

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

ROBERTA MAGALHÃES GUBERT

MAUERSCHÜTZEN (O CASO DOS ATIRADORES DO MURO) E A
PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DE
ROBERT ALEXY: APORTES HERMENÊUTICOS AO DEBATE
ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

PROF. DR. LENIO LUIZ STRECK
ORIENTADOR

SÃO LEOPOLDO

2006

ROBERTA MAGALHÃES GUBERT

**MAUERSCHÜTZEN (O CASO DOS ATIRADORES DO MURO) E A
PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DE
ROBERT RLEXY: APORTES HERMENÊUTICOS AO DEBATE
ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA
JUNTO AO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO
DOS SINOS (UNISINOS), PARA OBTENÇÃO DO
TÍTULO DE MESTRE EM DIREITO PÚBLICO.

PROF. DR. LENIO LUIZ STRECK

ORIENTADOR

SÃO LEOPOLDO

2006

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

G921m Gubert, Roberta Magalhães

Mauerschützen(o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre direito e moral. / por Roberta Magalhães Gubert. – 2007.

171 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos

Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.


“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, Ciências Jurídicas”.

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Mauerschützen (o caso dos atiradores do muro) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre Direito e Moral**”, elaborada pela aluna Roberta Magalhães Gubert, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de fevereiro de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

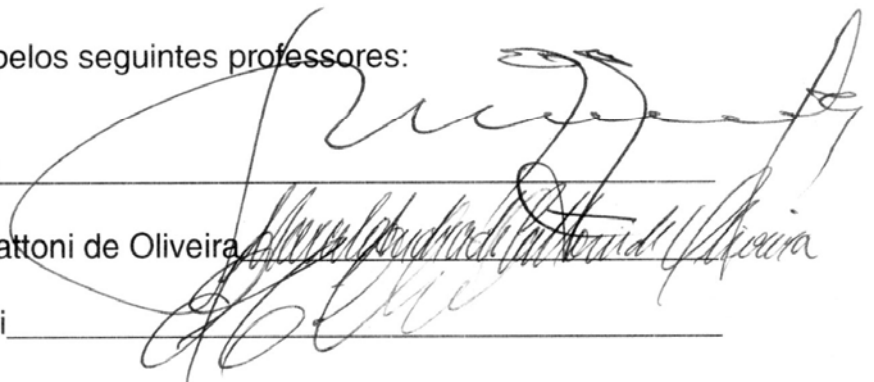
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

Membro: Dr. André Luis Callegari



Aos meus pais, Celia e Paulo, meus grandes exemplos, pelo apoio incondicional.

Ao André, por estar na minha vida e ser exatamente do jeito que é.

Meus sinceros agradecimentos:

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, orientador deste trabalho, e norte do meu mundo acadêmico;

Aos Professores deste PPGD, na pessoa do Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes, pelo aprendizado, pela presença e pela amizade;

Ao Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ) e, especialmente, ao Conselheiro Alfredo Copetti Neto, que se tornou um grande amigo;

À Henriete Karam, primeiro amiga, antes de qualquer outro título, pelo incentivo e pelo auxílio na correção do trabalho;

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo importante auxílio na realização deste trabalho.

*Quem, se eu gritasse, ouvir-me-ia na hierarquia
dos anjos? E mesmo que um deles me apertasse,
de repente, ao seu coração: eu padeceria perante sua
existência mais forte. Pois o Belo nada mais é
do que o começo do Terrível que ainda suportamos;
e o admiramos porque, sereno, desdenha
destruir-nos. Todo anjo é terrível.*

Rainer Maria Rilke

RESUMO

O presente trabalho busca investigar a relação entre direito e moral proposta por Robert Alexy, bem como criticar, com base no paradigma hermenêutico, o uso de uma moral corretiva nos termos por ele defendidos. Para tanto, a partir dos casos das mortes de fugitivos ocorridas na fronteira da extinta RDA - denominado o *caso dos atiradores do muro* - e julgados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que ilustram a posição do autor sobre a relação entre direito e moral, se expõe os principais elementos da teoria alexyana - especialmente a pretensão de correção - que permitem identificar a relação, por ele proposta, entre direito e uma moral que o corrige. Por fim, procura-se desenvolver a crítica a este entendimento com base no paradigma hermenêutico, apontando para uma compreensão mais adequada do papel da moral e de sua relação com o direito, no contexto do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: direito - moral - Robert Alexy - regras - princípios - valores - caso dos atiradores do muro - Fórmula Radbruch - injustiça - pretensão de correção - hermenêutica - Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present paper seeks to investigate the relation between law and morality as proposed by Robert Alexy, as well as criticize, based on the hermeneutical paradigm, the use of a corrective morality in the terms defended by the author. Using as starting point the death cases of fugitives in the extinct RDA's border - named the wall shooter's case - trialed by the German Constitutional Federal Court, that illustrate the author's opinion about the relation between law and morality, it presents the main elements of Alexy's theory - especially the claim to correctness - which allows to identify the relation, by him proposed, between law and a morality that corrects it. At the end, the dissertation seeks to criticize this understanding, based on the hermeneutical paradigm, pointing in to the direction of an comprehension more suitable to the role that morality and its relation with law should play in the context of a Constitutional Democracy.

KEY WORDS: law - moral - Robert Alexy - rules - principles - values - wall shooter's case - Radbruch's Formula - injustice - claim to correctness - hermeneutics - Constitutional Democracy.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	10
CAPÍTULO 1 - MAUERSCHÜTZEN (O CASO DOS ATIRADORES DO MURO) E A APLICAÇÃO DA FÓRMULA RADBRUCH	14
1.1 O CASO DOS ATIRADORES DO MURO: SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO, MORAL E PUNIBILIDADE	15
1.1.1 Os fatos	17
1.1.2 A decisão do Tribunal Supremo Federal Alemão	19
1.1.2.1 Sobre o direito positivo vigente à época do fato na República Democrática Alemã (RDA)	19
1.1.2.2 A aplicação da Fórmula Radbruch	24
1.1.2.3 A questão da proibição de retroatividade	27
1.1.2.4 A questão da culpabilidade	30
1.2 A DECISÃO MAUERSCHÜTZEN PROFERIDA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO	32
1.2.1 O recurso constitucional do guarda da fronteira	32
1.2.1.1 Os fatos	33
1.2.1.2 A sentença do Tribunal Territorial de Berlim	34
1.2.1.3 A sentença do Tribunal Supremo Federal	35
1.2.2 O recurso constitucional dos membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA	38
1.2.3 A decisão do Tribunal Constitucional Federal	40
1.2.3.1 A validade <i>absoluta</i> do artigo 103, parágrafo segundo, da Constituição Alemã ..	41
1.2.3.2 A aplicação da Fórmula Radbruch	43
1.2.3.3 O princípio da culpabilidade	44
1.3 A FÓRMULA RADBRUCH	45
1.3.1 Breve panorama teórico	46
1.3.2 Arbitrariedade legal e Direito supralegal	50
1.3.2.1 O caso Puttfarken vs. Göttig	50
1.3.2.2 A injustiça extrema não é direito	52
1.4 O DEBATE LON FULLER VS. H. L. A. HART SOBRE A APLICAÇÃO DA FÓRMULA RADBRUCH AO CASO DA INFORMANTE RANCOROSA	55
1.5 ROBERT ALEXY EM DEFESA DA FÓRMULA RADBRUCH	58
CAPÍTULO 2 - DIREITO E MORAL NA OBRA DE ROBERT ALEXY: A PRETENSÃO DE CORREÇÃO	62
2.1 CONCEITO E VALIDADE DO DIREITO: UMA CONCEPÇÃO DE DIREITO NÃO POSITIVISTA	63

2.1.1	O conceito de direito não positivista e a tese da relação conceitual entre direito e moral	64
2.1.1.1	O argumento de correção	67
2.1.1.2	O argumento da injustiça	69
2.1.1.3	O argumento dos princípios	78
2.1.2	A validade do direito	84
2.1.2.1	O conceito sociológico de validade	85
2.1.2.2	O conceito ético de validade	85
2.1.2.3	O conceito jurídico de validade	86
2.1.3	Uma proposta de definição	87
2.2	O MODELO DE TRÊS NÍVEIS DO SISTEMA JURÍDICO	87
2.3	A PRETENSÃO DE CORREÇÃO NA TESE DO CASO ESPECIAL	98
2.4	UMA TESE FRACA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA	101
2.5	BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRETENSÃO DE CORREÇÃO	103
2.5.1	O conceito de pretensão de correção	104
2.5.2	As implicações morais da pretensão de correção	107
 CAPÍTULO 3 - APORTES HERMENÊUTICOS AO DEBATE ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: UMA CRÍTICA À PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO DIREITO DEFENDIDA POR ROBERT ALEXY		111
3.1	AS CONTRIBUIÇÕES DO PARADIGMA HERMENÊUTICO PARA A ADEQUADA COMPREENSÃO DOS PAPÉIS DESEMPENHADOS PELO DIREITO E PELA MORAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .	112
3.1.1	O problema da distinção entre regras e princípios	126
3.1.2	O problema da distinção entre casos fáceis e difíceis	129
3.1.3	A tese da resposta hermeneuticamente correta e o debate sobre a adequada relação entre direito e moral no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito	132
3.2	A PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO DIREITO E O CARÁTER CORRETIVO DA MORAL EM ROBERT ALEXY	138
3.3	O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO CASO MAUERSCHÜTZEN	146
 CONSIDERAÇÕES FINAIS		149
 BIBLIOGRAFIA		157

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O julgamento dos envolvidos nas mortes que ocorreram na fronteira interna entre a República Democrática Alemã (RDA) e a República Federal da Alemanha (RFA) – denominado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão de *Mauerschützen* ou *caso dos atirados do muro* –, bem como o posicionamento adotado por Robert Alexy sobre o caso, ilustra um dos temas de maior relevância para a teoria contemporânea do direito: a investigação acerca da relação entre o direito e a moral.

Diante do fracasso do positivismo em lidar com a complexidade social e do surgimento das Constituições principiológicas e compromissárias do segundo pós-guerra – que, preenchidas por valores que buscam resgatar e proteger as promessas da modernidade, caracterizam os Estados Democráticos (e Sociais) de Direito –, ressurgiu a questão da moralidade e do papel a ser desempenhado pela mesma, no contexto jurídico. Diversas são as teorias que, com seus diferentes paradigmas, tentam explicar a relação entre direito e moral – tema que hoje ocupa posição central no debate acadêmico e é de fundamental importância para a filosofia e a teoria do direito –, e, nesse cenário, Robert Alexy e sua Teoria da Argumentação Jurídica merecem lugar de destaque.

O presente trabalho busca compreender, especificamente, o papel desempenhado pela moral na construção teórica de Alexy. Para isso, propõe-se a identificar o posicionamento do autor a respeito do tema – não apenas em sua vasta bibliografia, mas, também, pelo exemplo privilegiado do *caso dos atiradores do muro*, sobre o qual Alexy se manifestou em diversas ocasiões. Pretende-se, ainda, apresentar o entendimento do paradigma hermenêutico sobre esta questão, destacando a crítica ao uso alexyano de uma moral que visa a *corrigir* o direito.

Vale destacar, ainda, que o presente trabalho de forma alguma tem a pretensão ou incorrerá na ingenuidade de tentar abarcar toda a extensa obra de Alexy – em especial, de sua teoria argumentativa –, ficando circunscrito,

exclusivamente, ao campo conceitual e às posições teóricas que importam para o tema em pauta – a relação entre moral e direito e o papel corretivo da primeira sobre o segundo.

Não obstante Robert Alexy seja um autor conhecido no Brasil, sendo seus trabalhos citados e debatidos com frequência em nosso meio acadêmico, o tema ora proposto é quase inédito – a discussão de sua obra, normalmente, se limita a temas relativos aos direitos fundamentais e à sua teoria da argumentação jurídica. Acerca de seu conceito de direito e de sua concepção sobre a relação entre direito e moral, a bibliografia em língua portuguesa é bastante escassa, diferentemente das inúmeras traduções de seus textos para outros idiomas, bem como da expressiva produção de seus diversos comentadores estrangeiros.

Em relação à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o *caso dos atiradores do muro* ocorrido na extinta RDA, a situação não é muito diferente, pois, com exceção de algumas breves referências, o tema é absolutamente novo no debate acadêmico brasileiro e ainda não recebeu o merecido destaque por parte da doutrina nacional – uma vez que não existem, no Brasil, estudos detalhados que apresentem de forma sistemática os fatos e as fundamentações teóricas que envolvem a questão, bem como se desconhece traduções, para o português, dos inúmeros artigos que se ocupam dos casos.

No presente trabalho, a análise dos casos importa como exemplo privilegiado do entendimento de Alexy sobre a relação entre direito e moral. Nesse sentido, cabe ressaltar que a apresentação dos casos não será abordada no âmbito da questão penal – para os quais de forma alguma se pretende firmar um posicionamento. Os casos serão abordados, tão-somente, a título de ilustração da concepção de direito e de vinculação deste com a moralidade, dando-se especial destaque para a Fórmula Radbruch, que embasa a fundamentação das decisões proferidas e que é, também, elemento central para o conceito de direito de Alexy.

A crítica realizada contra as concepções de Alexy fundamenta-se no paradigma hermenêutico e na crítica hermenêutica do direito e tem sido desenvolvida, de forma inovadora e exclusiva, por Lenio Luiz Streck, orientador

desta dissertação e idealizador do tema em questão. Nesse sentido, é importante destacar que o presente trabalho é consequência direta dos estudos e pesquisas realizados junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, especialmente na linha de pesquisa *Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos*, que de há muito vem propondo uma reflexão crítica sobre os temas relacionados à hermenêutica jurídica de base *heideggeriana* e *gadameriana*, em busca de um direito compromissado em realizar as promessas constitucionais e solidificar o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Para alcançar o desenvolvimento do tema recém delineado, a presente dissertação está estruturada em três capítulos, que dispõem o conteúdo da maneira a seguir exposta.

O primeiro capítulo apresenta os fatos e os fundamentos das decisões proferidas nas diversas instâncias que julgaram o caso *Mauerschützen*, bem como a jurisprudência firmada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão sobre este e outros casos similares. Uma vez que o principal argumento utilizado pelas cortes alemãs é a Fórmula Radbruch, o trabalho se preocupa, também, em identificar o panorama histórico e teórico que envolve o autor desta formulação – Gustav Radbruch –, bem como os elementos que compõe a fórmula. Para fins de enriquecimento do debate, apresenta-se, ainda, o debate teórico travado entre Hart e Fuller sobre a utilização da referida fórmula. Por fim, é apresentada a posição teórica de Alexy sobre os referidos julgamentos e sobre a aplicação da Fórmula Radbruch aos mesmos.

O segundo capítulo expõe o tratamento dado à pretensão de correção do direito e suas implicações na relação existente entre direito e moral, em diversas passagens da obra de Robert Alexy. Primeiramente, se examina a teoria do autor sobre o conceito e a validade do direito, abordando de forma detalhada os argumentos da correção, da injustiça e dos princípios, que, centrais em sua teoria, deixam transparecer sua opinião sobre o papel exercido pela moral no âmbito do direito. A seguir, para a melhor compreensão do conjunto da obra de Alexy, apresenta-se o modelo de sistema jurídico por ele proposto, que se constitui de três níveis, sendo o último destes os procedimentos que ficam a

cargo de sua Teoria da Argumentação Jurídica. Por conseqüência disso, o próximo ponto a ser trabalhado é o desenvolvimento teórico dado à pretensão de correção no âmbito dos procedimentos, ou seja, na *tese do caso especial*; examina-se, ainda, a opinião do autor sobre a tese da única resposta correta, que, em razão de seu paradigma procedimental-argumentativo, propõe uma leitura fraca para a tese da única resposta. Por fim, retoma-se a questão da pretensão de correção para, angariando os argumentos de Alexy a favor da pretensão de correção do direito e da relação necessária e conceitual entre direito e moral, analisar em que medida, na construção teórica deste autor, a moral desempenha um papel de correção do direito.

No terceiro e último capítulo, são expostos os elementos centrais do paradigma teórico que possibilitará a crítica a ser desenvolvida. A partir das bases da hermenêutica jurídica e, mais especificamente, da hermenêutica crítica do direito desenvolvida por Lenio Luiz Streck, é apresentado o que se entende por uma compreensão adequada do papel a ser exercido pelo direito e pela moral em um Estado Democrático de Direito. A partir desse posicionamento teórico, se desenvolve a crítica à moral corretiva de Alexy, apontando que as construções teóricas do autor autorizam tal crítica, bem como se explicita a divergência de entendimento, do ponto de vista da hermenêutica. Por fim, são retomados os casos da RDA, que constituem exemplo privilegiado e cuja análise possibilita demonstrar o modo como opera a moral corretiva em Alexy.

CAPÍTULO 1

MAUERSCHÜTZEN (O CASO DOS ATIRADORES DO MURO)

E A APLICAÇÃO DA FÓRMULA RADBRUCH

O presente capítulo pretende abordar a utilização da Fórmula Radbruch nas decisões proferidas pelo judiciário alemão, quando do julgamento dos envolvidos nas mortes ocorridas na fronteira interna entre a Alemanha oriental e a Alemanha ocidental; busca, ainda, identificar o papel desempenhado por esta fórmula no conceito de direito proposto por Robert Alexy.

Para tanto, propõe-se, inicialmente, a realizar uma incursão no primeiro caso julgado pelas cortes alemãs sobre o tema acima referido - *Mauerschützen* (1.1) - trazendo os fatos que envolvem o processo (1.1.1) e a fundamentação utilizada na decisão proferida pelo Tribunal Supremo Federal alemão (1.1.2), bem como contrastando, esta última, com a opinião divergente que Robert Alexy apresenta para o desfecho do caso.

Em seguida, irá se proceder ao exame da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, sobre as mortes ocorridas na fronteira interna e no muro de Berlim (1.2), examinado o objeto dos recursos constitucionais interpostos por um dos guardas da fronteira (1.2.1) e por membros do Conselho Nacional de Defesa da República Democrática Alemã (RDA) (1.2.2), responsabilizados por diversas das mortes ocorridas. Também se realizará a análise dos fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional (1.2.3) - validade do artigo 103, parágrafo 2, da Lei Fundamental (1.2.3.1), aplicação da Fórmula Radbruch (1.2.3.2) e princípio da culpabilidade (1.2.3.3) - apontando, sempre, quais os pontos de discordância levantados por Robert Alexy.

Posteriormente, será realizada a abordagem da Fórmula Radbruch, apresentando um breve panorama teórico de Gustav Radbruch, nos períodos anterior e posterior à Segunda Guerra Mundial (1.3.1), com o objetivo de analisar, com maior cuidado, sua obra *Arbitrariedade legal e direito supralegal*

(1.3.2), em especial a solução proposta pelo autor para o caso *Puttfarken vs. Gottig* (1.3.2.1) e os principais elementos que compõem sua formulação, de que a injustiça extrema não é direito (1.3.2.2).

Será apresentado, ainda, em breves linhas, o debate travado pelos autores Lon Fuller e H. L. A. Hart (1.4) sobre a adoção e a aplicação da referida fórmula ao caso da informante rancorosa, destacando os principais pontos de divergência entre os autores, respectivamente, jusnaturalista e positivista.

Por fim, será trabalhada uma das mais relevantes utilizações da Fórmula Radbruch na contemporaneidade, qual seja, a adoção da referida fórmula, proposta por Robert Alexy, como um dos elementos de seu conceito de direito (1.5). Para empreender sua veemente defesa, Alexy levanta os principais elementos da fórmula radbruchiana e responde a algumas críticas.

1.1 O CASO DOS ATIRADORES DO MURO: SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO, MORAL E PUNIBILIDADE

Durante os anos que se estendem de 1949 a 1961, mais de dois milhões e meio de pessoas fugiram da República Democrática Alemã (RDA) em direção à República Federal da Alemanha (RFA)¹, sendo que, em alguns períodos, foram registradas quase duas mil fugas diárias².

Para impedir o número crescente de fugitivos, na noite de 13 de agosto de 1961, deu-se início à construção de um muro na cidade de Berlim e ao fortalecimento da segurança – através de instalação de minas terrestres, minas de fragmentação e postos de vigilância –, em toda a extensão da fronteira *interna* entre as duas Alemanhas³.

¹ Informações fornecidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, na sentença de 22 de março de 2001, sobre o caso *Streletz, Kessler, Krenz versus Alemanha*. Informação confirmada por BULAU, Doris. *A construção do muro de Berlim*. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,608522,00.html>>. Acesso em 01/09/2006.

² BULAU, *A construção...*, [s.p.].

³ Idem, *ibidem*.

No período de vinte e oito anos que se seguiram à construção do muro e ao reforço da segurança no território de fronteira entre os dois países, muitas pessoas morreram tentando escapar em direção ao oeste.

Com a queda do muro de Berlim, em 9 de novembro de 1989, decorrente da dissolução da República Democrática Alemã e da reunificação da Alemanha, os tribunais foram incitados a se manifestar acerca das mortes ocorridas na fronteira interna. Inicialmente, o número de mortos contabilizados pelas autoridades da RFA foi de duzentos e sessenta e quatro pessoas⁴. Entretanto, com o fim do último julgamento sobre o caso, em 9 de novembro de 2004, data exata em que se comemorou 5 anos da queda do muro, iniciaram-se trabalhos de pesquisa para confirmar o verdadeiro número de vítimas.

No ano de 2005 foram divulgados resultados parciais dessa pesquisa, realizada por pesquisadores da Associação do Muro de Berlim em parceria com o Centro para Pesquisa da História Contemporânea, situado em Potsdam. Dos 268 casos investigados, foram confirmados com absoluta certeza 125 mortes, outros 62 casos já foram descartados e os 81 restantes ainda estão sob investigação⁵.

Importante ressaltar que entre as 125 vítimas confirmadas, encontram-se não apenas civis que tentavam escapar do regime autoritário, mas também pessoas que foram atingidas por disparos ocorridos durante incidentes e conflitos no território de fronteira e, ainda, soldados que realizavam a segurança do local.

