (ALEXY, 2013, p. 103).



Ainda, outra diferença crucial entre as perspectivas possíveis é a de que: a) enquanto o observador está limitado a argumentos baseados em fatos; b) o participante deve deduzir, ao lado de argumentos baseados em fatos, argumentos normativos que não são baseados em fatos (ALEXY, 2013, p. 103). Argumentos normativos não baseados em fatos podem ser classificados como argumentos morais, considerando que o direito essencialmente se preocupa com distribuição e compensação que são, questões de justiça que é, por conclusão, uma questão moral (ALEXY, 2013, p. 103). Esta posição indica, claramente, que Juízes, quando decidem casos concretos a partir de argumentos normativos não baseados em fatos, estão prescrevendo uma exigência moral como exigência de justiça. Por exemplo, caso o Judiciário considere a aplicação de uma indenização punitiva para empresas que pratiquem publicidade abusiva através do telemarketing porque acredita-se ser uma conduta errada, independentemente do contexto no qual ela ocorre, o Judiciário estaria prescrevendo um ideal moral como ideal de justiça¹⁴.

A segunda distinção importante para a defesa de Alexy (2013, p. 104), diz respeito a existência de conexões classificadoras e qualificadoras entre direito e moral, ao passo em que se restringe na questão sobre quais seriam os efeitos dos defeitos morais para cada uma delas. Conexões classificadoras impõem, para incorreções morais, perda da validade do direito, enquanto conexões qualificadoras implicam, para o mesmo caso, defeitos ou incorreções legais (ALEXY, 2013, p. 104). A questão central diz respeito a necessária vinculação entre incorreção moral e incorreção legal, não se tratando de uma polêmica exclusivamente teórica, uma vez que possui implicações práticas. De toda sorte, Alexy (2013, p. 104) defende que o positivismo (que adota a tese da separação) deve negar conexões classificadoras e qualificadoras caso pretenda permanecer positivista (seja inclusivo ou exclusivo).

A opção metodológica do não-positivismo por ele defendido parte do pressuposto de que é necessária a adoção de uma conexão classificadora que contempla três níveis, ou formas, de não-positivismo: a) a validade jurídica é perdida em todos os casos de

¹⁴ Ainda, argumentar desta forma não exclui o fato de que o Positivismo, adote ele a tese da separação ou da separabilidade, consegue conviver com esta disputa quando assevera que o papel dos Juízes, por exemplo, seria o de transformar questões morais em questões jurídicas, ou, dito de outra forma, transformar razões de primeira ordem (morais) em razões de segunda ordem (razões sobre razões) (ALEXY, 2013, p. 103).



defeito moral (exclusivo); b) a validade jurídica é perdida em alguns casos de defeito moral (inclusivo); c) que a validade jurídica não é afetada de forma alguma (super-inclusivo) (ALEXY, 2013, p. 104). O não-positivismo super-inclusivo conecta as dimensões (ideal e real) através de conexões qualificadoras, mas se esquivava de consequências classificadoras atinentes à perda de validade jurídica no caso de incorreções morais (ALEXY, 2013, p. 105). Nesse sentido vale a pena a citação:

“Super-inclusive non-positivism is distinct from positivism with respect to legal correctness, but with respect to legal validity there exists, at least principally, no difference between positivism and super-inclusive non-positivism. Aquinas and Kant can be interpreted in this way, and it is not surprising that Jeremy Waldron attempts to make the case for leaving “Kant in the classic, but honest, predicament of the true legal positivist” (ALEXY, 2013, p. 105).

4. Conclusões.

Falando especificamente da obra de Finnis, Alexy (2013, p. 105) argumenta que ele não aponta, em primeira mão, conceitos normativos que estabeleçam conexões qualificadoras necessárias para que ele possa ser interpretado como um não-positivista super-inclusivo, na verdade ele tenta atingir um propósito semelhante através da diferenciação entre sentido focal como equivalente a caso central e sentido secundário como equivalente à caso periférico. O grande problema será enfrentado quando se fornecem exemplos desta distinção argumentando que, considerando as tiranias constitucionais como casos periféricos, é possível concordar com Aquino quando o mesmo diz que *Lex injusta non est Lex*, concluindo Alexy (2013, p. 105), que a generalização desta fórmula o leva a uma subversão da lógica pois trata a injustiça como caso central num modelo periférico (Nazismo de Hitler, por exemplo).

A questão em si, sobre se é defensável a tese de que Finnis é um não-positivista super-includente diz respeito ao modo como ele opera a distinção entre casos centrais e periféricos, a partir do critério de que eles podem representar sistemas ou modelos “desviantes”, “defeituosos”, ou até, “radicalmente defeituosos” (ALEXY, 2013, p. 106). A partir da impugnação feita por Mark Murphy, Alexy (2013, p. 106) defende que a caracterização de casos periféricos como desviantes ou defeituosos deve considerar que os termos não são sinônimos, pois o primeiro diz respeito a violação de um padrão enquanto o segundo diz respeito a ausência de elementos suficientes para pertencer a um



padrão, implicando que somente o conceito de defeito é normativo¹⁵.

