

trágicos podem ocorrer dentro do direito; isto é, casos para os quais o direito não tem, no fundo, uma resposta correta; e (4) a crença que a defesa de uma conexão necessária entre direito e moralidade nos faz correr o risco de atribuir um sentido elogioso a todas as promulgações legais em um modo que pode ser arbitrário.

Contudo, por revisão dessas objeções da perspectiva de hoje (mais de duas décadas depois), na minha opinião, devemos concluir que Alexy venceu elas em um modo bastante exitoso. Isso foi possível, pelo menos, em uma grande extensão, porque - como o tempo provou - as antigas objeções são, antes, insuficiências da teoria em virtude da falta de desenvolvimento na sua forma original; não, no fundo, inadequações de caráter objetivo, intrínseco. Sua teoria sobre a argumentação jurídica, obviamente, não poderia ser uma teoria completa sobre o raciocínio jurídico em 1978 (o ano da primeira edição de 'Theory of Legal Argumentation'), porque ele não tinha então todos os ingredientes necessários. Ele não tinha desenvolvido naquele estágio muito incipiente: uma teoria dos princípios (como um tipo de norma que é oposta às regras) como comandos de otimização; uma teoria dos direitos fundamentais e uma teoria da ponderação, que pressupõe a noção de princípio jurídico; uma concepção não positivista do direito baseada, como indicado acima, na natureza dupla do direito, isto é, direito tendo tanto uma dimensão fundada em autoridade como um elemento ideal - uma 'pretensão de correção' da qual ele implica uma conexão conceitual entre direito e moralidade. Não pode existir dúvida, contudo, que a obra teórica criada por Alexy nestes últimos anos é, realmente, um desenvolvimento adicional de ideias que são encontradas em sua obra seminal em 1978. Digamos que Alexy não pertence à linhagem de autores que fazem uma virada mais radical em determinado momento de sua evolução intelectual. Wittgenstein, na filosofia, e Ihering, na teoria jurídica, são ambos exemplos de uma tal virada. Todos os escritos de Alexy têm um grau significativo de coerência interna (a coerência é também, como é bem conhecido, uma noção importante na sua teoria) e, embora ele ainda seja um autor completamente produtivo, não existe nada que sugira que as coisas serão, de alguma maneira, diferentes nos próximos anos. Certamente, o motivo diretivo dos trabalhos de Alexy foi, ao longo dos anos, que o direito tem de ser imaginado no quadro mais abrangedor da razão prática.

sem exceções? Podem princípios ser invencíveis? As normas de objetivos não são um tipo de normas? Existe alguma teoria de coerência que elimina completamente os riscos de arbitrariedade? Contudo, Habermas pode estar correto, até certo ponto, quando pensa que conservar que princípios, todos os princípios, são comandos de otimização implica arriscar a imagem de direitos como ‘trunfos’ ou ‘muro de fogo’ tornar-se borrada. Também ele está correto, até certo ponto, quando na sua compreensão, a construção da ponderação de Alexy parece incorporar um tipo de racionalidade econômica (análises de custos-benefícios) que não corresponde exatamente com Alexy tencionando construir uma teoria da argumentação jurídica baseada na noção de discurso. Hoje eu ainda acredito que esses problemas - pelo menos, em grande dimensão - desaparecerão se a caracterização como comandos de otimização deve ser associada a políticas e não a princípios em sentido restrito; também, se uma determinada prioridade é estabelecida (definitivamente, não uma absoluta), de modo que fundamentos de correção ou fundamentos definitivos vençam fundamentos de objetivo (incorporados em diretivas e com uma natureza gradual, que não está presente nos princípios em um sentido restrito). É verdade, contudo, que esses obstáculos (a necessidade de estabelecer uma certa ordem de princípios para articular a dimensão moral e a dimensão instrumental do raciocínio jurídico) podem ser dirimidos por meio das noções de ‘peso abstrato’ e ‘carga da argumentação’. Isso nos leva ao terceiro ponto que eu quero discutir: ponderação.

3. A fórmula de ponderação de Alexy e seus críticos

Como eu mencionei no início deste artigo, a teoria da ponderação de Alexy é tão amplamente conhecida, pelo menos no contexto do mundo latino, que a introdução é quase supérflua. Se eu digo ‘quase’ é porque, de fato, quando a teoria de Alexy sobre ponderação é ou apresentada ou usada, isso nem sempre é feito em um modo leal. Por conseguinte, eu irei fazer uma apresentação aqui de sua teoria; mesmo que concisamente.