Um desses casos arrecadou grande notoriedade no mundo jurídico e acadêmico, denominado *Mauerschützen* ou “o caso dos atiradores do muro” e julgado pelo Tribunal Supremo Federal alemão (*Bundesgerichtshof*) em 3 de

⁴ Este dado é fornecido no voto emitido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 22 de março de 2001, sobre o caso *Streletz, Kessler e Krenz versus Alemanha*. Vale ressaltar que existem diversas informações contraditórias sobre a verdadeira cifra. A Procuradoria Geral da RFA, inicialmente, divulgou o número de 262 casos, enquanto que a Associação do Muro de Berlim apontava para 268 casos, já o “Partido dos Trabalhadores 13 de Agosto” divulgaram um número muito mais expressivo, afirmando a existência de 938 casos.

⁵ Dados fornecidos por CORBETT, Deanne. *Muro de Berlim faz pelo menos 125 vítimas*. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,2128366,00.html>>. Acesso em: 01/09/2006.

novembro de 1992, este processo ficou marcado por sua controversa temática e pela fundamentação jusfilosófica de sua decisão.

Um dos autores que mais estudou o tema foi Robert Alexy, publicando, em 1993, o renomado artigo *O caso dos atiradores do muro. Acerca da relação entre direito, moral e punibilidade*⁶, inteiramente dedicado à análise dos elementos que compõe o julgamento deste caso.

1.1.1 Os fatos

Em 1º de dezembro de 1984, às 3h e 15min da manhã, Michael-Horst Schmidt, com vinte anos de idade, tentou pular o muro de Berlim⁷, utilizando-se de uma escada de quatro metros de comprimento. W., cabo da RDA, com 20 anos de idade, e H., soldado da RDA, com 23 anos de idade, encontravam-se, a 130 metros de distância, em uma torre de guarda, vigiando o local.

Michael-Horst foi avistado pelas sentinelas logo depois de ultrapassar o primeiro muro, que naquele trecho media 3,25 metros de altura. Para alcançar Berlim ocidental ainda seria necessário cruzar uma faixa de terra de 29 metros de largura, um alambrado, de 2,5 metros de altura, que emitia sinais visuais e sonoros em caso de contato, e um segundo muro, com 3,5 metros de altura.

Ao perceber a tentativa de fuga, o cabo W. enviou o soldado H. para a faixa de terra entre os muros, a fim de que este gritasse para o fugitivo parar. Michael-Horst, entretanto, ignorou os gritos do soldado e continuou a correr, acionando os alarmes de pare ao escalar o alambrado. Foi quando o fugitivo chegou ao segundo muro, posicionou sua escada e iniciou a escalada, sem quaisquer dificuldades, que as sentinelas decidiram atirar em direção ao objeto, como única forma de impedir a fuga.

⁶ O texto original é: ALEXY, Robert. *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Hamburg, 1993.

⁷ O Muro de Berlim era composto por dois muros, cada um com cerca de três metros de altura ou mais, entre esses muros existia um franja, com cerca de 20 a 30 metros de largura, ocupada por torres de observação, arames farpados, sirenes e outros meios que dificultassem a passagem de fugitivos.

A uma distância de 110 metros do muro, H. realizou 25 disparos ininterruptos; W., localizado na torre de vigilância, a 150 metros do local, efetuou 27 disparos ininterruptos; embora ambos tenham mirado nas pernas do fugitivo, Michael-Horst foi atingido duas vezes (costas e joelho), já quando atingia o topo do segundo muro. Uma vez que havia alcançado o outro lado do muro, a assistência do ferido já não era de responsabilidade dos soldados. Duas horas após os disparos, Michael-Horst foi enviado ao hospital, onde faleceu às 6h e 20min da manhã. A primeira sentença do caso afirma que em caso de atendimento médico imediato os ferimentos poderiam não ter sido letais.

Em 5 de fevereiro de 1992, o Tribunal Territorial de Berlim⁸ condenou ambos os soldados por homicídio em co-autoria, impondo ao cabo W. – menor de idade na época do fato – uma pena juvenil de um ano e seis meses e ao soldado H. – maior de idade na época do fato – uma pena privativa de liberdade de um ano e nove meses. A execução de ambas as penas foi suspensa condicionalmente.

As condenações do Tribunal de Berlim foram fundamentadas na conclusão de que – frente ao princípio do Estado de Direito, de forma geral, e do princípio da proporcionalidade, em específico – as condutas não estavam justificadas pelo artigo 27 da Lei de Fronteiras da RDA⁹, que autorizava o uso de disparos de arma de fogo para impedir o cometimento de crimes¹⁰, sendo a tentativa de fuga crime punível com pena privativa de liberdade de 1 a 8 anos, conforme previsão do parágrafo 213, inciso 3º, do Código Penal da RDA¹¹.

⁸ Landegericht de Berlim, LG Berlin, NStZ 1992, 492.

⁹ SODERO, Eduardo Roberto. Reflexiones iusfilosóficas sobre el caso de los guardianes del muro. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 293.

¹⁰ Lei de Fronteiras da República Democrática Alemã (DDR-Grenzgesetz), parágrafo 27: “O emprego de armas de fogo será lícito para evitar a iminente execução ou a continuação de um fato punível (infração penal) que de acordo com as circunstâncias se apresenta como um crime. Também está justificado para deter pessoas altamente suspeitas de terem cometido crimes”.

¹¹ ALEXY, Robert. Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 174.

1.1.2 A Decisão do Tribunal Supremo Federal Alemão

Inconformados com a decisão dada ao caso, ambos os soldados interpuseram Recursos de Revisão junto ao Tribunal Supremo Federal¹², cuja sentença¹³, de 3 de novembro de 1993, entendeu, em definitivo, que os recursos interpostos eram infundados. A decisão proferida é dividida em quatro grandes questões, como se apresenta a seguir.

1.1.2.1 Sobre o direito positivo vigente à época do fato na República Democrática Alemã (RDA)

O fato objeto deste julgamento, que ocorreu na extinta RDA – ainda sob a vigência de seu ordenamento –, foi cometido por cidadãos da RDA contra outro cidadão também da RDA¹⁴. O Tratado de Reunificação da Alemanha, de 3 de outubro de 1990, em seu artigo 8º, torna vigente em todo território da recém-desaparecida RDA, a partir de sua data, o direito federal aplicado na RFA, salvo nos casos expressamente previstos em contrário pelo Tratado de Reunificação e seu Anexo I¹⁵.

Dentre as exceções previstas pelo Anexo I, está a alteração do artigo 315 da Lei de Introdução ao Código Penal da RFA, que passa a aceitar a aplicação do parágrafo 2º do Código Penal – que prevê o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica – aos fatos ocorridos na RDA antes de seu ingresso, mesmo quando os demais preceitos do direito penal da RFA não sejam aplicáveis¹⁶.

Desta forma, o Tribunal Supremo Federal alemão entendeu que os disparos ocorridos no muro não poderiam ser julgados pela legislação federal da

¹² *Bundesgerichtshof*.

¹³ BGH, NJW 1993, 141.

¹⁴ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 171.

¹⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 171.

¹⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 172.

RFA. Segundo o artigo 315, inciso 1, da Lei de Introdução ao Código Penal, combinado com o parágrafo 2º, inciso 1, do Código Penal, o comportamento do guardas somente poderia ser sancionado penalmente se o ato praticado fosse crime previsto pelo direito penal vigente na RDA à época do fato¹⁷.

Nesse contexto, todo o presente caso, na visão do Tribunal, se baseia em uma questão central: saber se a conduta dos guardas era crime à época do fato. Caso contrário, estes deveriam ser absolvidos.

O crime de homicídio (*Totschlag*) era previsto no parágrafo 112 do Código Penal da RDA (*DDR-StGB*), não obstante, o ato poderia deixar de ser punível caso estivesse permitido por alguma causa de justificação. Dentre estas, existia a previsão do parágrafo 27 da Lei de Fronteiras da RDA, de 25 de fevereiro de 1982, que autorizava a utilização de armas de fogo como último recurso (extremo) para impedir o cometimento de um crime grave ou a fuga de um suspeito de crime grave, mas que somente poderia ser empregada quando nenhum outro meio pudesse ser exitoso¹⁸.

Interessante registrar, com Robert Alexy¹⁹, que o conteúdo do artigo que regulamenta o uso de armas na RDA possui redação idêntica aos preceitos previstos na legislação da RFA sobre o tema, conforme o parágrafo 10, inciso 1, primeira frase, letra a, da *UZwG*²⁰ combinado com o parágrafo 15, inciso 1º, primeira frase, letra a, da *UZwGBw*²¹.

Apesar de manter a condenação dos soldados, o Tribunal Supremo Federal adotou uma fundamentação completamente distinta da utilizada pelo Tribunal de Berlim e criticou fortemente as razões expostas na decisão de primeira instância. Segundo o Tribunal de Berlim, os atos praticados pelos guardas do muro ferem o princípio da proporcionalidade, pois a utilização das

¹⁷ Id., *ibid.*, p. 172.

¹⁸ Lei de Fronteiras da RDA, de 25 de março de 1982, parágrafo 27, inciso 1, frases 1, 2 e 3.

¹⁹ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 173.

²⁰ Lei sobre a aplicação de medidas coercitivas no exercício do poder público por agentes executivos da Federação.

²¹ Lei sobre a aplicação de medidas coercitivas e exercício de competências especiais pelos soldados do exército federal e pelos vigilantes civis.

armas de fogo deveria ter sido feita *tiro a tiro*, da forma mais branda possível, apenas para avisar o fugitivo, e não da maneira como realmente foi feita, com disparos sucessivos e ininterruptos. Ainda, a utilização da arma de fogo como forma de prevenção de um crime não poderia ser entendida como bem superior à preservação da vida humana, que era expressamente protegida pela Constituição da RDA de 6 de abril de 1968, devendo a causa de justificação ser interpretada segundo o princípio do Estado de Direito²².

A crítica feita a esta fundamentação por parte do Tribunal Supremo Federal é no sentido de que a Corte de Berlim fez uma leitura *a posteriori* retroativamente encoberta do caso, ou seja, propondo uma compreensão dos princípios do Estado de Direito e da proporcionalidade que de forma alguma eram concebíveis à época do fato, uma vez que a RDA se caracterizava como um regime autoritário, no qual a transposição não autorizada da fronteira era considerada conduta grave e criminosa²³.

Para Robert Alexy²⁴, a solução proposta pelo Tribunal de primeira instância apresenta uma saída fácil, que evita enfrentar os difíceis problemas delineados pelo caso – a injustiça legal, a questão da retroatividade e a questão da culpabilidade. Segundo este autor, subjaz como fundamento da decisão uma compreensão falsa do que é direito positivo, uma vez que ao direito não pertence somente o texto e a pretensão de correção que lhe integra – como faz parecer a decisão da Corte de Berlim –, mas também uma correspondente *práxis* interpretativa²⁵.

Na concepção do Tribunal Supremo Federal, os fatos do caso autorizam a interpretação da conduta dos guardas como dentro dos limites propostos pelo texto do parágrafo 27, inciso 2º, da Lei de Fronteiras. Neste entendimento, não

²² ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 172-173.

²³ Para tanto, ver o inteiro teor da sentença proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão para o caso *Mauerschützen* [BVerfGE 95,96] e, também, ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 173-174.

²⁴ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 173-174.

²⁵ Sobre o tema da *práxis* interpretativa, ver ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

existem dúvidas de que os soldados atiraram para impedir a fuga, e que o uso dos disparos era a única forma restante, caracterizando a exigência de *medida extrema* do inciso 1º, primeira linha, do referido artigo.

Também não se questiona que a tentativa de fuga era considerada crime socialmente perigoso, uma vez que punido com até 8 anos de pena privativa de liberdade, atendendo aos termos do inciso 2, do mesmo artigo. Ainda, não foi desrespeitada a condição do inciso 5, primeira linha, do parágrafo 27, pois o texto legal não exigia a preservação absoluta da vida, mas sim quando possível²⁶.

Esta interpretação, mais do que possível, a partir do texto legal, era a interpretação predominante à época do fato na RDA – como bem destacou o Tribunal Supremo Federal²⁷. Há que se compreender que em casos como este a prática estatal da RDA se mostrava sempre mais favorável às razões de Estado²⁸.

Conforme expõe Robert Alexy, o entendimento adotado somente poderia ser diverso se o parágrafo 27 da Lei de Fronteiras estivesse em conflito com o direito positivo de hierarquia superior vigente à época – a Constituição da RDA, de 6 de abril de 1968²⁹. Entretanto, nem mesmo esta hipótese se confirmou, pois a Constituição da RDA não conhecia uma proteção jusfundamental à liberdade de saída, tampouco formulava expressamente um direito absoluto à vida e à integridade física³⁰.

O texto constitucional da RDA não era próprio de um Estado de Direito liberal, caracterizando-se por uma compreensão socialista dos direitos

²⁶ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 174-175.

²⁷ BGH, NJW 1993, 141 (144).

²⁸ Esta prática estatal da RDA gera grande polêmica entre os atuais doutrinadores alemães. Acerca do caso dos atiradores do muro é interessante contrapor as posições diametralmente opostas de Ralf Dreier, que critica veementemente o *excesso institucionalizado* praticado pela RDA e entende que os “disparos mortais dirigidos e disparos com aptidão homicida gravemente culposos não estão protegidos pelo parágrafo 27 da DDR-GrnzG”, e Günther Jakobs, que estabelece “o fato da ausência de punibilidade dos guardiões do muro e denomina os fugitivos de sem direitos”, em ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 175.

²⁹ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 176.

³⁰ Embora o artigo 30 da Constituição declarasse inviolável a personalidade e a liberdade dos cidadãos, do qual se depreendia a proteção à vida, esta proteção não era ilimitada e existiam algumas exceções. Dentre as limitações estavam: as legalmente fundamentadas, as imprescindíveis e as legalmente admitidas. Para tanto, ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 176.

fundamentais – em que a razão de Estado preponderava sob os direitos individuais –, e elencou expressamente como bem jurídico constitucional, em seu artigo 7º, a inviolabilidade de suas fronteiras estatais³¹.

Outra questão levantada na decisão do Tribunal Supremo Federal diz respeito à possibilidade de se afastar o parágrafo 27 da Lei de Fronteiras com base no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 19 de dezembro de 1966, do qual a RDA foi signatária³². Esta hipótese, entretanto, também não se verifica.

Embora o texto da legislação internacional traga a previsão da proteção à vida, em seu artigo 6º, e a garantia da liberdade de saída, em seu artigo 12º, parágrafo segundo, que de imediato parecem capazes de suplantar o parágrafo 27 da Lei de Fronteiras, em uma análise mais profunda é duvidoso afirmar a total incompatibilidade entre as legislações, uma vez que a previsão de saída protegida pelo artigo 12 não é absoluta e não proíbe a elaboração de reservas, pois segundo o próprio Pacto “a liberdade de saída pode ser limitada quando estiver legalmente prevista e seja necessária para a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde do povo, da moral pública ou de direitos e liberdades de terceiros, e as limitações sejam compatíveis com os demais direitos reconhecidos neste Pacto”³³.

Ainda em prejuízo da aplicação do PIDCP, ocorre que este, embora firmado em 1974, jamais foi ratificado, ou seja, não foi internalizado no ordenamento jurídico da RDA, sendo incapaz de gerar efeitos frente às normas já existentes³⁴.

Apesar de todos os argumentos até aqui formulados, os disparos em questão permanecem justificados e isentos de pena segundo o ordenamento positivo então vigente na RDA³⁵.

³¹ Id., *ibid.*, p. 177.

³² Id., *ibid.*, p. 177.

³³ Id., *ibid.*, p. 178-179.

³⁴ Id., *ibid.*, p. 178.

³⁵ Id., *ibid.*, p. 181-182.

1.1.2.2A aplicação da Fórmula Radbruch

Considerando a inexitosa tentativa de encontrar elementos de direito positivo que, vigentes à época do fato, fossem capazes de embasar a condenação dos guardas do muro, a decisão do Tribunal Supremo Federal questiona se a causa de justificação, protegida pelo ordenamento jurídico, não poderia ser suprimida por um Direito suprapositivo (*überpositives recht*)? Ou seja, se a morte do fugitivo constitui uma injustiça extrema e se, com Radbruch, é possível afirmar que a injustiça extrema não é Direito³⁶?

Importante ressaltar que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao fazer uso da Fórmula Radbruch, preocupa-se com a advertência de que o homicídio de pessoas na fronteira interna das Alemanhas não pode ser comparado com o assassinato em massa promovido pelo regime nazista³⁷. Entretanto, justifica que dessa constatação não se pode concluir que a Fórmula Radbruch não seja aplicável ao caso em questão³⁸.

Conforme explica Robert Alexy, que compartilha desse entendimento, é verdade que a fórmula foi criada como reação ao regime nazista, todavia, considerando-se que a injustiça extrema pode existir fora deste regime, seu âmbito de aplicação não está limitado aos problemas dele decorrentes³⁹.

O presente caso dá larga margem à discussão acerca da caracterização de uma verdadeira injustiça extrema. Há dúvidas sobre o conteúdo e o alcance da liberdade de saída, que pode ser interpretada das mais diversas formas. Alexy lembra que frequentemente é lançado o argumento de que um disparo na fronteira também pode ser justificado pelas legislações dos atuais Estados Democráticos de Direito.

Outro debate diz respeito à idéia de que, para muitos, o socialismo foi, e ainda é, um ideal de justiça, que significaria um sacrifício individual em prol da

³⁶ Id., *ibid.*, p. 182.

³⁷ Id., *ibid.*, p. 183.

³⁸ Id., *ibid.*, p. 183.

³⁹ Id., *ibid.*, p. 183.

comunidade. Pode-se, também, tentar justificar o regime de fronteiras a partir do momento histórico marcado pela guerra entre sistemas políticos – vivia-se em plena Guerra Fria⁴⁰. Enfim, muitos são os argumentos que enfraquecem a percepção do presente caso como uma injustiça extrema.

Mas no entendimento do Tribunal Supremo Federal e de Robert Alexy, a mera existência de dúvidas não leva à descaracterização da injustiça, pois essa suposição somente seria correta se o conceito de injustiça extrema fosse equivalente ao de justiça evidente ou universalmente reconhecida⁴¹.

Para Alexy, embora tenha valor a regra de que a injustiça é mais evidente quanto mais extrema for, esta pode estar limitada por eventual cegueira ou erro moral. Em ambas as situações, somente se pode definir a existência ou não de uma injustiça extrema através de argumentos racionais, e não por experiências do evidente⁴².

Evidências podem ser destituídas em discursos racionais, através dos argumentos levantados, e o que não era evidente antes do discurso racional pode, depois dele, se tornar evidente. Somente as evidências e as não-evidências que se submetem à comprovação de um discurso racional podem constituir critério para a determinação da existência de injustiça extrema⁴³.

O Tribunal Supremo Federal fundamentou sua tese de injustiça extrema nos já referidos artigos 6º e 12º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que garantiam a proteção à vida e à liberdade de saída⁴⁴. Para Alexy, isto não está equivocado, mas é de todo insatisfatório.

Ao utilizar-se dos referidos artigos, o Tribunal Supremo Federal deixa em aberto a questão da aplicabilidade do Pacto no âmbito interno, pois embora signatária do PIDCP e, portanto, vinculada ao mesmo – sujeitando-se ao Direito das Gentes –, a RDA jamais o ratificou ou o internalizou, impossibilitando a

⁴⁰ Id., *ibid.*, p. 183-184.

⁴¹ Id., *ibid.*, p. 184.

⁴² Id., *ibid.*, p. 184.

⁴³ Id., *ibid.*, p. 184.

⁴⁴ Id., *ibid.*, p. 185.

geração de feitos deste no interior do ordenamento⁴⁵. Por esta razão, o Tribunal afirma que o Pacto há de fornecer *concretas pautas de avaliação* ou *pontos de apoio*⁴⁶ que auxiliem a identificar a violação de direitos humanos universalmente reconhecidos e, com isso, o cometimento de uma injustiça extrema⁴⁷.

A orientação adotada pelo Tribunal vai ao encontro da idéia de Gustav Radbruch, quando este afirma que o trabalho dos séculos elaborou um firme inventário de direitos naturais ou racionais (fundamentais) e os reuniu nas chamadas Declarações de Direitos humanos e civis largamente conhecidas. E estas possuem um consenso tão amplo sobre alguns dos direitos que protegem que somente um ceticismo intencional seria capaz de os pôr em dúvida⁴⁸. Porém, tal afirmação também evidencia os limites desta idéia, pois apenas alguns direitos são colocados acima de qualquer dúvida.

Nesse contexto, cabe ao Tribunal especial esforço para caracterizar de forma profunda e substancial a injustiça extrema perpetrada⁴⁹. A interpretação dada ao PIDCP não pode olvidar que as perspectivas liberal e socialista possuem diferentes concepções sobre os catálogos de direitos fundamentais, há que se considerar o contexto normativo e fático dos disparos realizados, sob pena de se perder de vista a singularidade do caso⁵⁰.

A realidade vivenciada na RDA à época dos disparos consistia na impossibilidade, quase absoluta, de saídas autorizadas – por parte de cidadãos que não possuíam privilégios políticos ou idade inferior a da aposentadoria –, cuja recusa era feita sem qualquer tipo de fundamentação e sem possibilidade de impugnação da decisão. Concorre ainda, com esta situação, a estrutura total e autoritária da RDA, onde não existiam debates abertos sobre questões políticas e, absolutamente, nenhuma discussão pública sobre o tema das saídas⁵¹.

⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 185.

⁴⁶ BGH, NJW 1993, 141 (145).

⁴⁷ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 185.

⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 185.

⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 186.

⁵⁰ Id., *ibid.*, p. 187.

⁵¹ Id., *ibid.*, p. 187.

Não se trata, portanto, de reconstruir a história individual de uma vítima, mas, sim, de caracterizar a estrutura de uma injustiça extrema. Somando as diversas circunstâncias – uma vida incompleta, que não pôde ser conduzida como desejado, a impossibilidade de oposição à realidade das saídas e o disparo letal – o Tribunal Supremo Federal chegou a idéia final de que no caso em questão, pela análise em conjunto dos diversos elementos, ocorreu uma injustiça extrema⁵².