Considerando que a teoria de Finnis aborda o Estado Democrático de Direito como caso central é de se notar que ele não se trata de um conceito do tipo natural, na verdade, se trata de um conceito interpretativo. Isto demonstra que dizer que um modelo jurídico que procura satisfazer pretensões de justiça através do direito sem atribuir coerção à lei seria tanto desviante quanto defeituoso, porém, um sistema no qual a sociedade obedece tão firmemente a lei que a coerção é abolida do direito seria apenas desviante e não defeituosa (ALEXY, 2013, p. 106-7). Em conclusão, a distinção de Finnis se apresenta como muito próxima de uma conexão qualificadora, pois crê que a consequência de incorreção moral é incorreção jurídica, este argumento é aprimorado quando se concebe que a resolução para a incorreção é a razoabilidade prática (que é, essencialmente, ética) (ALEXY, 2013, p. 107).

Desta forma, ele demonstra a fórmula de Radbruch em que o não positivismo super inclusive dá muito peso à segurança jurídica (ALEXY, 2013, p 107), equilibrando a dimensão real e ideal do direito, pois se assume que possíveis defeitos morais não minariam o direito, divergindo nas acepções de Tomás de Aquino *lex injusta non est lex*, que seria um não positivismo superexclusivo, enquanto Radbruch só se opõe a extrema injustiça, sendo assim, alguns casos menores poderiam ser acatados pelo direito. A partir disso, Alexy (2013, p. 109-10) classifica a posição do operador do direito enquanto observador e participante, o primeiro teria maior liberdade para sua análise moral do direito ideal, enquanto o segundo se vê obrigado a lidar com os fatos do direito real, nesse sentido a premissa da fórmula de Radbruch teria maior aplicabilidade no segundo (ALEXY, 2013, p 110). Este é um ponto fundamental do debate Alexy-Finnis. Robert Alexy em grande parte da sua obra busca sempre se ater ao direito real e as formas de solucionar os conflitos jurídicos.

5. Referências Bibliográficas

¹⁵ Alexy (2013, p. 106), ainda prossegue “Murphy adduces a cheetah and the turtle Franklin as examples. In order to be a central case it is necessary that a cheetah be a fast runner. If the cheetah, for whatever reason, is not a fast runner, it is not only deviant, but also defective. The case is said to be different with the turtle Franklin. In order to be a central case of a turtle, Franklin must be a slow walker. If He should be a fast runner, he would be a deviant case of a turtle. But, and this is Murphy’s point, this deviance would not imply defectiveness.⁵⁵ I think that this is true”.





ALEXY, Robert. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 58, No. 2 (2013), pp. 97–110 doi:10.1093/ajj/aut009 Advance Access published 30 October 2013.

ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*. Vol. 23 No. 2 June 2010 (167–82)

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo – SP. 2008.

ALEXY, Robert. *O Conceito e Validade do Direito*. Org. Ernesto Garzón Valdés, Hartmut Kleimt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Revisão da tradução por Karina Jannini. Editora Martins Fontes. São Paulo – SP. 2011-a.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2011-b.

ALEXY, Robert. *Human Dignity and Proportionality Analysis*. Espaço Jurídico *Journal of Law*. Joçaba. V. 16, n. 3. p. 83-96. Edição Especial. 2015.

ALEXY, Robert. Law, Morality and the Existence of Human Rights. *Ratio Juris*, Vol. 25, nº 1, março de 2012, p. 2-14.

BIX, Brian. ROBERT ALEXY, RADBRUCH'S FORMULA, AND THE NATURE OF LEGAL THEORY. *RECHTSTHEORIE* 37. S. 139-149 *Duncker & Humblot*. 12165 Berlin. 2006.

BULYGIN, Eugênio. Alexy between positivism and non-positivism. *1ST CONFERENCE ON PHILOSOPHY AND LAW NEUTRALITY AND THEORY OF LAW* Girona, 20th, 21st and 22nd of May 2010.

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

CROWE, Jonathan, Five Questions for John Finnis (2011). *Pandora's Box*, Vol. 18, pp. 11-17, 2011, University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper No. 11-12, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1943926>

PAES, Alberto de Moraes Papaléo. A Afirmação da Teoria do Direito no Brasil e a Teoria dos Direitos Fundamentais - Um Debate Teórico sobre os Direitos Fundamentais. *Autumn 2014/UNOESC International Legal Seminar - Dignidade e Proporcionalidade na Teoria de Robert Alexy*, v.3, p.15 - 30, 2014.

RAZ, Joseph. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism. Em *The Authority of Law*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009: pp. 313-35.