A ideia fundamental é que as regras são aplicadas por subsunção, enquanto os princípios pedem um processo de ponderação. Particularmente, Alexy tenta construir uma racionalização do emprego pelos

inquestionável. A sua insistência em construir a fórmula em termos matemáticos e em defender a necessidade de atribuir valores aritméticos a cada elemento têm confundido muitos a pensar que o fio para a argumentação nesses casos encontra-se na fórmula mesma, em vez de onde ele verdadeiramente se acha: no processo de atribuição desses valores. Mais além, na minha opinião, a - mesmo que tencionada puramente metaforicamente - linguagem matemática na fórmula arrisca, usando a elaboração de Vaz Ferreira,³⁶ nós a fazer cometer a falácia (paralogismo) da falsa precisão: fazer outros acreditar que recorrendo a uma terminologia matemática ganha-se precisão, quando isso não é o caso. A estrutura da ponderação de Alexy é, na minha opinião, realmente útil e pode servir de condutor para racionalizar este tipo de operação. Contudo, para essas finalidades, é muito melhor não abordar ela como um cálculo a ser executado, mas meramente como uma série de condições a satisfazer ou questões críticas que devem ser colocadas (como: esta medida é necessária? Ela é idônea? Implica ela uma interferência intensa em outro bem ou direito?, etc.) o que, certamente, pode contribuir para evitar uma decisão arbitrária.

III. Epílogo

A Robert Alexy foi conferido um doutorado honoris causa pela universidade de Alicante, minha universidade, alguns anos atrás. Na minha *Laudatio* eu escrevi sobre ele:

‘Alguém poderia dizer que Robert Alexy satisfaz todas as propriedades - virtudes - que - supostamente - caracterizam um professor alemão, exceto duas: seus escritos são claros e não têm um único pedaço de pedantismo. Mesmo que, às vezes, eu tenha discordado em algumas de suas posições teóricas, sempre tive a impressão ao mesmo tempo que sua obra trata dos fundamentos tópicos da filosofia jurídica e que as soluções que ele oferece não só pretendem ser corretas, mas também realmente estão corretas.’³⁷

36 Ver Carlos Vaz Ferreira, *Lógica viva* (Buenos Aires: Losada, 1962).

37 Manuel Atienza, *Laudatio*, in *Doxa* 32 (2009), pp. 49-66.

1. O centro: pretensão de correção

O centro ou o ponto arquimediano do sistema do não positivismo é o argumento da correção.⁵ Esse argumento diz que o direito necessariamente levanta uma pretensão de correção, e que essa pretensão refere-se não somente à dimensão real do direito, mas também à sua dimensão ideal,⁶ isto é, à correção moral, sobretudo, à justiça.⁷ O argumento da correção é a fonte da conexão necessária entre o direito e a moralidade. Por conseguinte, não é surpreendente que muitas objeções foram levantadas contra ele.⁸ Essas objeções não podem ser discutidas aqui. No presente contexto, somente um ponto é de interesse. Kelsen aparentemente associa uma certa tese a todas as formas de não positivismo, nomeadamente, a ideia que “um sistema social imoral não é direito pressupõe uma moralidade absoluta, isto é, uma moralidade que é válida em toda parte e a qualquer hora”.⁹ Essa ideia de Kelsen parece referir-se a uma moralidade que está ligada com três quantificadores universais, isto é, com três “todos”: todos os lugares no espaço, todos os pontos no tempo e - embora não explicitamente, isso está implícito na proposição citada - todas as questões morais. Eu aprovo completamente

5 Ver sobre isso, Alexy, *The Argument from Injustice* (n. 3 above), 35-9.

6 Robert Alexy, *Legal Certainty and Correctness*, *Ratio Juris* 28 (2015), 444

7 Alexy, *The Dual Nature of Law* (n. 4 above), 168-72

8 Ver, por exemplo, Eugenio Bulygin, *Alexy und das Richtigkeitsargument*, in: *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, ed. Aulis Aarnio, Stanley L. Paulson, Ota Weinberger, Georg Henrik von Wright, and Dieter Wyduckel, Berlin 1993, 19-24; Robert Alexy, *Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments* in: *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, ed. Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright, and Ruth Zimmerling, Berlin 1997, 235-50; Eugenio Bulygin, *Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality*, *Ratio Juris* 13 (2000), 133-7; Robert Alexy, *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, *Ratio Juris* 13 (2000), 138-47; Eugenio Bulygin, *Alexy Between Positivism and Non-positivism*, in: *Neutrality and Theory of Law*, ed. Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, and Diego M. Papayannis, Dordrecht 2013, 49-59; Robert Alexy, *Between Positivism and Non-positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin*, in: *Neutrality and Theory of Law* (this note), 225-38.