1.1.2.3A questão da proibição de retroatividade

Nas análises até aqui expostas, existia uma convergência das opiniões do Tribunal Supremo Federal e de Robert Alexy. O mesmo não se dará, pelo menos quanto aos argumentos adotados, no que diz respeito à questão do possível conflito entre a condenação dos guardas e o princípio da irretroatividade da lei penal, previsto no artigo 103, parágrafo segundo, da atual Constituição Alemã⁵³.

O Tribunal entende que a condenação dos soldados não fere o princípio da irretroatividade da lei penal, uma vez que o parágrafo 27, inciso 2, da Lei de Fronteiras da RDA, permite uma “interpretação favorável aos direitos humanos”⁵⁴. Com base no artigo 30, primeiro e segundo parágrafos, da Constituição da RDA, que, respectivamente, protege a vida e admite somente exceções proporcionais, o Tribunal defende uma interpretação do parágrafo 27 à luz desses artigos, concluindo que, já na data do fato, a causa de justificação não se sustentava frente ao ordenamento então vigente, autorizando, assim, a condenação dos guardas⁵⁵.

Alexy critica fortemente a posição tomada pelo Tribunal, afirma que, embora concorde com o resultado final alcançado pela decisão, considera falsa a fundamentação adotada⁵⁶, uma vez que propor uma interpretação do direito

⁵² Id., *ibid.*, p. 187-188.

⁵³ Id., *ibid.*, p. 188.

⁵⁴ BGH, NJW 1993, 141 (148).

⁵⁵ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 188.

⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 188.

praticado na RDA como *favorável aos direitos humanos* promove uma retroatividade disfarçada⁵⁷.

Para o autor, o verdadeiro problema consiste em saber se a aplicação da Fórmula Radbruch sobre especiais causas de justificação, em um regime injusto, colide com a proibição de retroatividade da lei penal. Se a resposta para tal questão for dada prematuramente como afirmativa, então a Fórmula Radbruch naufraga, no âmbito do direito penal, frente ao princípio da *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁵⁸. Entretanto, adverte Alexy, se a questão for aberta para debate, muitos são os elementos a se considerar, e o tema pode ser intensamente debatido⁵⁹.

Do ponto de vista lógico, não existe nenhuma diferença entre o tipo penal (*tatbestand*) e a causa de justificação⁶⁰, pelo fato de que esta última somente nega uma condição de punibilidade. Porém, já no plano da argumentação jurídica, as diferenças são notórias⁶¹.

Alexy critica a escolha técnico-jurídica empreendida pela RDA na formulação da referida causa de justificação. Afirma que a criação da exceção do já referido parágrafo 27 e sua localização fora do Código Penal (na Lei de Fronteiras) implicam uma injustiça legal propositadamente escondida, pois, se caso contrário, tivesse tal previsão inserida junto ao tipo penal do homicídio (parágrafo 112, inciso 1º, do Código Penal), o regime teria sofrido uma perda sensível de legitimidade⁶².

Nesse contexto, na medida em que o parágrafo 27 permitiu a realização de uma injustiça extrema já não se trata mais de direito, mesmo na época dos

⁵⁷ Id., *ibid.*, p. 188.

⁵⁸ Id., *ibid.*, p. 188.

⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 188.

⁶⁰ Alexy adverte que não pretende discutir questões específicas de dogmática penal. Sobre o tema ver: JAKOBS, Günther. Crímenes del Estado - Ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana? *Doxa*, n. 17-18, Alicante, 1995, p. 445-467. Também, AMBOS, Kai. Acerca de la antijuricidad de los disparos mortales em el muro. *Cuadernos de conferencias y artículos*, n. 21, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

⁶¹ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 189.

⁶² Id., *ibid.*, p. 189. O autor, inclusive, faz uma menção jocosa à possível redação deste artigo, "quem dolosamente matar uma pessoa, com exceção daquela cuja fuga da República somente pode ser impedida mediante disparos, será condenado a uma pena privativa de liberdade não inferior a dez anos ou com uma pena privativa de liberdade perpétua".

disparos, ou seja, com a aplicação da Fórmula Radbruch não se modifica retroativamente o panorama jurídico, mas, sim, se determina qual era o panorama ao tempo do fato⁶³.

Trata-se de uma modificação do ponto de vista da faticidade, e que é justamente o ponto essencial da Fórmula Radbruch⁶⁴, pois esta não identifica o direito com a faticidade da lei conforme o ordenamento e a eficácia social, mas estabelece para essa faticidade um limite no limiar da injustiça extrema, fazendo com que se perca o caráter e a validade jurídica⁶⁵.

Todavia, a exposição da diferença existente entre o tipo penal e a causa de justificação não é, por si só, suficiente para permitir a exclusão da proteção do artigo 103, parágrafo segundo, da Constituição⁶⁶.

Ao se analisar o referido artigo constitucional com maior atenção, é possível distingui-lo em dois aspectos, a proibição de retroatividade propriamente dita e a exigência de lei escrita. Aceitando-se a premissa de que a aplicação da Fórmula Radbruch não gerou a modificação retroativa do direito – deixando de ferir a proibição de retroatividade da lei penal propriamente dita –, resta apenas enfrentar a questão da exigência de lei escrita⁶⁷.

Esta segunda formulação do princípio, por um lado, funciona como direito fundamental do autor – protegendo o indivíduo contra arbitrariedades judiciais, preservando-o de uma pena cuja instância ele não podia conhecer no momento do cometimento do ato (princípio da culpabilidade) e possibilitando ao indivíduo calcular as conseqüências jurídicas de seu ato (princípio da previsibilidade) –, por outro lado, garante elemento essencial ao ordenamento objetivo dos Estados Democráticos de Direito⁶⁸.

Transpondo a questão da exigência de lei escrita para os regimes injustos, Alexy refere que nesses casos a Fórmula Radbruch gera um efeito de risco aos

⁶³ Id., *ibid.*, p. 190.

⁶⁴ Id., *ibid.*, p. 190.

⁶⁵ Como se verá em ponto mais adiante, esta descrição se identifica com os três elementos que definem o conceito de direito proposto por Robert Alexy – legalidade conforme o ordenamento, eficácia social e pretensão de correção.

⁶⁶ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 190.

⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 190.

⁶⁸ Id., *ibid.*, p. 191.

autores de injustiças extremas, pois estes não mais poderão acreditar cegamente nas causas de justificação das quais se utilizam em caso de queda do regime, criando-se um importante efeito de prevenção geral⁶⁹.

Nesse contexto, o autor propõe a necessidade de uma leitura restritiva da exigência de lei escrita prévia, nos termos do artigo 103, parágrafo segundo, da Constituição Alemã, sob pena de impedir que as vítimas busquem judicialmente, após a queda dos regimes extremamente injustos, a condenação de seus ofensores⁷⁰.

Por fim, há que se considerar que o Estado Democrático de Direito não é *de direito* somente em sentido formal, pois o é, também, em sentido material, de tal modo que a interpretação restritiva proposta é compatível com a dimensão objetiva da disposição do artigo 103, segundo parágrafo, da Constituição Alemã. E, ainda, uma vez que os juízes ao julgarem injustiças extremas não criam novos direitos, mas apenas reconhecem o que era ou não direito válido, não deixam de respeitar o princípio da separação de poderes e o princípio democrático⁷¹.

1.1.2.4A questão da culpabilidade

A última questão enfrentada pelo Tribunal Supremo Federal na decisão do caso *Mauerschützen* diz respeito à possibilidade de exclusão da punibilidade dos soldados em virtude da ausência de culpa (princípio da culpabilidade)⁷². A culpabilidade, nesse caso, pode estar ausente pela obediência hierárquica de ordens ou por erro de proibição.

Preocupado em aplicar o direito penal mais benéfico em favor dos acusados, o Tribunal recorreu, por analogia, ao parágrafo 5, inciso primeiro, do Código Penal Militar, que prevê a punibilidade, do soldado que comete ato similar ao do presente caso, somente quando este possuir consciência da

⁶⁹ Id., *ibid.*, p. 191.

⁷⁰ Id., *ibid.*, p. 192.

⁷¹ Id., *ibid.*, p. 192.

⁷² Id., *ibid.*, p. 192.

antijuridicidade do ato ou esta for evidente segundo as circunstâncias conhecida por ele⁷³.

Segundo os procedimentos da Corte de Berlim, ambos os soldados desconheciam a antijuridicidade de suas condutas, restando para averiguar se a antijuridicidade era evidente às circunstâncias conhecidas pelos guardas. Embora o Tribunal tenha reconhecido que a utilização do termo *evidente* é muito duvidosa no presente caso, acabou por confirmar a situação⁷⁴.

As razões finais da decisão foram no sentido de que “o homicídio de um fugitivo desarmado, mediante fogo ininterrupto, nas circunstâncias existentes, foi um ato a tal ponto horroroso e excluído de razoabilidade que a infração contra a elementar proibição de matar, também para uma pessoa doutrinada, era compreensível e, por conseqüência, evidente”⁷⁵.

Diferentemente da compreensão adotada pelo Tribunal, Alexy entende que o caso do guardas do muro se caracteriza como um caso de cegueira moral⁷⁶, muito comum entre os jovens soldados da RDA, que passaram todas suas vidas sob um sistema ordenado de doutrinação⁷⁷. Os disparos no muro de Berlim nunca foram criticados publicamente, não pela esfera política, não pelos condutores das tropas e nem pela Justiça, imperando um sistema de mentiras, que, inclusive, recebia pouquíssimas críticas internacionais⁷⁸.

Face à estas circunstâncias, muitos jovens careciam das condições comunicativas para uma formação racional e moral de seu próprio juízo, sendo inalcançável para estes compreender os disparos, inclusive protegidos pelo ordenamento vigente, como injustiça extrema.

Robert Alexy conclui que os soldados do muro deveriam ser absolvidos, ao invés de apenados brandamente, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, pois do contrário seria desconhecer que a complexa relação entre direito e moral

⁷³ Id., *ibid.*, p. 192.

⁷⁴ Id., *ibid.*, p. 192-193.

⁷⁵ BGH, NJW, 1993, 141 (149).

⁷⁶ Ver p. 10 do presente trabalho.

⁷⁷ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 193.

⁷⁸ Id., *ibid.*, p. 193.

não está, todavia, sopesada quando, como se segue da Fórmula Radbruch, a moral impõe limites ao direito, senão somente quando a moral não sobreexige, motivacional e cognitivamente, aqueles que estão submetidos ao direito⁷⁹.

1.2 A DECISÃO MAUERSCHÜTZEN PROFERIDA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO

Com o julgamento do paradigmático caso *Mauerschützen*, as cortes alemãs foram provocadas a julgar demandas similares, não apenas contra os soldados responsáveis pela segurança da fronteira, mas também contra os seus superiores e os altos membros do Governo. Após a condenação dos soldados do muro, em novembro de 1992, pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência manteve o mesmo entendimento em seus julgamentos posteriores, utilizando, reiteradamente, como fundamento, a Fórmula da injustiça legal de Gustav Radbruch.

Provocado por diversos recursos constitucionais⁸⁰, o Tribunal Constitucional Federal, em 24 de outubro de 1996, manifestou-se sobre os casos e declarou que a referida jurisprudência estava de acordo com a Constituição da Alemanha, resolvendo, pelo menos no âmbito interno do ordenamento alemão, a controvérsia a respeito da punibilidade dos soldados da fronteira e dos membros do Governo responsáveis pela questão⁸¹.

1.2.1 O recurso constitucional do guarda da fronteira

Um dos recursos constitucionais que requisitou a manifestação do Tribunal Constitucional foi interposto contra as sentenças do Tribunal Territorial

⁷⁹ Id., *ibid.*, p. 194.

⁸⁰ Em alemão *Verfassungsbeschwerde*. A tradução adotada é de FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p. 65. Em português, também recebe a tradução *queixa constitucional*.

⁸¹ ALEXY, Robert. La decision del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 197.

de Berlim e do Tribunal Supremo Federal que condenaram um soldado pela morte de um homem, ocorrida no ano de 1972. O principal argumento do recurso de constitucionalidade interposto é a violação do princípio da irretroatividade da lei penal, com a aplicação da Fórmula Radbruch à causa de justificação. W., o soldado condenado, questiona, ainda, uma possível lesão ao princípio da culpabilidade, uma vez que a violação da norma penal não lhe era evidente⁸².

1.2.1.1 Os fatos

Na noite de 14 para 15 de fevereiro de 1972, o soldado K.-H. W. era sentinela chefe da patrulha que fazia a segurança da fronteira interna da Alemanha, na divisa entre Reichstag e Rudower Chausse, que seguia o curso do rio Spree. Aproximadamente às 22h e 30min, Manfred Weylandt, com 29 anos de idade, natural de Berlim Oriental, jogou-se ao rio com a intenção de cruzá-lo a nado, até alcançar a outra margem, localizada em Kreuzberg, na Alemanha Ocidental⁸³.

Os dois soldados – K.-H. W. e outro – que realizavam a vigilância do local, avistaram Manfred quando este já se encontrava na metade do rio. Uma vez que ele permaneceu nadando e não reagiu aos gritos de pare dos soldados, estes, ao mesmo tempo, dispararam contra o fugitivo. As metralhadoras estavam em posição de fogo contínuo. K.-H. W. apertou no gatilho⁸⁴ três vezes e seu colega, duas. Ambos afirmam terem atirado sem mirar – em termos probatórios não há como refutar que os primeiros disparos tenham sido apenas de aviso⁸⁵.

Manfred foi atingido por um disparo na cabeça e morreu afogado. Embora jamais se tenha confirmado qual dos soldados foi o responsável pelo disparo

⁸² Id., *ibid.*, p. 208.

⁸³ Id., *ibid.*, p. 198.

⁸⁴ Cada apertado do gatilho significava dois disparos.

⁸⁵ ALEXY, *La decision del...*, p. 198.

letal, ambos atuaram com a intenção de coibir a fuga⁸⁶. Naquela mesma noite, os soldados foram exonerados do posto de vigilância; na manhã seguinte, receberam uma distinção por méritos de serviço e um prêmio de 150 marcos. A viúva da vítima recebeu, quatro semanas depois, a informação de que o marido havia se suicidado e de que o corpo fora incinerado⁸⁷.

1.2.1.2A sentença do Tribunal Territorial de Berlim

O Tratado de Reunificação da Alemanha promoveu, como mencionado anteriormente, a alteração do artigo 315 da Lei de Introdução ao Código Penal Alemão, que combinado com o parágrafo 2 do Código Penal somente autoriza a condenação por atos cometidos no período de existência da RDA, se a conduta fosse prevista como crime já no antigo regime, devendo-se aplicar as cominações legais então previstas.

Entretanto, tendo em vista o princípio da lei penal mais benéfica, garantido pelo parágrafo 2.3 do Código Penal, a aplicação das regras da RDA pode ser preterida frente às regras mais suaves do direito federal vigente⁸⁸. Mas, antes que se chegue à questão da cominação legal mais branda a ser aplicada, é preciso determinar se os disparos efetuados pelos soldados na fronteira era uma conduta punível à época do fato, do contrário, estes devem ser absolvidos⁸⁹.

Antes da promulgação da Lei de Fronteiras da RDA, em 1982, que trazia em seu parágrafo 27 uma causa de justificação para os disparos contra fugitivos, a legislação existente sobre o tema se resumia à Lei sobre funções e competências da polícia militar alemã, de 11 de junho de 1968. Tal legislação autorizava - no

⁸⁶ Id., *ibid.*, As instruções para incorporação no serviço de fronteira, de acordo com o artigo 89 do Regulamento de Serviço 30/10 do Ministério da Defesa Nacional, de 1967, eram de que “a patrulha da fronteira fará a vigilância da fronteira estatal com a missão de não permitir que ninguém atravesse a linha de fronteira e deter provisoriamente ou abater quem ultrapasse ilegalmente a fronteira, assim como garantir sob qualquer circunstância a proteção da fronteira estatal”.

⁸⁷ Id., *ibid.*, p. 199.

⁸⁸ Id., *ibid.*, p. 199.

⁸⁹ Id., *ibid.*, p. 199.

parágrafo 17.2.a - abrir-se fogo para evitar a iminente comissão ou continuação de um fato punível, o qual, em função das circunstâncias, poderia se constituir crime⁹⁰.

No presente caso, o Tribunal de Berlim conclui que, ao tempo dos fatos e segundo o direito então vigente na RDA, não existia qualquer causa de justificação capaz de absolver os soldados de suas condutas⁹¹. A decisão do Tribunal afirma - diferentemente do entendimento do caso *Mauerschützen* - que a tentativa de fuga não se caracterizava como um crime, e que, portanto, a causa de justificação do parágrafo 17.2.a. não poderia ser aplicada.

Os soldados foram condenados, em 17 de junho de 1993, por homicídio doloso, cometido em co-autoria, a uma pena juvenil de 1 ano e 10 meses. A execução da pena foi suspensa condicionalmente⁹².

1.2.1.3A sentença do Tribunal Supremo Federal

A revisão da decisão do Tribunal de Berlim pelo Tribunal Supremo Federal não foi em proveito do recorrente. Embora tenha confirmado o resultado final da decisão anterior, mantendo a condenação de W., não fez o mesmo em relação à fundamentação utilizada. Nos mesmos termos do caso *Mauerschützen*, o Tribunal Supremo rechaçou o entendimento de que as mortes eram puníveis com base no ordenamento vigente à época do fato, pois seria um erro interpretar aquela legislação à luz do princípio do Estado de Direito - como hoje é compreendido⁹³.

Desta forma, o Tribunal mantém sua tese de que os fatos estavam amparados pelo direito então vigente e passa a analisar a causa de justificação prevista no parágrafo 17.2.a, da Lei sobre funções e competências, e no artigo 89,

⁹⁰ Id., *ibid.*, p. 199.

⁹¹ Id., *ibid.*, p. 200.

⁹² Id., *ibid.*, p. 201.

⁹³ Id., *ibid.*, p. 201.

do Regulamento de Serviço 30/10 do Conselho de Defesa⁹⁴. Uma vez que inicialmente indeciso quanto à validade do Regulamento de Serviço como direito positivado, o Tribunal analisa a questão de forma mais superficial, para ao fim concluir que embora não se trate de lei em sentido formal, as previsões do Regulamento refletem a prática estatal da RDA e, portanto, integram o ordenamento vigente⁹⁵.

Superada a fundamentação da sentença de primeira instância, o Tribunal enfrenta o problema central de sua própria decisão, dividida em duas questões (1) saber se há algo que neutralize ou elimine a causa de justificação prevista no direito positivo da RDA e (2) determinar se esta eliminação fere o princípio da irretroatividade da lei penal. Para Alexy ambas as questões dizem respeito aos fundamentos do direito⁹⁶.

A primeira questão refere-se à aplicação da Fórmula Radbruch. No entendimento do Tribunal, os disparos efetuados pelos guardas da fronteira foram considerados uma agressão aberta e tão insuportável contra os mandados elementares da justiça e dos direitos humanos que a causa de justificação que protegia a conduta dos soldados perdeu o caráter e a validade jurídica, deixando, assim, de ser direito⁹⁷.

Para reforçar a caracterização da injustiça extrema, o Tribunal também se utiliza da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, como *ponto de referência* para determinar aquilo que é um entendimento médio entre todos os povos⁹⁸.

Importante referir que a utilização da Declaração de Direitos não significa que as condenações foram embasadas pela lesão a direitos internacionalmente positivados, mas apenas que o Tribunal preocupou-se em comprovar o quão evidente foi a injustiça perpetrada. Na mesma linha, portanto, da tese radbruchiana de que os catálogos de direitos destas Declarações possuem um

⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 201.

⁹⁵ Id., *ibid.*, p. 201-203.

⁹⁶ Id., *ibid.*, p. 203.

⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 204.

⁹⁸ Id., *ibid.*, p. 205.

consenso tão amplo que somente um ceticismo proposital poderia negar o reconhecimento de certos direitos⁹⁹.

A segunda questão ocupa-se da dúvida sobre a lesão ao princípio da irretroatividade da lei penal, garantido pelo artigo 103, parágrafo segundo, da Constituição Alemã, no caso da desconsideração da causa de justificação e conseqüente condenação dos soldados. Reiterando a fundamentação utilizada no caso *Mauerschützen* – que recebe forte desaprovação de Alexy¹⁰⁰ –, o Tribunal entende que as disposições sobre o uso de armas, quando interpretada à luz da Constituição da RDA, permite uma compreensão favorável aos direitos humanos, impedindo que a inviolabilidade da fronteira prevaleça sobre a proteção à vida¹⁰¹.

O Tribunal conclui que os guardas da fronteira não sofriam, então, nenhum engano em sua confiança na vigência das regras legais, mas, sim, exclusivamente, em sua confiança na permanência de uma determinada interpretação de direito escrito, que não era outra senão uma prática estatal contrária aos direitos humanos¹⁰².

Por fim, resta, apenas, a análise do princípio da culpabilidade. Tendo em vista que o recorrente atuou sob ordens e, segundo as provas produzidas, não tinha consciência de que sua conduta era criminosa, a culpabilidade somente alcançará W. se for demonstrado que a injustiça de sua conduta era *evidente* para ele, nos termos do parágrafo 5, parágrafo primeiro, do Código Penal Militar – que é a lei mais benéfica a ser aplicada.

Reeditando os exatos termos da decisão dos atiradores do muro, o Tribunal afirma que a morte de um fugitivo desarmado, por disparos ininterruptos, dadas as circunstâncias do caso, é ato terrível e desprovido de

⁹⁹ Id., *ibid.*, p. 204-205.

¹⁰⁰ Id., *ibid.*, p. 206.

¹⁰¹ Id., *ibid.*, p. 205.

¹⁰² Id., *ibid.*, p. 205-206.

qualquer justificação racional, sendo a elementar proibição de matar algo compreensível e evidente para qualquer homem, mesmo que doutrinado¹⁰³.

Por todo o exposto, a sentença do Tribunal Supremo Federal, de 26 de julho de 1994, entende que a revisão do caso é injustificada, mantendo-se a condenação a uma pena juvenil de 1 ano e 10 meses condicionalmente suspensa¹⁰⁴.

1.2.2 O recurso constitucional dos membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA

O objeto do processo levado contra os membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA consistia em sete casos de mortes ocorridas na fronteira interna da Alemanha, entre os anos de 1971 a 1989. Eram réus do processo, o General de Exército Heinz Keßler (último Ministro da Defesa da RDA), o General Fritz Streletz (antigo Ministro delegado para a Defesa e Chefe do Estado Maior do Exército Popular) e Hans Albrecht (então Presidente regional do Partido Socialista Unificado da Alemanha em Suhl).

Em breves linhas, os casos que embasam o processo dizem respeito aos seguintes fatos: (1) em 8 de abril de 1971, ao tentar atravessar um campo de minas terrestres, localizado nas proximidades de Schwickerhausen, S., com 18 anos de idade, pisou em uma mina terrestre que lhe arrancou o pé esquerdo, mas, apesar disso, alcançou a Alemanha Ocidental, onde morreu em 4 de maio de 1971, após diversas cirurgias inexitosas; (2) em 16 de janeiro de 1973, F., com 26 anos de idade, foi gravemente ferido pela explosão de uma mina de fragmentação instalada nas proximidades de Blütlingen, mas, apesar disso, alcançou a Alemanha Ocidental, onde faleceu no hospital, um dia depois, em razão da gravidade dos ferimentos; (3) em 14 de julho de 1974, V., com 25 anos de idade, provocou a explosão de 3 minas de fragmentação, nas proximidades de Hohegeiß, e, gravemente ferido, recebeu atendimento tardio dos soldados da

¹⁰³ Id., *ibid.*, p. 207.

¹⁰⁴ Id., *ibid.*, p. 207.

RDA, vindo a falecer, no hospital, um dia depois; (4) em 07 de abril de 1980, B., com 28 anos de idade, foi gravemente ferido por uma mina de fragmentação, em Veltheim, e, mesmo depois de uma série de operações, faleceu em 11 de maio do mesmo ano; (5) em 22 de março de 1984, M., com 20 anos de idade, foi tão gravemente ferido por uma mina de fragmentação, nas proximidades de Wendehausen, que morreu no local, mesmo depois de receber o atendimento dos guardas da fronteira; (6) em 1º de dezembro de 1984, S., com 20 anos de idade, foi ferido por disparos de metralhadora, quando tentava pular o muro de Berlim com a ajuda de uma escada. Este é o caso *Mauerschützen* já mencionado anteriormente; (7) em 5 de fevereiro de 1989, G., com 20 anos de idade, foi mortalmente atingido no peito por um disparo, efetuado por um guarda, quando tentava pular o muro de Berlim. A morte de G. foi o último incidente ocorrido na fronteira; os soldados foram formalmente demitidos¹⁰⁵.

Quanto ao tema da antijuridicidade dos fatos, o Tribunal de Berlim e o Tribunal Supremo Federal não tinham novidades, mantendo em relação aos membros do Conselho de Defesa Nacional as mesmas razões apresentadas nos casos dos atiradores do muro e da fronteira. O Supremo limitou-se, apenas, a incluir, sucintamente, a questão das minas, afirmando que “não vige outra coisa para a utilização das minas”¹⁰⁶.

Portanto, a questão central da condenação dos membros do Conselho Nacional não diz respeito à antijuridicidade das condutas, mas, sim, ao problema da autoria e da participação¹⁰⁷. O Tribunal Territorial de Berlim condenou Keßler e Streletz por indução ao homicídio a penas, respectivamente, de sete anos e seis meses e de cinco anos e seis meses. A condenação de Albrecht foi de quatro anos e seis meses por cooperação em homicídio. O Tribunal Supremo Federal, face ao recurso interposto pelo Ministério Público, reformou

¹⁰⁵ BVerfGE 95,96.

¹⁰⁶ ALEXY, *La decision del...*, p. 207-208.

¹⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 208.

esta decisão, considerando todos os réus atores mediatos de homicídio. A pena de Albrecht foi aumentada para cinco anos e um mês¹⁰⁸.

O argumento decisivo para determinar a autoria dos imputados foi o fato de que, na qualidade de membros do Conselho Nacional de Defesa, eles pertenciam ao órgão responsável pelas resoluções que determinavam a condução do regime de fronteiras da RDA, sabiam do cumprimento de suas ordens e recebiam notificações sobre as vítimas¹⁰⁹.

A fundamentação dos recursos constitucionais interpostos pelos membros do Conselho de Defesa repousa na afirmação de que a aplicação da Fórmula Radbruch às causas de justificação do direito positivo da RDA viola o princípio da proibição de retroatividade da lei penal protegido pelo artigo 103, parágrafo segundo, da Constituição. Alegam ainda que, como antigos detentores de altos cargos governamentais e membros do órgão constitucional da RDA, desfrutavam de imunidade¹¹⁰.

1.2.3 A decisão do Tribunal Constitucional Federal

Primeiramente, o Tribunal Constitucional Federal adverte que não é uma instância superior de revisão, ou seja, não cabe a ele avaliar defeitos penais ou processuais nas sentenças recorridas; seu campo de atuação limita-se a verificar se ocorreram lesões a direitos fundamentais¹¹¹. Esta limitação de competência é igualmente válida quando, como no presente caso, a qualificação jurídico-penal depende de um ordenamento jurídico estrangeiro. Por este critério, não cabe ao Tribunal Constitucional verificar se as sentenças aplicaram corretamente o

¹⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 208.

¹⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 208.

¹¹⁰ Id., *ibid.*, p. 208.

¹¹¹ Id., *ibid.*, p. 209. A atuação do Tribunal Constitucional Federal, quanto à questão dos direitos fundamentais, ocorrerá somente “quando se faz visível um defeito baseado em uma concepção essencialmente incorreta do significado de um direito fundamental, em especial sobre a extensão de seu âmbito de proteção, bem como quando a aplicação jurídica defeituosa já não é coerente com uma consideração razoável das idéias informadoras da Lei Fundamental”.

direito positivo da RDA, e, portanto, considera que nada pode objetar às decisões recorridas do ponto de vista da correção constitucional¹¹².

1.2.3.1 A validade «absoluta» do artigo 103, parágrafo segundo, da Constituição Alemã

O Tribunal Constitucional Federal entende que o artigo 103, parágrafo segundo, da Constituição Alemã, que consagra o princípio da irretroatividade da lei penal, também conhecido pelo brocardo *nullum crimen, nulla poena sine legem*, é uma regra de validade estrita¹¹³. Isso significa dizer que, diferentemente do que acontece com a maioria dos direitos fundamentais, este não precisa de ponderação, a mera subsunção é suficiente para estabelecer definitivamente o resultado¹¹⁴.

Esta validade estrita – que também é denominada absoluta – se dá por uma *formalização estrita*, vinculada às noções de democracia, separação de poderes e vigência dos direitos humanos. Sob estas condições, é fundamental que o direito penal satisfaça as exigências de justiça material¹¹⁵. Democracia, separação de poderes e respeito aos direitos humanos são os pressupostos que permitem ao Estado de Direito sustentar a estrita e absoluta proteção da confiança que o artigo 103, parágrafo segundo, ampara¹¹⁶.

Nesse contexto, face à ocorrência de uma *situação completamente especial*¹¹⁷, ou seja, de um Estado que não apresenta comprometimento com a democracia, a separação de poderes e os direitos humanos, também a validade estrita do princípio da irretroatividade não se confirmará. Nessas situações, de desrespeito

¹¹² ALEXY, *La decision del...*, p. 209.

¹¹³ Id., *ibid.*, p. 209.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 99 e ss.

¹¹⁵ ALEXY, *La decision del...*, p. 210.

¹¹⁶ Id., *ibid.*, p. 210.

¹¹⁷ Id., *ibid.*, p. 210.

a outros direitos fundamentais, desaparece o *fundamento especial de confiança* que embasa a proibição de retroatividade¹¹⁸.

Por tudo isso, o Tribunal Constitucional entende que, no presente caso, tendo em vista a injustiça do regime e seu despeito à democracia, à separação dos poderes e aos direitos humanos, o princípio da irretroatividade não está violado, pois perde sua natureza absoluta, podendo ser compreendido com limitações¹¹⁹.

Alexy qualifica a posição do Tribunal de irritante. O pronunciamento do Tribunal está eivado de contradição ao referir de forma reiterada e sistemática que o princípio da irretroatividade é um direito fundamental absoluto e, ao mesmo tempo, afirmar que existem limitações à previsão do artigo 103, parágrafo segundo. Questiona como é possível que, ao mesmo tempo, algo seja absoluto e limitado.

Em realidade, esta contradição é um problema de precisão nas definições utilizadas pelo Tribunal, que poderia ter evitado com uma fundamentação mais aberta¹²⁰. Poderia ter formulado a questão no sentido de que a proibição de retroatividade do artigo 103, parágrafo segundo, não vige com caráter absoluto em todas as situações¹²¹.

Na visão de Alexy, teria sido mais acertado se o Tribunal propusesse a diferenciação entre uma validade incondicionalmente absoluta – que era a tese defendida pelos recorrentes – e uma validade condicionalmente absoluta. Teria, assim, excluído a primeira em proveito da segunda, mediante a manutenção da validade absoluta como regra geral, à qual se agregaria uma cláusula de exceção para os casos de ordenamentos injustos. Desta forma, a proibição da retroatividade não seria válida em qualquer circunstância, estaria condicionada aos pressupostos do Estado Constitucional e Democrático de Direito¹²².

¹¹⁸ Id., *ibid.*, p. 210.

¹¹⁹ Id., *ibid.*, p. 209-211.

¹²⁰ Id., *ibid.*, p. 211.

¹²¹ Id., *ibid.*, p. 212.

¹²² Id., *ibid.*, p. 213.

Por fim, poderia surgir a objeção de que esta solução viola a literalidade do texto constitucional, que efetivamente não traz qualquer previsão de limites ou condições para a aplicação do princípio da irretroatividade, pelo contrário, traz uma garantia sem reservas. Entretanto, Alexy lembra que o Tribunal Constitucional já resolveu claramente a questão dos direitos fundamentais garantidos sem reservas no catálogo constitucional ao manifestar-se, em 1970, sobre a objeção de consciência, afirmando que inclusive os direitos ilimitados são limitados pelo princípio da proporcionalidade¹²³.

1.2.3.2 A aplicação da Fórmula Radbruch

A Fórmula Radbruch foi o elemento central das sentenças do Tribunal Supremo Federal sobre os casos na RDA. As causas de justificação para os homicídios eram uma forma de injustiça tão extrema que perderam, desde à época dos fatos, a validade jurídica. Com a aplicação da Fórmula Radbruch, o Tribunal Supremo Federal não alterou retroativamente o direito positivo vigente, mas, sim, constatou qual era o direito positivo vigente à época¹²⁴.

O Tribunal Constitucional considerou que esta jurisprudência, assentada na Fórmula Radbruch, é compatível com a atual Lei Fundamental¹²⁵. Todavia, Alexy assevera que a atitude do Tribunal, frente a esta fundamentação, não foi muito clara no presente caso¹²⁶. O tratamento dispensado a esta formulação em seus precedentes sempre foi peculiar¹²⁷.

O Tribunal se manifestou de forma tímida quanto à fórmula, afirmando que no caso de uma insuportável contradição entre direito positivo e justiça, o princípio da segurança jurídica *pode* ser menos valioso que o da justiça

¹²³ Id., *ibid.*, p. 214.

¹²⁴ Id., *ibid.*, p. 215.

¹²⁵ Id., *ibid.*, p. 215.

¹²⁶ Id., *ibid.*, p. 215.

¹²⁷ Id., *ibid.*, O Tribunal se declarou partidário da Fórmula Radbruch em diversas decisões, mas esta é a primeira no âmbito penal.

material¹²⁸. Para Alexy, o termo *pode* é inaceitável, pois de acordo com a Fórmula Radbruch, a lei injusta *deve* ceder frente à justiça¹²⁹. Esta situação não significa que o Tribunal renega a aplicação da fórmula, mas demonstra que seu convencimento sobre ela já não é tão firme quanto parecia¹³⁰.

Mas a argumentação do Tribunal vai muito além destes primeiros comentários antipáticos. Em realidade, verifica-se que o Tribunal Constitucional pressupõe a aplicação da Fórmula tanto em sua fundamentação, quanto na aplicação de seus critérios, referindo-se, sempre, a um *direito estatal extremamente injusto*¹³¹. É evidente que o Tribunal, ao aplicar seus critérios à jurisprudência do Tribunal Supremo Federal, compartilha, também, da concepção deste de que as causas de justificação que amparavam, conforme a prática estatal – seja mediante lei formal ou regulamentos diversos –, o homicídio dos fugitivos não é direito aplicável, mas, sim, injustiça extrema.¹³²

1.2.3.3 O princípio da culpabilidade

Dos argumentos enfrentados na presente decisão, a questão da culpabilidade foi a que recebeu o tratamento mais sucinto, talvez porque o Tribunal despreze a alegação, por parte dos membros do Conselho Nacional de Defesa, de que estes teriam direito a uma espécie de imunidade, em razão dos cargos governamentais que ocupavam na extinta RDA. Ao rechaçar esta hipótese, o Tribunal aduz que a doutrina do ato de Estado, que dita alegação pretende fazer valer, não é uma regra geral do direito internacional, no sentido do artigo 25, posto que em nenhum caso é reconhecida fora do âmbito jurídico

¹²⁸ ALEXY, *La decision del...*, p. 216.

¹²⁹ RADBRUCH, Gustav. *Arbitradriedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p. 37.

¹³⁰ ALEXY, *La decision del...*, p. 216.

¹³¹ Id., *ibid.*, p. 218.

¹³² Id., *ibid.*, p. 218.

anglo-americano. Ainda, uma imunidade não pode perdurar além da existência do Estado que a fornece¹³³.

Para examinar, em específico, o princípio da culpabilidade e a questão da evidência da antijuridicidade da conduta dos guardas, o Tribunal faz recurso ao princípio da dignidade humana. Percorrendo caminho distinto do Tribunal Supremo Federal, o Tribunal Constitucional entende que a mera existência objetiva de uma grave violação aos direitos humanos não é suficiente para comprovar a culpabilidade dos guardas¹³⁴.

Nesse sentido, entende que é necessário explicar individualmente o caso de cada soldado, considerando sua educação, doutrinação e circunstâncias do fato, para então afirmar se lhe era alcançável reconhecer a antijuridicidade de sua conduta. Entretanto, ao final de sua análise, mesmo depois de criticar a atuação dos Tribunais inferiores quanto a este ponto em específico, o Tribunal contenta-se em citar o expediente utilizado em todas as sentenças anteriores, afirmando que “o homicídio de um fugitivo desarmado, mediante fogo ininterrupto, nas circunstâncias existentes, foi um ato a tal ponto horroroso e excluído de razoabilidade que a infração contra a elementar proibição de matar, também para uma pessoa doutrinada, era compreensível e, por conseqüência, evidente”¹³⁵.

1.3 A FÓRMULA RADBRUCH

A tão referida Fórmula Radbruch foi criada pelo jusfilósofo Gustav Radbruch, em 1946, na tentativa de superar a separação entre direito e moral, defendida pelo positivismo e que, em sua concepção, teria propiciado ao regime nazista cometer seus atos de barbárie dentro da *legalidade*.

¹³³ Id., *ibid.*, p. 222.

¹³⁴ Id., *ibid.*, p. 223.

¹³⁵ Id., *ibid.*, p. 223.

Entretanto, o autor jamais nomeou sua construção teórica de *fórmula*: este foi um trabalho da doutrina e da jurisprudência que, posteriormente, ocuparam-se de sua aplicação.

A publicação do texto *Arbitrariedade legal e direito supralegal* causou grande polêmica em sua época, principalmente porque evidenciava uma considerável modificação de posicionamento do autor, que antes da Guerra se dizia adepto do positivismo e, depois, passou a criticá-lo ferrenhamente, dentro de um contexto que ainda era predominantemente positivista.

1.3.1 Breve panorama teórico

Muitos autores defendem que Radbruch, apesar de abandonar o positivismo em 1945, nunca modificou suas noções acerca da filosofia e do conceito de direito. É certo que ele foi o responsável pela reabilitação da filosofia do direito, ao superar o conflito entre as posições estanques do positivismo e do direito natural¹³⁶.

Como afirma Kaufmann, o conceito de direito proposto por Radbruch, que o acompanhou por toda a vida, não segue nenhuma destas duas posições, é uma ponte¹³⁷ que estabelece ligação entre posições anteriormente antagônicas e representa, de fato, uma terceira via¹³⁸.

Para Radbruch, o direito é um valor (fenômeno) cultural, é uma obra humana impregnada de valor¹³⁹. Nas palavras do autor:

o conceito de direito é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores. O direito é uma

¹³⁶ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 135.

¹³⁷ Id., *ibid.*, p. 137.

¹³⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2004, p. 64.

¹³⁹ VIGO, Luis Rodolfo. La axiología jurídica de Gustav Radbruch. In: VIGO, Rodolfo Luis (Org.). *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 2.

realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à idéia do direito. O conceito de direito cumpre-se, portanto, na idéia do direito¹⁴⁰.

E a idéia de direito proposta por Radbruch não é outra coisa senão a justiça¹⁴¹. A justiça não é o princípio completo, mas o princípio específico do direito, é o que possibilita a pauta para sua determinação conceitual, “o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça”¹⁴².

A concepção de justiça adotada pelo autor baseia-se no princípio da igualdade¹⁴³, fazendo transparecer as influências aristotélicas de Radbruch¹⁴⁴. O justo – assim como o bom, o verdadeiro e o belo – é absoluto, ou seja, é um valor que não deriva de nenhum outro valor¹⁴⁵. Mas esta noção de justiça como igualdade, embora absoluta, é uma idéia formal, razão pela qual Radbruch irá inserir, em seu conceito de direito, outros dois elementos – o fim e a segurança jurídica¹⁴⁶.

Sendo a justiça apenas a *forma* do direito¹⁴⁷, Radbruch acrescenta a este um princípio material, a idéia de fim ou finalidade, que toma seu conteúdo da ética¹⁴⁸. O princípio da finalidade atuará no conteúdo do direito de modo relativo, dependendo do valor moral a que fizer referência¹⁴⁹. A ética, que se divide em teoria dos deveres morais e em teoria dos bens morais, identifica três tipos de valores diferentes: os valores individuais, os valores supra-individuais e os transpessoais¹⁵⁰.

Aceitando-se o relativismo das três concepções axiológicas propostas por Radbruch, surge, então, a necessidade de um terceiro elemento ao conceito de

¹⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

¹⁴¹ Id., *ibid.*, p. 47.

¹⁴² RADBRUCH, *Filosofia...*, p. 51.

¹⁴³ KAUFMANN, *Filosofia...*, p. 65-66.

¹⁴⁴ VIGO, *La axiología...*, p. 5.

¹⁴⁵ RADBRUCH, *Filosofia...*, p. 48.

¹⁴⁶ VIGO, *La axiología...*, p. 5-6.

¹⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 6.

¹⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 6.

¹⁴⁹ KAUFMANN, *Filosofia...*, p. 66.

¹⁵⁰ Id., *ibid.*, p. 66.

direito, capaz de dirimir a disputa entre valores, na aplicação de um mesmo direito positivo, que ordene a vida em comum¹⁵¹. Nas palavras do próprio autor:

frente a impossibilidade de definir o direito justo, há que se conformar, pelo menos, com o positivado por meio de um poder que tenha, além disso, a força necessária para impor o estatuído. Não é outra a justificação do direito positivo, pois a exigência de segurança jurídica somente pode ser cumprida mediante a positividade do direito¹⁵².

O direito não vale porque é capaz de ser efetivamente cumprido, pelo contrário, vale somente enquanto for capaz de efetivo cumprimento, pois somente dessa forma pode garantir a segurança jurídica. A validade do direito positivo está fundada, portanto, na segurança jurídica¹⁵³.

Acerca da relação entre os três elementos que compõe a idéia de direito – justiça, finalidade e segurança jurídica –, Radbruch irá entender em sua fase positivista, anterior a 1945, que, mais importante do que a justiça e a finalidade do direito, é a existência de um ordenamento jurídico, pois, enquanto os dois primeiros elementos são as grandes tarefas secundárias do direito, a primeira será a segurança jurídica, ou seja, a ordem e a paz consentida por todos¹⁵⁴.

Sua controversa mudança de opinião, após as experiências com o regime *de direito* nazista, é motivo de grande discussão ainda na atualidade. A morte do autor, em 1949, apenas três anos após a publicação do texto em que faz a crítica ao positivismo, e a ausência de outra obra que tratasse do tema de forma mais exaustiva e sistemática contribuem para o acirramento do debate.

Por um lado, alguns autores afirmam que o pensamento de Radbruch sofreu uma completa ruptura, passando do positivismo para o direito natural.

¹⁵¹ VIGO, *La axiología...*, p. 8.

¹⁵² RADBRUCH apud VIGO, *La axiología...*, p. 9. Tradução da autora. Na edição em espanhol: Frente a la “imposibilidad de definir el derecho justo, hay que se conformarse por lo menos, con estatuirlo por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para imponer lo estatuido. No es otra la justificación del derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica (Rechtssicherheit) sólo puede ser cumplida mediante la positividad del derecho”.

¹⁵³ VIGO, *La axiología...*, p. 9.

¹⁵⁴ Id., *ibid.*, Ver, com maior profundidade, RADBRUCH, *Filosofia...*, p. 107-127.

Filiam-se a tese da ruptura autores como Lon Fuller, H. L. Hart, Michel Villey, etc¹⁵⁵. Outros, como Erik Wolf, Arthur Kaufmann e Ralf Dreier, afirmam que existe, apesar de modificações profundas em determinados pontos específicos, uma continuidade na teoria de Radbruch.

Como explica Kaufmann, um dos mais destacados e próximos alunos de Radbruch, a teoria deste autor não sofreu uma completa metamorfose – como muitos anunciam – do positivismo para o direito natural. Radbruch, antes da Segunda Guerra Mundial, podia ser considerado um positivista, uma vez que expressava a separação entre direito e moral, entretanto, seu conceito de direito, nesta época, já trazia os elementos necessários para que posteriormente pudesse negar a tese positivista¹⁵⁶.