9 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, trans. (from the 2nd German Edition, 1960) Max Knight, Berkeley and Los Angeles 1967, 68

com Kelsen que uma tal moralidade não existe e, por isso, não pode ser o resultado da “cognição científica”.¹⁰ Mas essa forma mais radical de cognitivismo moral, de modo nenhum, é um pressuposto da tese da pretensão de correção e, com isso, do não positivismo. Sem dúvida, a tese da pretensão de correção perderia seu sentido se em toda parte tudo fosse sempre moralmente possível. Nesse caso, somente decisões - na teoria de Kelsen, decisões apoiadas por autorização - dominariam a ordem do dia. Reagindo a essa tese da decisão, contudo, existe a tese da argumentação. Ela diz que argumentação racional sobre questões morais é possível, pois existe um sistema de regras, princípios e formas do discurso prático racional.¹¹ A teoria do discurso não diz que existe somente uma resposta correta em todos os casos. Mas ela diz que algumas respostas são discursivamente necessárias, algumas discursivamente impossíveis e algumas meramente discursivamente possíveis. Discursivamente necessário é o que é pedido pelas regras do discurso ou direta ou indiretamente, isto é, com referência ao procedimento do discurso. Os direitos humanos e a democracia pertencem a isso.¹² Discursivamente impossível é o que é excluído pelas regras do discurso. O princípio racial (*Rassenprinzip*) e o princípio do condutor (*Führerprinzip*), como constitutivos do terceiro Reich, pertencem a isso. Discursivamente meramente possível é o que pode ser justificado sem violação das regras do discurso, embora o contrário também possa ser justificado sem violação das regras do discurso. Isso se aplica ao nível abstrato, que concerne, *inter alia*, aos direitos humanos como tais, assim como ao nível concreto, que concerne, no caso dos direitos humanos, sobretudo, à sua aplicação por meio da análise da proporcionalidade.¹³ A ampla área de mera possibilidade discursiva, que compreende o que Rawls chama de “desacordo racional”,¹⁴ não retira a pretensão de correção de seu sentido. Todavia, quando um caso não pode ser resolvido por argumentos, uma decisão torna-se necessária, em tribunais e parlamentos,

10 Kelsen, *Pure Theory of Law* (n. 9 above), 63

11 Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation* (1st pub. 1978), trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford 1989, 187-206

12 Robert Alexy, *Discourse Theory and Human Rights*, *Ratio Juris* 9 (1996), 220-33

13 Robert Alexy, *The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights*, *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), 46-7

14 John Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993, 55

normalmente uma decisão majoritária. Essa é uma solução que pertence à dimensão real do direito. Mas com a pretensão de correção, a dimensão ideal permanece viva como uma ideia regulativa. Correção como uma ideia regulativa implica que a resolução institucional do desacordo permanece aberta para argumentação futura.¹⁵

2. Estrutura conceitual: dois elementos

Estruturas conceituais podem ser mais ou menos elaboradas. Aqui, somente dois elementos são de interesse: a distinção entre a perspectiva do observador e do participante e a distinção entre conexões classificadoras e qualificadoras entre direito e moralidade.

a) Perspectiva do observador e do participante

A distinção entre a perspectiva do observador e do participante¹⁶ é de fundamental importância para a construção da relação entre positivismo e não positivismo. No sistema do não positivismo a perspectiva do observador é, com uma pequena exceção,¹⁷ uma perspectiva positivista, em contraste com a perspectiva do participante que é essencialmente uma perspectiva não positivista. O observador coloca questões sobre e aduz argumentos em nome de uma posição que reflete como questões jurídicas são realmente decididas em um sistema jurídico, enquanto o participante coloca questões sobre e aduz argumentos em nome do que ele acha ser a resposta correta para uma questão jurídica no sistema jurídico em que ele está. A perspectiva do observador é definida pela questão “Como as decisões jurídicas são realmente tomadas?” e do participante pela questão “Qual é a resposta jurídica correta?” Essas duas questões pedem diferentes tipos de argumentos. O observador está limitado a argumentos basea-

15 Alexy, *The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights* (n. 13 above), 47

16 Alexy, *The Argument from Injustice* (n. 3 above), 25

17 Essa exceção resulta da pretensão de correção. Um sistema de regras sociais que não apresenta uma pretensão de correção não é um sistema legal; Alexy, *The Argument from Injustice* (n. 3 above), 34. Essa verdade conceitual concerne, primeiro, à dimensão ideal e é, segundo, inevitável para aquele que se qualifica única e exclusivamente como um observador.