Radbruch nunca foi um positivista pleno, pois sempre considerou problemática a aplicação da lei com conteúdo injusto ou imoral. Prova disso é a sua afirmação, em 1914, de que “não se pode conceber nenhuma justificação para a vigência do direito manifestamente injusto”¹⁵⁷.

Depois de 1945, Radbruch continuou a operar com o mesmo conceito de direito. Entretanto, a partir da constatação de que o positivismo é incapaz de explicar a validade do direito através da separação absoluta entre direito e moral e, verificando as conseqüências morais da aplicação desta teoria no contexto da Alemanha nazista, o autor fez uma importante inversão na relação existente entre os elementos de seu conceito de direito.

Como explica Kaufmann, trata-se de uma alteração no acento tônico do conceito de direito, “no princípio, ele assentava na segurança jurídica, na última fase mais na justiça material”¹⁵⁸.

Não se trata de um completo abandono do elemento da segurança jurídica – afinal, a existência de qualquer lei sempre é melhor que nenhuma lei –, mas, sim, de uma readequação do equilíbrio entre os três elementos do conceito de

¹⁵⁵ VIGO, *La axiología...*, p. 15.

¹⁵⁶ KAUFMANN, *Filosofia...*, p. 65-66.

¹⁵⁷ Id., *ibid.*, p. 63.

¹⁵⁸ KAUFMANN, *Introdução à filosofia...*, p. 138.

direito a partir da aceitação de que existe certa conexão conceitual entre direito e moral.

1.3.2 Arbitrariedade legal e direito supralegal

O artigo *Arbitrariedade legal e direito supralegal*¹⁵⁹, de Gustav Radbruch, publicado pela primeira vez em 1946, causou, como acima referido, grande impacto no mundo jurídico e acadêmico, em virtude, talvez, do tema debatido, que tem por base exemplos cruéis do direito nazista – ferida mais que aberta logo após o fim da Segunda Guerra Mundial –, ou, ainda, por sua proposta, à época inovadora, de superação do positivismo, matriz jurídica predominante – para não dizer absoluta – naquele período histórico.

Independente do motivo escolhido, o qual não se tem aqui a pretensão de identificar, o texto em questão é, com absoluta certeza, um dos mais importantes trabalhos jurídicos do século XX e merece ser estudado em profundidade, como estudiosos de todo o mundo – à infeliz exceção do Brasil – têm feito há mais de meio século. Gustav Radbruch é pouco conhecido em nosso meio e entre as poucas traduções em língua portuguesa que recebeu, não está incluído o referido texto.

O artigo, de poucas páginas e grande profundidade filosófica, é dividido em duas partes. Na primeira, o autor comenta as conseqüências da legalidade do regime nazista, patrocinada pelo positivismo, e descreve casos que exemplificam a problemática; na segunda parte, Radbruch concentra-se em sua proposta de superação do positivismo, através da fórmula da injustiça extrema.

1.3.2.1 O caso *Puttfarcken vs. Göttig*

Um dos exemplos de maior destaque do referido texto é o caso *Puttfarcken vs. Göttig*, ocorrido na Turíngia, Estado federado da Alemanha, durante a

¹⁵⁹ Título original em alemão: *Gesetzliches Ümrecht und Übergesetzliches Recht*.

Segunda Guerra Mundial. Puttfarken, funcionário judicial, denunciou Göttig, comerciante, pela pichação da frase “Hitler é um assassino de massas e culpado pela Guerra”, feita em um banheiro público. Göttig, em razão da denúncia e do fato de ter escutado transmissões de rádio estrangeiras, foi condenado e executado¹⁶⁰. Com o fim da Guerra, Puttfarken foi processado perante o Tribunal do Júri da Turíngia e condenado a prisão perpétua por participação em homicídio¹⁶¹.

O Fiscal Geral da Turíngia, Kuschnitzki, em suas alegações, questiona se a denuncia feita por Puttfarken era um ato ilegal. A afirmação do acusado de que fez isto por convicções nazistas é juridicamente irrelevante, pois não existe o dever jurídico de denunciar (nos termos do artigo 39, do Código Penal), nem mesmo por convicções políticas.

Questiona, também, se o ato foi praticado a serviço da administração da Justiça. Esta hipótese também não se confirma, pois disso dependeria que a Justiça estivesse em situação de exercer suas funções. Legalidade, aspiração de justiça e segurança jurídica são os requisitos da judicatura, e a justiça penal de Hitler carecia de todos os três pressupostos¹⁶².

A seguir, o Fiscal Geral examina se o ato era culpável. Puttfarken admitiu que desejava levar Göttig à cadeia e que sabia que sua denuncia teria essa conseqüência, conforme diversas testemunhas confirmaram¹⁶³. Nesse contexto, está configurado um propósito homicida, nos termos do artigo 211, do Código Penal, em que Puttfarken seria autor mediato e seu instrumento¹⁶⁴, a condenação de Göttig pelo Tribunal do Terceiro Reich¹⁶⁵.

¹⁶⁰ RADBRUCH, *Arbitradriedad legal...*, p. 23-24.

¹⁶¹ Id., *ibid.*, p. 23 e 30. A versão em espanhol do texto afirma que Puttfarken foi condenado por *cumplicidad em asesinato*. A tradução para o português é de responsabilidade da autora do trabalho.

¹⁶² RADBRUCH, *Arbitradriedad legal...*, p. 24.

¹⁶³ Id., *ibid.*, p. 27.

¹⁶⁴ Embora este entendimento fosse inédito aos julgados do Terceiro Reich.

¹⁶⁵ RADBRUCH, *Arbitradriedad legal...*, p. 27.

Entretanto, o Tribunal do Júri não ficou convencido da tese da autoria mediata e acabou por entender que Puttfarken foi cúmplice de um assassinato perpetrado, dentro dos termos legais, pela justiça penal nazista¹⁶⁶.

1.3.2.2 *A injustiça extrema não é direito*

Na concepção de Gustav Radbruch, o positivismo desarmou os juristas frente a leis de conteúdo arbitrário e delituoso¹⁶⁷. Utilizando-se do princípio *a lei é a lei* – máxima do positivismo, que não conhecia qualquer limitação –, o regime nazista manipulou seus juízes e perpetrou as mais terríveis atrocidades sob a proteção da legalidade. Termos como *arbitrariedade legal* ou *direito supralegal* eram contradições em si¹⁶⁸.

O positivismo é incapaz de fundar, com suas próprias forças, a validade das leis, uma vez que confunde a validade com a mera confirmação da vigência¹⁶⁹. Isso não significa que deva ser de todo abandonado, pois toda a lei positiva já traz consigo um valor – *uma lei é sempre melhor que nenhuma lei* –, independente de seu conteúdo, pois ao menos cria segurança jurídica¹⁷⁰.

Mas a segurança jurídica não é o único, nem o mais importante, valor do direito, há também a justiça e a conveniência¹⁷¹. O menos importante destes é a conveniência, ou seja, o direito não se resume àquilo que é benéfico ao povo. Já a segurança jurídica, inerente às leis por sua positividade, ocupa uma posição intermediária.

¹⁶⁶ Id., *ibid.*, p. 28-30.

¹⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 35.

¹⁶⁸ Id., *ibid.*, p. 21-22.

¹⁶⁹ Id., *ibid.*, p. 35.

¹⁷⁰ Id., *ibid.*, p. 35.

¹⁷¹ Id., *ibid.*, p. 36.

Em realidade, a segurança jurídica é uma reivindicação para os outros valores. É uma exigência de justiça que o direito seja seguro, que seja interpretado e aplicado de forma constante nos diferentes casos¹⁷².

Para Radbruch, o conflito entre segurança jurídica e justiça – ou seja, entre uma lei positiva discutível quanto ao conteúdo e um direito justo não positivado – se apresenta, em verdade, como um conflito da justiça consigo própria, trata-se de um conflito entre justiça aparente e justiça verdadeira¹⁷³.

É nesse contexto que o autor propõe, nos seguintes termos, sua reconhecida formulação:

o conflito entre a justiça e a segurança jurídica poderia ser bem solucionado no sentido de que o direito positivo estatuído e assegurado pelo poder tem prevalência, ainda que por seu conteúdo seja injusto e inconveniente, salvo quando o conflito da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, como direito injusto, deva ceder lugar à justiça¹⁷⁴.

Adverte que é impossível traçar uma linha exata quanto ao que difere a arbitrariedade legal de uma lei válida, porém com conteúdo injusto. Mas, há, sim, uma outra delimitação que pode ser feita com absoluta exatidão. E esta se refere aos casos em que não se pretende alcançar a justiça, nos quais a igualdade que constitui a medula da justiça é negada claramente pelo direito positivo. Nesses casos, não somente o direito é injusto, mas também carece de qualquer natureza jurídica¹⁷⁵.

Com isso, explica que as leis de conteúdo muito injusto, mesmo que vigentes pelos critérios do ordenamento jurídico a que pertencem, perdem sua

¹⁷² Id., *ibid.*, p. 36.

¹⁷³ Id., *ibid.*, p. 37.

¹⁷⁴ Id., *ibid.*, p. 37. Tradução da autora. Na edição em espanhol: “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea justo e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia”.

¹⁷⁵ RADBRUCH, *Arbitradriedad legal...*, p. 38.

natureza jurídica, ou seja, deixam de ser direito. A modificação no status da lei não se dá na vigência, mas, sim, na validade¹⁷⁶.

Para Radbruch, não se pode definir o direito, inclusive o direito positivista, de outra forma que não como uma instituição que, por seu próprio sentido, está determinada a servir a justiça. Nesse contexto, o autor afirma que, adotando-se estes padrões, setores inteiros do direito nazista jamais atingiram a qualidade de direito.

Assim como a personalidade de Hitler, o direito nazista se caracterizava por uma completa falta de sentido de verdade e de direito e estava baseado no exato oposto do elemento essencial à justiça: o tratamento igualitário. Como consequência disso, carecia totalmente de natureza jurídica, não era um direito *talvez* injusto, não era direito sob nenhum aspecto.

Isto é especialmente válido para todas as legislações que denominavam alguns homens de sub-homens, negando-lhes direitos humanos. Outro exemplo, de legislações que sequer chegaram a possuir natureza jurídica, eram as cláusulas que previam indistintamente as mesmas punições para os mais diferentes delitos, sem consideração de quaisquer variáveis, permitindo a aplicação da mesma pena – em muitos casos a morte – para o cometimento de delitos com as mais diversas naturezas e gravidades¹⁷⁷.

Radbruch conclui que não se pode deixar de reconhecer, especialmente após doze anos de experiência nazista, que o conceito de arbitrariedade legal – e a negação da natureza jurídica que esta pode gerar em leis de conteúdo insuportavelmente injusto – significa terríveis perigos para a noção de segurança jurídica¹⁷⁸.

O autor afirma sua esperança de que as arbitrariedades cometidas sejam um desvio jamais repetido pelo povo alemão. Mas alerta que é preciso prevenir

¹⁷⁶ Id., *ibid.*, p. 38.

¹⁷⁷ Id., *ibid.*, p. 38-39.

¹⁷⁸ Id., *ibid.*, p. 40.

o retorno das arbitrariedades através da superação *fundamental* do positivismo¹⁷⁹.

1.4 O DEBATE LON FULLER VS. H. L. A. HART SOBRE A APLICAÇÃO DA FÓRMULA RADCRUCH AO CASO DA INFORMANTE RANCOROSA

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a queda do Terceiro Reich, as cortes alemãs receberam o intenso desafio de se manifestar sobre o direito nazista e suas conseqüências. Em 1958, essa situação gerou uma profícua polêmica entre os autores Lon Fuller e Herbert Hart¹⁸⁰.

Vale ressaltar que esse debate é especialmente interessante pelo fato de que Radbruch, em razão de seu falecimento, nunca teve a oportunidade de ser confrontado doutrinariamente quanto à sua criação.

A discussão girou em torno do caso que posteriormente ficou conhecido como “o problema do informante rancoroso”¹⁸¹. O processo diz respeito a fato ocorrido em 1944, quando uma mulher casada, que desejava *livrar-se* do marido, denunciou-o falsamente às autoridades alemãs, sob a alegação de que este teria feito comentários depreciativos sobre Hitler. O marido foi preso e condenado à morte, mas por circunstâncias outras, ao invés de executado, foi mandado ao frente de batalha¹⁸².

Em 1949, a esposa foi processada e condenada por uma corte da Alemanha Ocidental. Acusada do crime de “privação ilegal da liberdade de outrem”¹⁸³, crime reconhecido pelo Código Penal Alemão de 1871, esta alegou que o aprisionamento do marido estava em conformidade com as leis nazistas e que,

¹⁷⁹ Id., *ibid.*, p. 40-41.

¹⁸⁰ Os artigos dos dois professores, que deram início a essa polêmica, foram, inicialmente, publicados na *Harvard Law Review*, n. 71, 1958.

¹⁸¹ No original em inglês: *the problem of the grudge informer*.

¹⁸² HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of Law and Morals. In: DWORKIN, Ronald (Ed.). *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977, p. 32.

¹⁸³ No alemão: *Rechtswidrige Freiheitsberaubung*.

portanto, ela não havia cometido crime. Em sede de recurso, a Corte de Apelos de Bamberg entendeu, na sentença proferida em 27 de julho de 1949, que a esposa era efetivamente culpada pela privação ilegal da liberdade do marido, uma vez que ela não tinha o dever (legal) de denunciá-lo, mas o fez movida pelo desejo pessoal de que ele fosse preso¹⁸⁴.

A controvérsia doutrinária iniciou em razão de um relato breve e equivocado do caso por parte de H. L. A. Hart. O autor afirmava que as razões que levaram a Corte de Apelos àquela condenação se firmavam na negação de validade às leis nazistas (efeito da possível aplicação da Fórmula Radbruch), o que, como visto acima, não era correto. Posteriormente, com a fundamentada crítica de Pappe¹⁸⁵, Hart admitiu expressamente seu erro¹⁸⁶.

De qualquer sorte, o debate não se limitava à confusão de Hart, pois a polêmica possuía uma questão de aplicação prática muito mais ampla – saber qual a relação entre imoralidade e invalidade legal¹⁸⁷.

Hart é um dos maiores críticos da posição não positivista de Radbruch, sendo sua principal inconformidade a adoção da tese da conexão entre direito e moral¹⁸⁸. Em sua concepção, esta nova doutrina não passa de um *apelo apaixonado*, que se baseia mais em lembranças de terríveis experiências, do que em uma fundamentação detalhada¹⁸⁹.

Adepto do positivismo, Hart defende a total separação entre direito e moral¹⁹⁰. Uma vez que o direito não pode ser substituído pela moral¹⁹¹, argumentos morais não podem integrar as decisões jurídicas. Frente a casos de difícil solução ou diante de leis com conteúdo imoral ou injusto, o julgador defronta-se com um problema de natureza moral, e não jurídico, pois por um

¹⁸⁴ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001, p. 289-290.

¹⁸⁵ *On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era*, M.L.R., n. 23, 1960.

¹⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 289-290.

¹⁸⁷ HALDEMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazy Law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 18, n. 2, June 2005, p. 171.

¹⁸⁸ HART, *Positivism...*, p. 29.

¹⁸⁹ Id., *ibid.*, p. 30.

¹⁹⁰ Id., *ibid.*, p. 32. “Law is not morality; do not lei it suplant morality”.

¹⁹¹ VÁZQUEZ, Maria Isabel Azaretto. Prólogo. In: RADBRUCH, Gustav. *Arbitradriedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 16

lado, existe a lei, que embora amoral, cria um dever moral de obediência ao direito, e, por outro lado, existe o dever moral de fazer o justo¹⁹². A existência de uma lei válida não elimina, assim, o problema moral da decisão individual (do julgador) de aplicá-la ou não, frente à sua justiça ou injustiça.

Em sua concepção, a criação da Fórmula Radbruch busca justamente deslocar esse problema. Ao vincular o direito à moral, Radbruch transforma o problema, antes moral, em jurídico. A utilização da fórmula, no julgamento das questões nazistas, acabava, em realidade, por encobrir a verdadeira natureza da questão¹⁹³.

Para Hart, a condenação dos criminosos nazistas era um dilema de natureza moral, em que era preciso decidir entre o mal de uma punição retroativamente estabelecida ou o mal de deixar sem punição alguém que cometeu atos terríveis. Por mais difícil que seja reconhecer a possibilidade de uma punição criada claramente de forma retrospectiva, esta possibilidade possui, pelo menos, o mérito da franqueza¹⁹⁴.

Lon Fuller, por outro lado, entendia que o recurso à invalidade, propiciado pela Fórmula Radbruch, era a única e verdadeira opção para interpretar as leis nazistas. Segundo o autor, o argumento do dilema moral entre a obrigação de obedecer à lei e a obrigação de agir moralmente não faz qualquer sentido¹⁹⁵.

Afirma que existe uma conexão necessária entre *ordem* (direito) e *boa ordem* (moral), ou seja, o direito envolve a compreensão de aspirações morais que são inerentes ao próprio conceito de direito em si¹⁹⁶; já Hart negligência as exigências da *moralidade interna ao direito*¹⁹⁷.

Quanto à questão da punição dos malfeitores nazistas, ambos, Hart e Fuller, concordam em pelo menos uma coisa, a punição é devida. Diferem,

¹⁹² Id., *ibid.*, p. 17.

¹⁹³ HALDEMAN, *Gustav Radbruch...*, p. 171.

¹⁹⁴ HART, *Positivism...*, p. 33.

¹⁹⁵ HALDEMAN, *Gustav Radbruch...*, p. 171.

¹⁹⁶ Id., *ibid.*, p. 171.

¹⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 171.

entretanto, quanto a todo o resto. Hart, com base no argumento da franqueza, defende a utilização de uma legislação retroativa, pois seria pior condenar a informante sem uma lei retroativa do que deixá-la livre. Já Fuller, ao contrário, não acredita em outra solução que não a aplicação de Fórmula Radbruch e a invalidação das leis nazistas desde o começo¹⁹⁸.

Enfim, o debate travado entre os dois autores torna-se especialmente interessante quando se percebem os conceitos de direito que subjazem às soluções propostas por cada um deles para dirimir o caso.

1.5 ROBERT ALEXY EM DEFESA DA FÓRMULA RADBRUCH

Robert Alexy, um dos autores contemporâneos que mais se ocupa da Fórmula Radbruch, afirma que aquele que sustenta a Fórmula abandona a tese positivista¹⁹⁹. Os ensinamentos de Radbruch são especialmente valiosos para a teoria da validade²⁰⁰ de Alexy, desenvolvida no *Begriff und Geltung des Rechts*, onde a Fórmula Radbruch integra seu conceito de direito não positivista, sob a denominação *argumento da injustiça*.

Cabe, assim, expor das algumas reflexões propostas por Robert Alexy, na busca de identificar qual a leitura e percepção que o autor tem da Fórmula Radbruch, bem como responder algumas das possíveis críticas contra ela lançadas²⁰¹.

Embora Gustav Radbruch nunca tenha denominado fórmula à construção teórica de seu texto *Arbitrariedade legal e direito supralegal*, tal denominação decorreu da constante análise e utilização da mesma por parte da doutrina e da

¹⁹⁸ Id., *ibid.*, p. 171.

¹⁹⁹ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 174.

²⁰⁰ FIGUEROA, Alfonso García. Principios y positivismo jurídico. *El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 328.

²⁰¹ ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 227.

jurisprudência, deixando que a cada intérprete realizasse sua própria leitura dos termos a serem incluídos na dita fórmula.

Em seus textos, Alexy utiliza-se de até quatro versões da fórmula, dependendo da extensão adotada. A forma mais breve e simplificada é “a injustiça extrema não é direito”²⁰²; a mais extensa é:

o conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria poder solucionar-se no sentido de que o direito positivo afiançado pela promulgação e a força tenha também preferência quando seja injusto e inadequado quanto ao conteúdo, a não ser que a contradição entre lei positiva e justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei deva ceder como “direito injusto” ante a justiça. É impossível traçar uma linha mais nítida entre os casos de injustiça legal e de leis válidas apesar de seu conteúdo injusto; porém pode se estabelecer uma outra linha divisória com total precisão: onde nem sequer se pretende a justiça, onde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é negada conscientemente no estabelecimento do direito positivo, nesse lugar a lei não é somente “direito injusto”, mas sim carece totalmente de natureza jurídica²⁰³.

Alexy entende que a Fórmula, em uma versão mais extensa, divide-se em duas partes ou (sub)fórmulas, intolerância e negação. A fórmula da intolerância se dá pela afirmação de que as leis positivas perdem sua validade jurídica quando sua contradição com a justiça se dá em *medida insuportável*. A fórmula da negação surge com a idéia de que as leis que negam, de forma consciente, a igualdade, núcleo da justiça, perdem sua própria natureza jurídica²⁰⁴.

²⁰² ALEXY, *La decision del...*, p. 203-205.

²⁰³ ALEXY, *Una defensa de la...*, p. 227-228. Tradução da autora. Na edição em espanhol: “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”.

²⁰⁴ Id., *ibid.*, p. 228.

Enquanto a fórmula da intolerância, que é a mais aplicada pela jurisprudência, possui um caráter objetivo – pois aplica a fórmula da injustiça –, a fórmula da negação possui um caráter subjetivo, pois diz respeito aos propósitos e às intenções do legislador. Por esta diferença, Alexy entende que é possível imaginar casos em que ambas as fórmulas levem a resultados diferentes – por exemplo, um legislador que busca a igualdade e, entretanto, leva a cabo uma injustiça insuportável, e outro que deseja realizar o injusto, mas não o faz na medida do insuportável²⁰⁵.

Em regra, ao se falar de uma injustiça insuportável, deveriam coincidir resultado e intenção, podendo-se falar, então, de uma sobreposição (*overlapping*) de ambas as fórmulas²⁰⁶.

Alexy entende que a Fórmula Radbruch pressupõe um direito suprapositivo, no sentido de que a aplicação da fórmula conduz a uma fundamentação que se utiliza de princípios jurídicos que não estão positivados²⁰⁷.

Arthur Kaufmann discorda dessa concepção e afirma, com Radbruch, que a fórmula não trata de um direito suprapositivo, mas, sim, de um direito supralegal, que é também direito positivo²⁰⁸. Entende que o direito suprapositivo seria aquele do direito natural clássico, que pretende uma validade para todos os homens e tempos²⁰⁹ e, a seu ver, o direito suprapositivo a que se refere Radbruch, diferentemente disso, diz respeito, como todo o direito deve dizer, a um direito positivado, ou seja, aos direitos humanos – fonte mais significativa da prática do direito supralegal –, na mesma linha do que falava Radbruch sobre a questão das Declarações de Direitos²¹⁰.

²⁰⁵ Id., *ibid.*, p. 228.

²⁰⁶ Id., *ibid.*, p. 228.

²⁰⁷ ALEXY, *La decisión...*, p. 217.

²⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 217.

²⁰⁹ Interessante conhecer a opinião de Alexy sobre direitos humanos como direitos de validade eterna para todos os seres humanos com independência de tempo e espaço. Em ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares Digital, 2005, p. 75.

²¹⁰ Id., *ibid.*, *La decisión...*, p. 217.

Nesse contexto, Kaufmann questiona Alexy sobre qual seria o direito a ocupar a posição vazia deixada pelo direito positivo injusto que perde sua validade. Alexy defende-se afirmando que esta pergunta somente seria significativa para a Fórmula se a qualificação do direito extremamente injusto como nulo criasse uma lacuna no direito, o que não é o caso²¹¹.

Para justificar seu entendimento, Alexy traz como exemplo o caso dos atiradores da fronteira, em que, com a invalidade da causa de justificação e sua exclusão do ordenamento, permanece para ser aplicada toda uma legislação que proíbe o homicídio.

Para Alexy, a característica de destaque da Fórmula Radbruch é que esta não exige uma coincidência completa entre direito e moral, uma vez que permite que o direito positivado e eficaz seja válido mesmo que seu conteúdo seja injusto; já Radbruch não exige uma orientação da totalidade do direito à moral, mas, sim, incorpora ao direito um limite externo²¹².

Enquanto os positivistas – que adotam a teoria da separação entre direito e moral – trabalham com um conceito de direito baseado somente na legalidade conforme o ordenamento e na eficácia social, sendo indiferente o conteúdo do direito, como o prova a célebre frase de Hans Kelsen, “portanto, qualquer conteúdo pode ser direito”; os não positivistas que seguem a Fórmula Radbruch permanecem adotando a legalidade segundo o ordenamento e a eficácia social, entretanto, incorporarão um terceiro elemento ao seu conceito de direito, qual seja, a correção material do conteúdo como critério limitativo²¹³.

Assim, conclui Alexy, o conceito de direito proposto por Radbruch não é inflado moralmente, mas, sim, limitado moralmente²¹⁴, e, por isso, o entendimento de que esta seria uma tese fraca ou parcial da relação entre direito e moral²¹⁵.

²¹¹ Id., *ibid.*, p. 217.

²¹² ALEXY, *Una defensa de la...*, p. 228-229.

²¹³ Id., *ibid.*, p. 229.

²¹⁴ Id., *ibid.*, p. 229.

²¹⁵ ALEXY, *El concepto...*, p. 53.

CAPÍTULO 2

DIREITO E MORAL NA OBRA DE ROBERT ALEXY: A PRETENSÃO DE CORREÇÃO

O presente capítulo busca apresentar a relação entre direito e moral desenvolvida por Robert Alexy no conjunto de sua obra. Nesse sentido, se faz um levantamento das proposições do autor sobre o tema, em especial, em dois de seus principais campos de atuação, a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral e a concepção não positivista do conceito e da validade do direito – lançados, respectivamente, nas obras *Teoria da argumentação jurídica*¹ e *Conceito e validade do direito*².

Pretende-se, ainda, levantar alguns aspectos sobre o entendimento do autor quanto à tese da única resposta correta, para, ao fim, catalogar os principais aspectos da pretensão de correção que aparelha sua concepção sobre a relação necessária entre direito e moral.

Para tanto, inicialmente, caberá investigar a concepção de direito não positivista proposta por Alexy (2.1), a partir do conceito de direito e da tese da relação conceitual entre direito e moral (2.1.1) – com base nos argumentos da correção (2.1.2.1), da injustiça (2.1.2.2) e dos princípios (2.1.2.3) – e dos conceitos de validade do direito (2.1.2), que, em conclusão, conduzem o autor a uma proposta de definição (2.1.3).

Em seguida, será examinado o modelo de sistema jurídico de três níveis proposto pelo autor (2.2), sua tese do caso especial e a pretensão de correção que lhe compõe (2.3) e sua concepção *fraca* da tese da única resposta correta (2.4).

Por fim, se apresentará uma tentativa de fechamento dos itens trabalhados, a partir do elemento comum da pretensão de correção (2.5) que

¹ Título original em alemão: *Theorie der juristischen Argumentation*.

² Título original em alemão: *Begriff und Geltung des Rechts*.

integra tanto sua tese da interpretação (argumentação jurídica), quanto sua tese da validade.

2.1 CONCEITO E VALIDADE DO DIREITO: UMA CONCEPÇÃO DE DIREITO NÃO POSITIVISTA

Uma das grandes preocupações de Alexy é estabelecer uma teoria do direito não positivista, apoiada, basicamente, nas definições de um conceito e de uma validade para o direito³. Nesse contexto, sublinha que a grande distinção entre as teses positivista e não positivista encontra-se na polêmica sobre a relação entre direito e moral⁴.

As teorias positivistas apóiam-se na tese da separação, ou seja, o conceito de direito define-se sem a inclusão de qualquer elemento moral. Dessa forma, os positivistas desacreditam em uma ligação conceitual entre direito e moral⁵.

Para estes, o conceito de direito compõe-se de apenas dois elementos definitórios, a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social. As diversas variações do positivismo são resultado da interpretação, da combinação e da relevância dada a estes elementos⁶, mas todas têm como ponto em comum a ausência de critério que se ocupe com a correção material do conteúdo⁷.

Em contrapartida, uma posição não positivista parte da tese da vinculação, ou seja, da definição do conceito de direito participam elementos morais. Isso não significa o abandono dos elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social – posição inadmissível, na opinião de Alexy, para qualquer não positivista que deseje trabalhar com seriedade essas questões –, mas, apenas, a inclusão de um terceiro elemento, que possibilite a correção material do conteúdo jurídico⁸. Em resumo, a grande diferença entre as teses

³ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 13.

⁴ Id., *ibid.*, p. 13.

⁵ Id., *ibid.*, p. 13.

⁶ Id., *ibid.*, p. 14.

⁷ Id., *ibid.*, p. 14.

⁸ Id., *ibid.*, p. 14.

positivista e não positivista será o binômio separação/vinculação da moral ao direito⁹.

2.1.1 O conceito de direito não positivista e a tese da relação conceitual entre direito e moral

No contexto acima exposto, Alexy irá propor o conceito de direito que entende correto ou mais adequado. Para isto, afirma que é preciso relacionar os três elementos, a legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção material do conteúdo¹⁰.

A inclusão desse terceiro elemento no conceito de direito - correção material do conteúdo - diz respeito, como visto anteriormente, à adoção da tese da vinculação conceitual entre direito e moral, ao invés da tese positivista da separação. Ou seja, essas teses dizem respeito à definição do conceito de direito, são o resultado de uma argumentação que não apresenta de forma expressa os argumentos que a apóiam. Estes argumentos são de dois tipos, analíticos e normativos¹¹.

O argumento analítico mais importante em favor da tese positivista é o de que não existe qualquer relação entre direito e moral, pois, caso isso fosse admitido, os positivistas não mais poderiam dizer que o direito é definido sem elementos morais. Já os não positivistas estão livres quanto ao argumento analítico e podem tanto defender a tese da conexão conceitualmente necessária entre direito e moral quanto negá-la, mas, nesse segundo caso, terão que apresentar outro fundamento para a inclusão de elementos morais na definição do direito¹².

O argumento normativo utilizado pelos positivistas pode ser no sentido de que somente a separação conceitual entre direito e moral garante a clareza

⁹ Id., *ibid.*, p. 14.

¹⁰ Id., *ibid.*, p. 21.

¹¹ Id., *ibid.*, p. 26-27.

¹² Id., *ibid.*, p. 27-28.

lingüístico-conceitual ou a segurança jurídica necessárias ao direito. Em contrapartida, a tese não positivista se baseia em argumentos normativos quando afirma que a vinculação conceitual tem maior capacidade para solucionar o problema das injustiças legais¹³.

Na concepção de Alexy, os argumentos analíticos e normativos se complementam na defesa da tese de uma vinculação conceitualmente necessária entre direito e moral, pois o primeiro argumento - analítico ou conceitual - possui um alcance e uma força limitada, necessitando, assim, do reforço de argumentos normativos¹⁴.

De acordo com o autor, primeiro, existe uma vinculação conceitualmente necessária entre direito e moral; e, segundo, existem razões normativas a favor de uma inclusão de elementos morais no conceito de direito que, por um lado, reforçam a relação conceitualmente necessária e, por outro, vão mais além dela. Por tudo isso, conclui que existem conexões conceitual e normativamente necessárias entre direito e moral¹⁵.

Ao formular sua tese de uma relação conceitual e normativa, Alexy propõe uma fundamentação que parte de um marco conceitual constituído por cinco distinções, ou melhor, por quatro distinções e pelas possibilidades de combinações destas¹⁶.

A primeira distinção diz respeito a conceitos de direito livres ou não livres de validade, ou seja, que incluem ou não o conceito de validade no conceito de direito. Na análise crítica do positivismo, é mais aconselhável eleger um conceito de direito que inclua a validade, evitando, assim, a trivialização do problema que resultaria da definição do direito como uma classe de normas que regula o comportamento externo, mas que, sem a dimensão da validade, correria o risco de vir a conceber qualquer conteúdo para essas normas. A incorporação do

¹³ Id., *ibid.*, p. 28.

¹⁴ Id., *ibid.*, p. 28-29.

¹⁵ Id., *ibid.*, p. 29.

¹⁶ Id., *ibid.*, p. 29-33.

conceito de validade ao do direito implica nele incluir o contexto institucional da promulgação, aplicação e imposição do direito¹⁷.

A segunda distinção se estabelece entre a noção de sistema jurídico como um sistema de normas ou como um sistema de procedimentos. Enquanto sistema de procedimentos, o sistema jurídico é um sistema de ações baseado em regras e regido por regras, que permite a promulgação, fundamentação, interpretação e aplicação das normas – correspondendo ao lado interno do sistema. Já como sistema de normas, o sistema jurídico é um sistema de resultados ou produtos de procedimentos de criação de normas, independentemente de suas características – correlato ao lado externo do sistema¹⁸.

A terceira distinção se concentra nas perspectivas do observador e do participante. Para Alexy, o participante é aquele que, em um sistema jurídico, participa da argumentação acerca do que nele está ordenado, proibido e permitido ou autorizado. No centro desta perspectiva, encontra-se o juiz; as demais figuras – como juristas, advogados e cidadãos interessados nos processos –, em última instância, expõe argumentos sobre como o juiz deveria ter decidido corretamente. Já o observador é aquele que não se questiona a respeito da decisão correta em determinado sistema, mas, apenas, sobre como se decide no referido sistema¹⁹.

A quarta e última distinção refere-se aos dois tipos possíveis de conexão entre direito e moral – classificantes ou qualificantes. O vínculo entre direito e moral será classificante quando as normas que não atendem determinado critério moral não são normas jurídicas, ou seja, perdem o caráter jurídico ou a validade. O vínculo é qualificante quando se sustenta que normas que não atendem a determinado critério moral, embora permaneçam sendo normas jurídicas, constituem, entretanto, normas juridicamente deficientes ou

¹⁷ Id., *ibid.*, p. 30.

¹⁸ Id., *ibid.*, p. 30-31.

¹⁹ Id., *ibid.*, p. 31-32.

defeituosas. Esta não é apenas uma deficiência moral, mas também uma deficiência jurídica²⁰.

Somadas a estas quatro distinções, Alexy lembra, ainda, da dicotomia entre contextos conceitual e normativamente necessários e afirma que são possíveis 32 combinações das características catalogadas. Considerando-se a possibilidade de que cada uma dessas combinações pode formular a tese da vinculação necessária ou não, surgem 64 teses diferentes²¹.

É evidente que este extenso número de teses gera relações de implicação – em que a falsidade ou veracidade de algumas teses implica a falsidade ou veracidade de outras. Assim como é possível, também, que algumas combinações sejam conceitualmente impossíveis²².

Diante dessa pluralidade de teses, Alexy se impõe algumas reduções; parte sempre da concepção de que no conceito de direito se inclui o conceito de validade e trabalha, em primeiro plano, com as perspectivas do observador e do participante, considerando as demais distinções dentro da moldura desta dicotomia²³.

Uma vez que, desde a perspectiva do observador, a tese positivista da separação é correta²⁴, Alexy se ocupa da perspectiva do participante. Esta, diferentemente da primeira, oferece a fundamentação necessária para comprovar a tese não positivista da vinculação entre direito e moral²⁵. Tal fundamentação se baseia em três grandes argumentos – correção, injustiça e princípios.

2.1.1.1 *O argumento da correção*

O argumento da correção é a base para os outros dois argumentos, pois afirma que os sistemas jurídicos, as normas individualmente consideradas e as

²⁰ Id., *ibid.*, p. 32.

²¹ Id., *ibid.*, p. 33.

²² Id., *ibid.*, p. 33.

²³ Id., *ibid.*, p. 33.

²⁴ Id., *ibid.*, p. 33-41.

²⁵ Id., *ibid.*, p. 41.

decisões judiciais formulam necessariamente uma pretensão de correção. Quanto aos sistemas jurídicos, a pretensão de correção pode ter uma relevância classificante, ou seja, aquele sistema que não a formula não é um sistema jurídico, ou pode ter uma relevância qualificante, quer dizer, aquele sistema que não a formula é um sistema jurídico deficiente ou defeituoso²⁶. Já em relação às normas isoladas e às decisões judiciais, Alexy afirma que elas podem ter, exclusivamente, uma relevância qualificante, visto que, caso não formulem uma pretensão de correção, serão juridicamente deficientes²⁷.

O argumento positivista contrário ao da correção é de que ao direito não está necessariamente vinculada uma pretensão de correção. Como resposta a essa objeção, Alexy propõe dois exemplos, um é relativo aos sistemas jurídicos e outro tem como base uma decisão judicial²⁸.

O primeiro diz respeito ao artigo inicial de uma nova Constituição, elaborada em um país onde uma minoria explora a maioria dos cidadãos e deseja permanecer desfrutando dessas vantagens, razão pela qual promulga o seguinte texto: “X é uma República soberana, federal e injusta”²⁹. É evidente que este é um artigo defeituoso; resta saber no que consiste este defeito³⁰.

Trata-se de uma falha conceitual, em sentido amplo, como explica Alexy, já que se refere também a violações contra regras constitutivas dos atos lingüísticos, ou seja, de expressões lingüísticas como ações³¹. O ato de sancionar uma Constituição está vinculado, necessariamente, a uma pretensão de correção porque, nesse caso, o que está em questão é, sobretudo, uma pretensão de justiça. Assim, o constituinte comete uma contradição performativa quando o conteúdo de seu ato nega esta pretensão, apesar de formulá-la com sua atuação³².

²⁶ Id., *ibid.*, p. 41.

²⁷ Id., *ibid.*, p. 41-42.

²⁸ Id., *ibid.*, p. 42.

²⁹ Id., *ibid.*, p. 42.

³⁰ Id., *ibid.*, p. 42.

³¹ Id., *ibid.*, p. 43.

³² Id., *ibid.*, p. 43.

O segundo exemplo parte da seguinte decisão: “O acusado é condenado, em virtude de uma falsa interpretação do direito vigente, a prisão perpétua”³³. Também nesse caso o juiz comete uma contradição performativa ou uma falha conceitual, que vai muito além de uma irregularidade jurídica e social frente às expectativas de seu papel como juiz³⁴.

Com uma sentença judicial se formula sempre a pretensão de que o direito será aplicado corretamente, mesmo que isso não venha a ser satisfeito. O conteúdo da sentença aqui apresentada contradiz a pretensão de correção formulada com a realização do ato judicial de sentenciar (condenação)³⁵.

Alexy conclui que os exemplos por ele propostos demonstram que os participantes de um sistema jurídico formulam, necessariamente e nos mais diversos níveis, uma pretensão de correção e, na medida em que esta pretensão tem implicações morais, fica evidente que existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral³⁶.

2.1.1.2 *O argumento da injustiça*

O argumento da injustiça busca combater a objeção positivista de que a não satisfação da pretensão de correção não implicaria a perda da qualidade jurídica, ou seja, a pretensão de correção fundamentaria uma conexão qualificante e não classificante, o que não prejudicaria em nada a tese da separação, que, por sua vez, aponta para uma conexão classificante³⁷.

Também este argumento pode se referir tanto a sistemas jurídicos quanto a normas isoladas e a decisões judiciais. Alexy se limita à análise das normas isoladas e retoma a Fórmula Radbruch para afirmar que, quando estas normas

³³ Id., *ibid.*, p. 44.

³⁴ Id., *ibid.*, p. 44.

³⁵ Id., *ibid.*, p. 44.

³⁶ Id., *ibid.*, p. 44-45.

³⁷ Id., *ibid.*, p. 45.

ultrapassam determinado limite de injustiça, perdem o caráter jurídico dentro do sistema ao qual estão subordinadas³⁸.

Mais uma vez, o autor se preocupa em destacar que a Fórmula Radbruch não afirma que uma norma perde sua natureza (ou caráter) jurídica quando é injusta; o limiar é mais alto, o caráter jurídico somente se perde quando a injustiça alcança uma medida insuportável³⁹.

A polêmica acerca da Fórmula Radbruch ou do argumento da injustiça, por ser uma conceituação funcional, necessita ser justificada, não somente por argumentos analíticos ou conceituais, mas, também, por argumentos normativos, que devem ser julgados à luz do argumento da correção – o qual, como assinalado anteriormente, é o argumento que serve de base aos demais⁴⁰. Múltiplas são as posições contrárias à Fórmula Radbruch, entretanto, Alexy as resume, quanto ao que há de mais essencial, em oito argumentos. Herbert Hart e Norbert Hoerster são os autores que lançam o maior número dessas críticas rebatidas por Alexy⁴¹.

O primeiro é o argumento lingüístico, que salienta a impossibilidade de, frente à ambigüidade e à vagueza do termo *direito*, alegar um argumento vinculante lingüístico-conceitual contra o argumento da injustiça, mas considera ser possível sustentar que a tese normativa que exige a inclusão de elementos morais, em razão do argumento da injustiça, conduz a um ajuste lingüístico não funcional⁴².

Alexy recusa esta argumentação e afirma que, em casos de leis que ultrapassam o limiar da injustiça extrema, o juiz, no momento da decisão de um caso concreto, tendo em vista que sua sentença também é direito, tem boas razões para deixar de aplicar tal norma, afirmando que esta não é direito, sob pena de contradição⁴³. Isto não se trata de um argumento substancial, mas

³⁸ Id., *ibid.*, p. 45.

³⁹ Id., *ibid.*, p. 45-46.

⁴⁰ Id., *ibid.*, p. 46.

⁴¹ Id., *ibid.*, p. 46.

⁴² Id., *ibid.*, p. 46.

⁴³ Id., *ibid.*, p. 48.

apenas da aplicação funcional do uso lingüístico da expressão *direito*⁴⁴; o argumento lingüístico não deve prejudicar sobre argumentos substanciais, e, sim, ser compatível com as diversas teses substanciais, ou seja, se existirem razões substanciais para a inclusão de argumentos morais ao conceito de direito, o uso da linguagem deve ser neste sentido⁴⁵.

O segundo argumento é o da clareza e diz respeito à clássica crítica de Hart, no sentido de que a adoção da fórmula radbruchiana e, portanto, da opinião dos tribunais alemães – que protestam contra leis reprováveis, a partir da afirmação de que certas normas, em razão de sua insustentabilidade moral, não podem ser direito – gera confusão em uma das críticas morais mais fortes, uma vez que é também uma das mais simples⁴⁶. Afirmar que determinadas normas não são qualquer espécie de direito, visto que altamente reprováveis, significa sustentar algo que muitos desacreditam e que provoca uma série de questões filosóficas polêmicas. Assim, uma vez que se dispõe de inúmeros e sofisticados meios de linguagem clara, não é certo apresentar à crítica moral normas como teses de uma filosofia contestável⁴⁷.

Alexy concorda que, à primeira vista, esta objeção parece ter alguma justificativa, pois um conceito de direito positivista, que exclui qualquer elemento moral é, sem dúvida, mais simples, e, nesta medida, mais claro que um conceito que contenha tais elementos. Mas debate que a clareza, no sentido de simplicidade, não pode ser o único objetivo de uma conceituação; a simplicidade não pode vencer às custas da adequabilidade, e um conceito complexo também pode ser claro dentro de seus limites⁴⁸.

Em verdade, a objeção de Hart ao argumento da clareza não aponta imprecisões conceituais gerais quanto à tese da inclusão, mas, sim, de como ele concebe o conflito entre direito e moral, com o qual, vale ressaltar, não está

⁴⁴ Id., *ibid.*, p. 47.

⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 46-48.

⁴⁶ Id., *ibid.*, p. 48.

⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 48-49.

⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 49.

preocupado, nem mesmo deseja solucionar⁴⁹. Para Hart e os demais positivistas, as exigências do direito e da moral são completamente distintas, a moral pode demandar a desobediência ao direito, já este, mesmo que desobedecido, permanece sendo direito; qualquer outra concepção significaria encobrir a natureza ética do problema com questões relacionadas ao conceito de direito, ou seja, seria transformar um problema de caráter eminentemente ético em jurídico⁵⁰.

Alexy contrapõe-se a esta compreensão e explica que uma visão não positivista não nega o caráter ético do problema, mas, apenas, sustenta que nos casos de injustiça extrema o problema é ao mesmo tempo ético e jurídico, ou seja, de um juízo moral extraem-se conseqüências jurídicas⁵¹.

Gustav Radbruch avaliou que, no período do regime nazista, o positivismo deixou os juristas e os cidadãos indefesos frente a normas arbitrárias, cruéis e criminosas. Nesse sentido, a proposição da Fórmula Radbruch é uma tentativa de proteção ao retorno de um Estado injusto. Herbert Hart, por sua vez, entende que esta posição é ingênua e que o direito não positivado é ineficaz contra a injustiça legal: este é o terceiro argumento a ser debatido, o da efetividade⁵².

Segundo Hoerster, as expectativas de Radbruch quanto à sua fórmula não passam de uma enorme supervalorização dos efeitos que o papel dos teóricos e dos filósofos do direito exerce no comportamento dos cidadãos e dos juristas, uma vez que a mera definição de um conceito é incapaz de modificar a realidade⁵³.

Alexy admite que Hart e Hoerster têm certa razão quando afirmam que definições jurídico-filosóficas não podem, enquanto tais, modificar a realidade; para o juiz de um Estado injusto, afastar a aplicação de uma lei extremamente injusta significa sacrifício pessoal e aceitação de riscos, independentemente do

⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 49.

⁵⁰ Id., *ibid.*, p. 50.

⁵¹ Id., *ibid.*, p. 50.

⁵² Id., *ibid.*, p. 51.

⁵³ HOERSTER apud ALEXY, *El concepto y la validez...*, p. 51.

fato de que o fundamento por ele usado sejam razões puramente morais (como defendido por Hart) ou sejam razões jurídicas (na linha de Radbruch)⁵⁴.

Entretanto, Alexy esclarece que isso não significa que não existam diferenças do ponto de vista da efetividade. Nesse sentido, lança duas possibilidades. Uma primeira diferença se faz evidente no caso do juiz que mede a injustiça legal não com sua consciência, mas com base em uma práxis jurídica, ou seja, se na prática jurídica já existe um consenso, no sentido de que o cumprimento de determinadas exigências mínimas é um pressuposto ao caráter jurídico da atuação estatal, então, nesse caso, o juiz possui mais do que meras justificativas morais, pois dispõe de uma argumentação jurídica enraizada e reconhecida na práxis do direito para afastar a aplicação de uma lei extremamente injusta⁵⁵. Embora este seja um efeito relativamente limitado, não deixa de ser um efeito.

A segunda diferença seria o denominado *efeito do risco*. É bem verdade que o conceito de direito pode fazer muito pouco frente a um Estado injusto que se impôs de forma exitosa. Assim, modificações mais substanciais nessa condição somente seriam possíveis após a derrubada do referido regime. Entretanto, vislumbra-se um efeito suave, mas não pouco importante, do conceito de direito não positivista, que produz conseqüências mesmo durante a permanência de um tal Estado. Este é o referido efeito do risco, ou seja, para o juiz ou qualquer autoridade deste Estado injusto, a situação se esboça diferentemente dependendo de sua interpretação à luz de um conceito positivista ou não positivista de direito⁵⁶.

Isso significa dizer, que ao se operar com um conceito não positivista, que adere à Fórmula Radbruch, aqueles que, em um Estado injusto, perpetrarem injustiças correrão o risco de não mais estarem amparados pelo direito com a queda do regime e, portanto, ficarão vulneráveis a uma punição – o que já não aconteceria com a utilização de um conceito estritamente positivista⁵⁷.

⁵⁴ ALEXY, *El concepto y la validez...*, p. 54.

⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 55.

⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 56.

⁵⁷ Id., *ibid.*, p. 56.

Para Alexy, uma aceitação majoritária ou geral do conceito não positivista aumenta os riscos de punição para as pessoas que cometem ou participam de atos de injustiça respaldados pelo Estado injusto, e isto pode ter como consequência a desistência da prática desses atos, ou seja, pode-se observar o estímulo para que a injustiça não aconteça ou, pelo menos, seja menor. Este seria um exemplo de atuação positiva da Fórmula Radbruch, no contexto de um Estado injusto⁵⁸.

O quarto argumento contrário à adoção da Fórmula Radbruch é de que esta colocaria em perigo a segurança jurídica. Este argumento somente faria sentido se Alexy defendesse a tese da vinculação em sentido forte, ou seja, que qualquer injustiça legal conduz à perda do caráter jurídico. Mas isto não procede, uma vez que o próprio autor afirma que tal situação promoveria um estado de anarquismo que nenhum não positivista sério poderia sustentar⁵⁹.

A questão a ser rebatida, neste ponto, é saber se uma concepção de direito que nega caráter jurídico somente aos casos de injustiça insuportável chega a pôr em perigo a garantia da segurança jurídica. Alexy afirma categoricamente que não. Explica que, com base em uma fundamentação racional, torna-se possível identificar a injustiça de uma ação e que, quanto mais extrema é uma injustiça, mais evidente é o seu reconhecimento⁶⁰.

Reconhece, por óbvio, que existem casos duvidosos, em que o *extremo* não se mostra assim tão evidente, mas, alega que, em comparação com as inseguranças a que, em geral, o conhecimento do direito está vinculado, esses poucos casos suspeitos não demonstram maior relevância. Conclui que a tese da vinculação conduz a uma perda mínima de segurança jurídica.

Desta forma, resta, ao fim, julgar até que ponto é aceitável uma perda mínima de segurança jurídica frente à injustiça extrema. Nesse caso, o valor segurança jurídica deve ser sopesado com o valor da justiça material, visto que a Fórmula Radbruch confere prioridade à segurança jurídica e, apenas em casos

⁵⁸ Id., *ibid.*, p. 56.

⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 57.

⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 57.

extremos, possibilita a inversão dessa hierarquia. Contra esta solução somente seria oponível a adoção da segurança jurídica como princípio absoluto, o que, conforme adverte Alexy apresentaria a dose de fanatismo pertinente a toda e qualquer teoria absoluta⁶¹.

O argumento do relativismo é o de número cinco e encontra-se intimamente relacionado ao anterior, da segurança jurídica. Esta quinta objeção afirma que não apenas a distinção entre injustiça extrema e não extrema é muito difícil, como, em realidade, nenhum juízo de justiça é suscetível a uma fundamentação racional ou objetiva⁶². Na concepção de Hoerster, não existe nenhuma garantia ou tampouco probabilidade de que a moral utilizada pelo juiz ou pelo cidadão seja efetivamente uma moral esclarecida⁶³.

Alexy rechaça essa tese e a classifica de relativismo radical, pois, se fosse adotada, significaria defender que a inclusão de elementos morais ao conceito de direito não é nada mais do que a possibilidade do juiz decidir contra a lei nos casos em que sua preferência subjetiva se encontra afetada⁶⁴. Lembra que a postura não positivista pressupõe, pelo menos, uma ética rudimentar não relativista, algo que já aparece sutilmente nos argumentos da efetividade e da segurança, que com o argumento do relativismo fica explícito⁶⁵.

Radbruch, que antes de 1945 sustentava um conceito de direito positivista, baseado no relativismo, com o final da Segunda Guerra, abandona o ceticismo relativista e passa a fazer referência à experiência histórica que compõe um conjunto básico de direitos humanos e civis, fática e amplamente reconhecidos. Entretanto, Alexy admite que essa referência ao *trabalho dos séculos* não é suficiente para refutar o argumento do relativismo.

Para fazer frente às cétricas objeções relativistas, Alexy lança a tese de que, enquanto o enunciado “a destruição física e material de uma minoria da população por razões racistas constitui uma injustiça extrema” pode ser

⁶¹ Id., *ibid.*, p. 58.

⁶² Id., *ibid.*, p. 58.

⁶³ Id., *ibid.*, p. 58.

⁶⁴ Id., *ibid.*, p. 58.

⁶⁵ Id., *ibid.*, p. 59.

racionalmente fundamentado, o enunciado “a destruição física e material de uma minoria da população por razões racistas não constitui uma injustiça extrema” pode ser racionalmente recusado⁶⁶ e conclui que, se a tese está correta, então, o argumento relativista está desacreditado⁶⁷.

O sexto argumento, da democracia ou da separação de poderes, questiona se o conceito de direito não positivista encerra o perigo do juiz, invocando a injustiça extrema, enfrentar com suas decisões as leis democraticamente legitimadas. Para Alexy, este argumento perde toda a sua força quando se tem em conta que o conceito de direito não positivista nega caráter jurídico somente a casos extremos, tratando-se de uma tese fraca de vinculação. Lembra, também, que os julgamentos sobre direitos fundamentais das Cortes Constitucionais dos Estados Democráticos de Direito vão substancialmente muito além disso⁶⁸. Nesse sentido, quem insiste no uso do argumento da democracia contra uma tese fraca da vinculação teria, também, que negar toda a sujeição judicialmente controlável dos atos legislativos⁶⁹.

O penúltimo argumento a ser rebatido é o da inutilidade, que sustenta a possibilidade de a injustiça legal ser manejada de outras formas, prescindindo da negação do caráter jurídico – como, por exemplo, pela elaboração de leis retroativas por parte dos novos legisladores⁷⁰. Alexy adverte que a análise deste argumento requer especial atenção e deve iniciar com a distinção entre os casos de direito penal e os casos sem natureza penal⁷¹.

Considerando-se que um dos princípios mais elementares do Estado de Direito é o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, torna-se fácil afirmar que sob nenhuma hipótese o legislador poderá formular uma nova legislação penal que seja retroativa; isto significa dizer que, no âmbito do direito penal, não é

⁶⁶ Id., *ibid.*, p. 60.

⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 60-61.

⁶⁸ Id., *ibid.*, p. 61.

⁶⁹ Id., *ibid.*, p. 61.

⁷⁰ Id., *ibid.*, p. 61.

⁷¹ Id., *ibid.*, p. 62.

possível propor uma simples lei retroativa como motivo de desnecessidade da Fórmula Radbruch⁷².

Já nos demais casos, pertencentes a outros ramos do direito que não o penal, a utilização de leis retroativas pode ser usada como solução. Entretanto, cabe questionar os casos em que o legislador, independente do motivo, deixa de atuar, uma vez que, em virtude do direito constitucional vigente, ele não pode se furtar a manifestar-se em relação a uma injustiça extrema que, necessariamente, pertence ao caso⁷³.

Nesse contexto, tendo em vista que a prestação judicial é um direito fundamental, mesmo nos casos de inércia legislativa, caberá ao juiz utilizar-se de um conceito de direito não positivista e garantir o direito fundamental do cidadão. A esta argumentação, soma-se a pretensão de correção que é inerente às sentenças, pois uma decisão que se baseia ou constitui em uma injustiça extrema não atende à referida pretensão⁷⁴.

Por tudo isso, é possível concluir que além do âmbito penal e da proibição de retroatividade da lei penal, há duas razões que desvirtuam o argumento da inutilidade e se mostram a favor da necessidade de um conceito de direito não positivista: o respeito aos direitos dos cidadãos e a pretensão de correção⁷⁵.

O oitavo e último argumento contra a inclusão da Fórmula Radbruch no conceito alexyano de direito, é o da honestidade. Hart assevera que, nos casos penais, o conceito de direito não positivista conduz ao abandono do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ilustrando isso a partir do caso da informante rancorosa – detalhadamente descrito no ponto 1.4 deste trabalho – que, em sua opinião, poderia ter sido resolvido de outras duas maneiras – diferentes da solução proposta pelo Tribunal de Bamberg⁷⁶.

Para Hart, uma das soluções seria a não punição da mulher, e a outra, a condenação com base em uma lei expressamente retroativa. Argumenta que por

⁷² Id., *ibid.*, p. 62.

⁷³ Id., *ibid.*, p. 63.

⁷⁴ Id., *ibid.*, p. 63-64.

⁷⁵ Id., *ibid.*, p. 64.

⁷⁶ Id., *ibid.*, p. 64-65.

mais repugnante que possa ser a utilização de uma lei retroativa no âmbito penal esta solução teria, pelo menos, o mérito da honestidade⁷⁷.

Na visão de Alexy, o argumento da honestidade é o mais forte contra o conceito de direito não positivista, entretanto, nem mesmo tal argumento é capaz de derrubá-lo. A Fórmula Radbruch leva à punibilidade apenas os fatos cujo conteúdo de injustiça seja tão extremo e, portanto, tão evidente que são mais facilmente reconhecíveis do que casos penais comuns. Assim, não se trata de criar novas normas que fundamentem a punibilidade, mas, apenas, eliminar a injustiça que produz a exclusão de punibilidade⁷⁸.

A injustiça era tão clara, extrema e evidente ao momento do fato que qualquer um poderia reconhecê-la; não se modifica retroativamente a situação jurídica, mas, sim, constata-se qual era a situação jurídica no momento do fato, e isso em nada se assemelha ao abandono do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Em seu balanço de todos os argumentos apresentados contra o conceito de direito não positivista, em uma versão fraca da vinculação, e contra o argumento da injustiça, Alexy constata que as razões a favor não são mais fortes do que as objeções⁷⁹.

2.1.1.3 O argumento dos princípios

O argumento dos princípios destina-se ao rechaço da objeção positivista de que a pretensão de correção possui um conteúdo trivial que carece de implicações morais e que, portanto, não pode conduzir a uma conexão conceitualmente necessária entre direito moral⁸⁰.

Enquanto o argumento da injustiça aponta para situações excepcionais – leis extremamente injustas –, o argumento dos princípios trata das questões

⁷⁷ Id., *ibid.*, p. 65-66.

⁷⁸ Id., *ibid.*, p. 66.

⁷⁹ Id., *ibid.*, p. 67.

⁸⁰ Id., *ibid.*, p. 45.

relacionadas à vida jurídica cotidiana. Seu ponto de partida se situa em um conhecimento de metodologia jurídica sobre o qual positivistas e não positivistas estão de acordo: a estrutura aberta do direito e os casos difíceis⁸¹.

As principais razões para essa estrutura aberta são: a vagueza da linguagem jurídica, a possibilidade de contradições entre normas, a falta de normas nas quais se possam fundamentar determinadas decisões e a possibilidade de decisão, em casos especiais, contra o texto de uma norma⁸².

A diferença entre as concepções positivista e não positivista sobre o âmbito de abertura do direito está no fato de que, para a primeira, a decisão dos casos difíceis não será feita com base no direito positivo, pois, se o caso não está previsto nos dispositivos legais, sua decisão também deverá ser fundamentada com razões que estão para fora do direito positivado. Uma vez que somente o direito positivo é direito, tudo aquilo que a ele não diga respeito, também não será direito. Nesses casos, o juiz estará autorizado a decidir com fundamento em pautas não jurídicas ou extrajurídicas e, de certa forma, a criar um novo direito⁸³.

Em contrapartida, a concepção não positivista e o argumento dos princípios sustentam o entendimento de que o juiz, quando no âmbito da abertura do direito positivo, decide de forma jurídica e o faz em razão de uma vinculação necessária entre direito e moral⁸⁴. A base deste entendimento está, pois, na diferença entre regras e princípios.

As regras são normas que, quando cumpridas determinadas condições, ordenam uma conseqüência jurídica definitiva, por isso podem ser chamadas de *mandatos definitivos*, sendo sua forma característica de aplicação a subsunção. Já os princípios são *mandatos de otimização*, ou seja, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso. Isso significa dizer que os princípios podem ser

⁸¹ Id., *ibid.*, p. 73.

⁸² Id., *ibid.*, p. 74.

⁸³ Id., *ibid.*, p. 74.

⁸⁴ Id., *ibid.*, p. 74.

realizados em diferentes graus e que sua forma de aplicação característica será a ponderação⁸⁵.

A comprovação de que este argumento conduz a uma vinculação necessária entre direito e moral se dá através de três teses – da incorporação, da moral e da correção. Vale lembrar que tal vinculação caracteriza-se por ser de natureza conceitual, ter caráter puramente qualificante – diferentemente do argumento da injustiça, que possui um caráter classificante – e ser possível somente na perspectiva do participante⁸⁶.

A tese da incorporação sustenta que todo o sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios⁸⁷, sendo esta incorporação mais facilmente constada nos sistemas plenamente desenvolvidos. Este é o caso da República Federal Alemã, por exemplo⁸⁸.

A Lei Fundamental da Alemanha contempla os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, parágrafo 1º), da liberdade (artigo 2º, parágrafo 1º), da igualdade (artigo 3º, parágrafo 1º), do Estado de Direito, da democracia e do Estado Social (artigos 20 e 28, parágrafo 1º). Isso significa dizer que o sistema jurídico alemão incorporou princípios fundamentais de direito natural e racional, bem como os da moral moderna do direito e do Estado como princípios de direito positivo⁸⁹.

A questão central para este argumento não é descobrir se alguns (e quais) sistemas jurídicos possuem normas de direito positivo com estrutura de princípios, mas, sim, saber se *todos* os sistemas jurídicos *necessariamente* possuem *princípios*⁹⁰. Isto deverá ser respondido sob a perspectiva do participante, ou seja, sob a hipótese do juiz que deve decidir um caso difícil, frente ao âmbito de abertura do direito positivo.

⁸⁵ Id., *ibid.*, p. 75.

⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 75.

⁸⁷ Id., *ibid.*, p. 75.

⁸⁸ Id., *ibid.*, p. 76.

⁸⁹ Id., *ibid.*, p. 76.

⁹⁰ Id., *ibid.*, p. 76.

Um dos critérios para identificar o uso de princípios, nesse tipo de decisão, é saber se o juiz realiza uma ponderação, pois o uso da ponderação está sempre apoiado em princípios. A ponderação é necessária se, e somente se, existirem razões opostas que, por si, constituem razões para uma decisão, mas que não conduzem a uma decisão definitiva (como no caso das regras), porque existe outra razão que, por sua vez, leva a outra decisão⁹¹.

Entretanto, isto também pode ser admitido por um positivista, para quem, no seu entendimento, os princípios ponderados não fazem parte do sistema jurídico, pois são apenas princípios morais, e a necessidade de ponderação é um mero postulado extrajurídico. A isso, Alexy responde que, para um participante, o sistema jurídico não é somente um sistema de normas, mas também um sistema de procedimentos, ou seja, as razões adotadas pelo participante em sua fundamentação e decisão pertencem aos procedimentos, logo, fazem parte, também, do sistema jurídico⁹².

A tal entendimento, Alexy soma o argumento da correção, uma vez que, como visto anteriormente, toda a decisão judicial possui necessariamente uma pretensão de correção. Com isso torna-se possível afirmar que a causa da vinculação da decisão judicial aos princípios é uma pretensão jurídica, e não meramente moral, como alegam os positivistas⁹³.

A pretensão jurídica de correção exige que, nos casos difíceis, faça-se uso da ponderação e, por tanto, dos princípios que dizem respeito ao caso. Assim, a pretensão de correção deixa de ser cumprida se o juiz, em um caso difícil, elege uma das decisões possíveis, afirmando que se houvesse ponderado poderia ter chegado a outra decisão, mas que, entretanto, não ponderou⁹⁴.

Por tudo isso, Alexy afirma perceber claramente que, em todos os sistemas jurídicos nos quais existem casos difíceis, a ponderação é relevante e está exigida, assim como os princípios, ou seja, em todos os sistemas jurídicos que se

⁹¹ Id., *ibid.*, p. 77.

⁹² Id., *ibid.*, p. 77.

⁹³ Id., *ibid.*, p. 78.

⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 78.

encaixam nesse perfil, razões jurídicas fazem dos princípios elementos necessários ao sistema jurídico⁹⁵.

Do reconhecimento de que todos os sistemas jurídicos que alcançaram um estágio mínimo de desenvolvimento necessariamente contêm princípios, não se desprende que exista uma conexão necessária entre direito e moral. Nem mesmo o fato de que todos os sistemas jurídicos desenvolvidos, do tipo Estados de Direito Democráticos, tenham incorporado os princípios fundamentais da moral moderna do direito e do Estado é suficiente para justificar uma vinculação necessária entre direito e moral, pois um positivista poderia argumentar que a inclusão de princípios ao sistema não passa de uma questão de direito positivo⁹⁶.

Para fazer tal comprovação, é preciso lançar mão da segunda tese, a da moral. Mas, antes, há de se distinguir entre duas versões da tese da vinculação: a tese fraca, em que existe uma conexão entre o direito e alguma moral, e a tese forte, em que o direito está vinculado à moral correta. Alexy se interessa, neste momento específico, apenas pela primeira, e sua tese da moral defende que a presença necessária de princípios no sistema jurídico conduz a uma vinculação fraca entre direito e moral⁹⁷.

A tese moral será válida se alguns dos princípios utilizados nos casos difíceis para satisfazer a pretensão de correção pertencer a alguma moral, o que na prática se confirma. Nos casos difíceis, busca-se encontrar respostas que o direito positivo não oferece de forma inequívoca; solucionar um caso prático, no âmbito do direito, significa dizer o que é devido e cabe, ao responsável por esta decisão – sob pena de fundamentá-la somente no argumento da autoridade –, analisar todos os princípios relevantes ao caso, a fim de que possa atender à pretensão de correção. Nesse sentido, entre os princípios relevantes para a solução do caso concreto, encontram-se sempre alguns princípios que pertencem a moral⁹⁸.

⁹⁵ Id., *ibid.*, p. 78.

⁹⁶ Id., *ibid.*, p. 79.

⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 79.

⁹⁸ Id., *ibid.*, p. 80.

A terceira e última tese a favor do argumento dos princípios e da concepção não positivista da vinculação é a tese da correção. As duas primeiras teses apresentadas – incorporação e moral – foram capazes de demonstrar, apenas, uma relação necessária entre direito e alguma moral. Alexy entende que isso é demasiado insuficiente e que a expectativa, ao se falar da relação direito e moral, é no sentido de que este vínculo seja entre direito e uma moral correta⁹⁹.

Assim, a tese da correção cumpre esse papel e defende a existência do vínculo do direito à moral correta. A tese em questão é o resultado de uma aplicação do argumento da correção dentro da esfera do argumento dos princípios.

A tese da correção não vislumbra qualquer dificuldade quando os princípios do direito positivo possuem um conteúdo que é permitido ou exigido moralmente. Um bom exemplo disso são os já referidos seis princípios básicos da República alemã – dignidade humana, liberdade, igualdade, Estado de Direito, democracia e Estado Social. Tomados individualmente, enquanto *mandatos de otimização*, estes princípios devem ser realizados na maior medida possível; considerados conjuntamente, estes princípios exigem a realização aproximada de um ideal jurídico: o ideal do Estado Democrático e Social de Direito¹⁰⁰.

Nos casos difíceis, o juiz estará juridicamente obrigado a otimizar os referidos princípios (ou quaisquer de seus muitos subprincípios) sempre que estes venham a ter relevância para o caso concreto em questão; a resposta dada ao caso jurídico, em razão de seu conteúdo, será, também, uma questão da moral política, pois pelo menos parte dos fundamentos utilizados pelo juiz em sua ponderação terá, quanto ao conteúdo, caráter de elementos morais¹⁰¹.

Nesse contexto, Alexy conclui que a pretensão de correção necessariamente vinculada às decisões judiciais inclui uma pretensão de correção moral. Assim, nos sistemas de direito, cujos princípios jurídicos

⁹⁹ Id., *ibid.*, p. 81.

¹⁰⁰ Id., *ibid.*, p. 81.

¹⁰¹ Id., *ibid.*, p. 81.

positivados possuem um conteúdo moralmente exigido ou admissível, existe uma vinculação necessária entre direito e moral correta¹⁰².

Preocupado em esclarecer de que modo a aplicação do argumento da correção dentro da esfera do argumento dos princípios leva a uma vinculação necessária entre direito e moral correta, Alexy explica que toda pretensão de correção implica, também, uma pretensão de fundamentabilidade. Tal pretensão não se satisfaz com uma fundamentação baseada em alguma moral, pois, para que uma decisão seja correta do ponto de vista de uma moral fundamentável, este juízo deve se basear em uma moral correta, ou seja, a vinculação entre direito e moral correta se estabelece no sentido de que a pretensão de correção moral se estende, também, aos princípios subjacentes¹⁰³.

A tese da vinculação necessária proposta por Alexy conduz à idéia de uma moral correta no sentido de uma moral fundamentada e esta, para o autor, não é de modo algum uma idéia vazia. A vinculação desta moral ao direito significa que a este pertencem não apenas as regras especiais da fundamentação jurídica, mas, também, as regras da argumentação moral, uma vez que o correto no âmbito da moral depende destas regras. Para além disso, “a idéia de uma moral correta possui o caráter de uma idéia regulativa no sentido de um objetivo ao qual se deve aspirar”¹⁰⁴.

2.1.2 A validade do direito

A partir dos três elementos que compõe seu conceito de direito não positivista – eficácia social, correção material do conteúdo e legalidade conforme o ordenamento – Alexy propõe três conceitos de validade correspondentes: o sociológico, o ético e o jurídico¹⁰⁵.

¹⁰² Id., *ibid.*, p. 81-82.

¹⁰³ Id., *ibid.*, p. 82.

¹⁰⁴ Id., *ibid.*, p. 84-85.

¹⁰⁵ Id., *ibid.*, p. 87.

2.1.2.1 O conceito sociológico de validade

O conceito sociológico de validade tem por objeto a validade social do direito. Uma norma vale socialmente na medida em que é obedecida, ou que, em caso de desobediência, aplique-se uma sanção¹⁰⁶.

Esta definição possibilita muitas interpretações, principalmente pela ambigüidade dos termos obediência e sanção. A obediência de uma norma, por exemplo, pode significar a mera correspondência de um comportamento externo ou, então, pode pressupor determinados conhecimentos e motivos por parte daqueles que atuam; pode, ainda, a obediência ser cumprida somente até certa medida, e, portanto, também a sanção, ser aplicada em medidas diferentes. A conseqüência de tudo isso é que eficácia social e, também, a validade social das normas são uma questão de grau ou medida¹⁰⁷.

Uma análise mais profunda das problemáticas relativas ao conceito de validade social cabe ao campo da sociologia jurídica e requer precisão quanto aos questionamentos empíricos¹⁰⁸. Entretanto, para o estudo proposto por Alexy, basta conhecer três informações; a validade social é um assunto de grau; a validade social é conhecida a partir dos critérios da obediência e da aplicação da sanção, em caso de desobediência; e a aplicação das sanções inclui o exercício de coação física estatal¹⁰⁹.

2.1.2.2 O conceito ético de validade

O objeto de análise do conceito ético de validade é a validade moral. A norma será moralmente válida quando estiver moralmente justificada. Enquanto as teorias positivistas do direito ignoram o conceito de validade moral, o conceito ético de validade do direito está subjacente às teorias de direito natural

¹⁰⁶ Id., *ibid.*, p. 87.

¹⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 87.

¹⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 88.

¹⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 88.

e racional. Para estas teorias, a validade das normas não se baseia na eficácia social, nem na legalidade conforme o ordenamento, mas, exclusivamente, na correção do direito, que será demonstrado através da justificação moral¹¹⁰.

2.1.2.3 O conceito jurídico de validade

Enquanto os conceitos ético e sociológico são conceitos puros de validade, uma vez que não precisam conter elementos que lhes sejam alheios, o conceito jurídico se aparelha de elementos externos a seu conceito, pois o sistema de normas que não gera qualquer eficácia social quase não pode ser considerado um sistema jurídico¹¹¹.

Assim, o conceito de validade jurídica inclui, necessariamente, elementos da validade social: se o conceito de validade jurídica se limitar a inclusão da validade social, será um conceito de validade positivista, mas, se também incluir elementos de validade moral, então, será um conceito de validade não positivista¹¹².

O conceito de validade jurídica estabelece dois problemas, um externo e um interno. O problema externo consiste em determinar a relação do conceito jurídico de validade com os demais conceitos – ético e sociológico. Quanto a esta problemática, parece bastante tranquilo afirmar que Alexy defende a necessidade da inclusão de ambos os conceitos, quando propõe sua tese não positivista de direito¹¹³.

O problema interno do conceito jurídico resulta da circularidade do conteúdo do conceito, ou seja, a definição da validade jurídica pressupõe a própria validade jurídica, pois de nenhuma outra forma seria possível afirmar que “determinado órgão é competente para o ato” ou que “determinada norma

¹¹⁰ Id., *ibid.*, p. 88.

¹¹¹ Id., *ibid.*, p. 89.

¹¹² Id., *ibid.*, p. 89.

¹¹³ Id., *ibid.*, p. 89-95.

foi elaborada dentro do procedimento previsto”. Para solucionar esta problemática, Alexy se socorre da noção de *norma fundamental*¹¹⁴.

2.1.3 Uma proposta de definição

Ao final do longo percurso que havia estabelecido com a intenção de formular seu conceito de direito não positivista, Alexy reúne esforços para apresentar o resultado de suas considerações, a partir de uma definição marcada pela perspectiva do participante, que engloba o conceito de validade e que é dividida em três partes, correspondentes aos argumentos da correção, da injustiça e dos princípios. Nas palavras de Alexy,

o direito é um sistema de normas que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição em geral eficaz e que não são extremamente injustas, como assim, também, na totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição e que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e não são extremamente injustas e ao qual (3) pertencem os princípios e os outros argumentos normativos nos quais se apóia o procedimento da aplicação do direito e/ou tem que apoiar-se a fim de satisfazer a pretensão de correção¹¹⁵.

2.2 O MODELO DE TRÊS NÍVEIS DO SISTEMA JURÍDICO

O modelo de sistema jurídico proposto por Alexy é pensado a partir do debate entre duas concepções básicas, a do legalismo e a do constitucionalismo. Na visão do autor, um dos exemplos mais importantes da posição constitucionalista é a jurisprudência axiológica do Tribunal Constitucional

¹¹⁴ Id., *ibid.*, p. 89 e 95-96.

¹¹⁵ Id., *ibid.*, p. 123. Tradução da autora. Na edição em espanhol: “el derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”.

Federal Alemão, divulgada pela primeira vez em 1958, com a paradigmática decisão Lüth¹¹⁶.

A fundamentação elaborada para esse caso entende que a Constituição contém, em seu capítulo destinado aos direitos fundamentais, uma *ordem objetiva de valores*. A idéia de que ao sistema jurídico pertencem não apenas normas do tipo tradicional, mas também valores – valores de categoria constitucional – exerce um *efeito de irradiação*, para todo o direito ordinário que tem amplas conseqüências. A Constituição deixa de ser apenas base de autorização e moldura do direito ordinário, uma vez que, a partir de conceitos como dignidade humana, liberdade, igualdade, Estado de direito e democracia, o texto constitucional proporciona um conteúdo substancial a todo o sistema jurídico¹¹⁷.

As críticas contra este entendimento se dão por diversos argumentos, que podem ser agrupados pela posição comum do legalismo, embora esta corrente não tenha sido capaz de propor um contramodelo unitário¹¹⁸. A crítica legalista de Forsthoff é que “a jurisprudência se autodestrói se não sustenta incondicionalmente que a interpretação da lei é a obtenção da subsunção correta no sentido da inferência silogística”¹¹⁹.

A posição legalista, na visão de Alexy, pode ser resumida em quatro elementos centrais: (1) norma à valor; (2) subsunção à ponderação; (3) independência do direito ordinário à onipresença da Constituição; (4) autonomia do legislador democrático dentro da moldura constitucional à onipresença judicial apoiada na Constituição, sobretudo do Tribunal Constitucional Federal Alemão¹²⁰.

Exemplo dessa corrente é o voto dissidente (e minoritário, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, quanto ao conteúdo), de

¹¹⁶ ALEXY, Robert. Sistema Jurídico y Razón Práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 159.

¹¹⁷ ALEXY, *Sistema jurídico...*, p. 159.

¹¹⁸ Id., *ibid.*, p. 160.

¹¹⁹ FORSTHOFF apud ALEXY, *Sistema jurídico y...*, p. 160. Tradução da autora. Na edição em espanhol: “la jurisprudencia se autodestruye si no sostiene incondicionalmente que la interpretación de la ley es la obtención de la subsunción correcta en el sentido de la inferencia silogística”.

¹²⁰ ALEXY, *Sistema jurídico y...*, p. 160.

1985, proferido na decisão sobre objeção de consciência. A idéia central apresentada nesse voto é de que, contra o enfoque axiológico dos demais juízes – que eram maioria –, a *clara estrutura normativa* da Constituição acabaria eliminada no altar da ponderação entre elementos em tensão¹²¹. Assim, a Constituição perderia sua *determinação substancial*; as determinações constitucionais ficariam “degradadas à categoria de material para ponderação na tomada de decisão dos juízes”¹²². Em conclusão, a adoção da posição constitucionalista teria como conseqüência que “o direito aplicável não teria mais sua sede de aplicação na Constituição, mas no juízo de ponderação dos juízes”¹²³.

Alexy constata que subjaz, na polêmica entre as posições legalista e constitucionalista, profundas diferenças quanto à compreensão da estrutura do sistema jurídico, e é com base nessa perspectiva que o autor propõe um modelo de sistema jurídico de três níveis, orientado pelo conceito de razão prática e que constitui um argumento em favor de um constitucionalismo moderado¹²⁴.

Para compreender o modelo de Alexy, primeiro há de se fazer a distinção entre regras e princípios¹²⁵ – base fundamental do argumento alexyano. Ambos,

¹²¹ Id., *ibid.*, p. 161.

¹²² Id., *ibid.*, p. 161. Tradução da autora, no original em espanhol: “degradadas a la categoría de material de ponderación substancial”.

¹²³ Id., *ibid.*, p. 161. Tradução da autora. Na edição em espanhol: “el derecho aplicable (no tendría) su sede ya en la Constitución sino en el juicio de ponderación del juez”.

¹²⁴ ALEXY, *Sistema jurídico y...*, p. 161.

¹²⁵ Ao se manifestar sobre a distinção entre princípios e valores, Alexy afirma que ambas categorias estão estreitamente relacionadas em dois sentidos: tanto princípios, quanto valores podem colidir, bem como podem ser realizados em diferentes graus. Enquanto os princípios possuem uma estrutura deontológica, estando voltados a ordens, proibições, permissões e direitos, os valores possuem uma estrutura axiológica, ou seja, se caracterizam pelo fato de que seu conceito fundamental não é um mandato de *dever*, mas, sim, do que é *bom*. Ao final de sua análise, o autor constata que a diferença entre valores e princípios se reduz a um único ponto: o que em um modelo de valores é *prima facie* bom, em um modelo de princípios é *prima facie* devido. Assim, princípios e valores se diferenciam por seu caráter, respectivamente, deontológico e axiológico, e, uma vez que o direito trata daquilo que é devido, o modelo de princípios mostra-se mais coerente. Entretanto, apesar da vantagem dos princípios expressarem um caráter de dever ser, Alexy não descarta absolutamente as possibilidades de uma argumentação jurídica baseada num modelo de valores. Para o autor, isso seria possível se os juízos sobre determinadas soluções pudessem afirmar que algo, ao invés de ser melhor do ponto de vista do direito constitucional, é devido inconstitucionalmente. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 138-147.

regras e princípios, são normas, assim, sua diferença situa-se na classe das normas¹²⁶. Como visto anteriormente, enquanto princípios são *mandatos de otimização*, as regras são *mandatos definitivos*.

Isso significa que princípios são normas que ordenam a realização de algo *na maior medida possível* e, assim, podem ser satisfeitos em diferentes graus, visto que seu cumprimento se dá não apenas em relação às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, determinadas pelas regras, mas, também, por outros princípios opostos, ou seja, os princípios são ponderáveis: a ponderação é a forma característica de aplicação dos princípios¹²⁷.

Já as regras são normas de aplicação *tudo ou nada* – ou são satisfeitas ou não, ou são aplicáveis ao caso concreto ou não –, estas contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível. As regras não necessitam e não são suscetíveis à ponderação, sendo sua forma característica de aplicação a subsunção¹²⁸.

A melhor forma de visualização da diferença entre regras e princípios são os casos de colisão. Na colisão de regras, a solução da contradição se dá pela eliminação de uma das regras e aplicação da outra com a qual concorria. Já na colisão de princípios, importa saber qual o valor ou interesse – que em abstrato são de mesmo nível – tem maior peso no caso concreto. O conflito entre princípios é uma situação de tensão (e não de contradição, como nas regras) entre valores ou interesses, representados pelos princípios, que se resolverá na determinação de uma relação de precedência, a partir das circunstâncias do caso em questão¹²⁹.

Com base no comportamento dos princípios em colisão, é possível observar uma grande coincidência estrutural destes com os valores: por exemplo, o princípio de proteção à vida pode ser identificado com o valor vida,

¹²⁶ ALEXY, *Sistema jurídico y...*, p. 162.

¹²⁷ Id., *ibid.*, p. 162.

¹²⁸ Id., *ibid.*, p. 162.

¹²⁹ Id., *ibid.*, p. 163-164.

assim como o princípio da manutenção da integridade física pode ser identificado com o valor integridade física, e assim por diante¹³⁰.

Na concepção de Alexy, toda colisão de princípios é também uma colisão de valores, e toda colisão de valores é também uma colisão de princípios. A diferença entre ambos é que na colisão de princípios se faz uma escolha do que é *devido*; e na colisão de valores, do que é *melhor*. Assim, os princípios possuem caráter deontológico; os valores, um status axiológico¹³¹.

Alexy se dedica, primeiro, a reconstruir os modelos de sistema jurídico baseados somente em regras ou em regras e princípios, apontando suas insuficiências e inadequabilidades, para, então, apresentar seu modelo de três níveis¹³².

Um sistema somente de regras se caracteriza por uma peculiar relação entre vinculação e abertura. O sistema jurídico apresenta um alto grau de vinculação, pois as regras determinam a decisão dos casos; uma vez que a decisão decorre da conseqüência lógica da regra em conexão com uma descrição indiscutível do tipo de fato. Ocorre que as regras não determinam todas as decisões – como o demonstram, não raras vezes, a aparição dos casos difíceis e o entendimento da metodologia jurídica atual –, e, uma vez que o juiz está vinculado juridicamente somente por regras, em muitos casos, apresentará decisões sem qualquer vinculação jurídica, evidenciando, também, o alto grau de abertura do sistema jurídico somente de regras¹³³.

Este sistema apresenta dois grandes empecilhos ou inconveniências. O primeiro é que nenhuma legislação – por mais perfeita que seja em termos de estipulação de regras e formas de interpretação – pode garantir qualquer determinação ou segurança jurídica permanente, pois neste modelo, determinação e segurança também seriam uma questão de *tudo ou nada*. Assim, o juiz oscila entre estar totalmente vinculado ou não possuir qualquer vinculação

¹³⁰ Id., *ibid.*, p. 164.

¹³¹ Id., *ibid.*, p. 164.

¹³² Id., *ibid.*, p. 161.

¹³³ Id., *ibid.*, p. 166.

no momento da decisão: tal característica será denominada, por Alexy, *lacunas de abertura*¹³⁴.

A segunda dificuldade desse sistema se dá especialmente em Estados do tipo constitucional democrático, que se caracterizam por seus catálogos de direitos fundamentais. Se uma Constituição, nesse tipo de ordenamento, reconhece um direito fundamental e, ao mesmo tempo, dá competência ao legislador ordinário para regulá-lo, estará propondo duas regras, permitindo ao legislador ordinário dispor do conteúdo essencial do direito fundamental até seu limite. Nesse sentido, o direito fundamental se torna vazio e não há forma de solucionar isso no mero âmbito das regras¹³⁵.

Alexy entende que as críticas da *lacuna de abertura* e do *esvaziamento* não afirmam a irracionalidade do sistema somente de regras, mas demonstram uma concepção restrita de realização da racionalidade prática no sistema jurídico. Nesse contexto, o autor se propõe a examinar um modelo mais abrangente, que contenha regras e princípios.

Em um modelo de sistema jurídico que contenha regras e princípios, por um lado, se conserva a força vinculante das regras, mas, por outro, o sistema se torna fechado, uma vez que todos os casos podem ser resolvidos mediante a adoção de critérios jurídicos (princípios). Nesse sentido, a adoção dos princípios resolve as duas problemáticas do sistema somente de regras, tendo em vista que ambas, *lacunas de abertura* e *esvaziamento*, se tornam solucionáveis¹³⁶.

O problema da *lacuna de abertura* desaparece na medida em que a adoção dos princípios fornece critérios jurídicos para a decisão juiz; quanto ao problema do esvaziamento, os *direitos fundamentais* passam a ser interpretados na perspectiva da teoria dos princípios e possuem força própria que atua contra tentativas de restrição¹³⁷.

¹³⁴ Id., *ibid.*, p. 166.

¹³⁵ Id., *ibid.*, p. 167.

¹³⁶ Id., *ibid.*, p. 168.

¹³⁷ Id., *ibid.*, p. 168.

As críticas contra este modelo de regras/princípios podem ser agrupadas, na análise de Alexy, em três grandes objeções – substancial, de competência e metodológica –, às quais o autor entende ser capaz de todas refutar¹³⁸.

A objeção substancial refere que uma teoria dos princípios estruturalmente coincidente com uma teoria dos valores leva à destruição da liberdade individual, no sentido liberal. Contra isso, Alexy lembra que a liberdade de fazer ou omitir também pode ser objeto de um princípio que ordene uma situação de regulação jurídica com o menor número possível de proibições. A questão central, para este argumento, é garantir o maior grau de realização deste princípio frente a princípios opostos¹³⁹.

A objeção da competência diz respeito ao temor de que a adoção de uma teoria dos princípios conduza a um inadmissível deslocamento do poder – do Parlamento para os Tribunais (especialmente as Cortes Constitucionais) – ou melhor, de que o direito infraconstitucional legislado se perca frente a uma onipresença do direito constitucional baseado em princípios. Alexy não dá grande atenção a esta crítica e apenas se contenta em afirmar que existem não apenas princípios materiais, mas também formais ou procedimentais, dos quais se destaca o princípio formal da competência de decisão do legislador legitimado democraticamente¹⁴⁰.

A terceira e última objeção – a metodológica – é a mais séria e difícil de rebater. Tal crítica sustenta que a incorporação de princípios não representa qualquer benefício ao sistema jurídico, pois com a presença permanente de princípios opostos e tensionados, tudo é possível de ser fundamentado, e isso em nada se diferencia da completa abertura gerada pela sua não inclusão, ou seja, o fechamento prometido seria apenas aparente, visto que as decisões seriam sempre fundamentadas mediante argumentos jurídicos – não em razão da previsão de soluções pelo sistema, mas, sim, pelo excesso de pautas jurídicas¹⁴¹.

¹³⁸ Id., *ibid.*, p. 168.

¹³⁹ Id., *ibid.*, p. 168-169.

¹⁴⁰ Id., *ibid.*, p. 169.

¹⁴¹ Id., *ibid.*, p. 170.

Alexy defende a superação desta crítica através da compreensão de uma ordem de princípios caracterizada por três elementos: (1) um sistema de condições de precedência; (2) um sistema de estruturas de ponderação; e (3) um sistema de prioridades *prima facie*¹⁴².

As condições de precedência, em termos gerais, significa uma lei que vale para todas as colisões entre princípios e que tem por conteúdo o pressuposto de que “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem a hipótese de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”¹⁴³. As condições ou regras de precedência no sistema jurídico proporcionam a idéia do peso relativo dos princípios¹⁴⁴.

O segundo elemento, a favor de uma ordem de princípios, proposto por Alexy, é de um sistema de estruturas de ponderação. Este é resultado do caráter de *mandatos de otimização* dos princípios, ou seja, da exigência de que estes se realizem o mais amplamente possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Enquanto a referência às possibilidades fáticas diz respeito às máximas da adequação e da exigibilidade, a referência às possibilidades jurídicas implica a lei de ponderação formulada nos seguintes termos: “quanto maior for o grau de não realização ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância ou satisfação de outro”¹⁴⁵, esta não é outra coisa senão a máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, o terceiro elemento são as prioridades ou precedências *prima facie*. Estas não significam que determinados princípios terão prioridade definitiva em relação a outros princípios, mas, sim, que estabelecem uma carga de

¹⁴² Id., *ibid.*, p. 170.

¹⁴³ Id., *ibid.*, p. 171 Tradução da autora. Na edição em espanhol: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.

¹⁴⁴ ALEXY, *Sistema jurídico y...*, p. 171.

¹⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 171-172. Tradução da autora. Na edição em espanhol: “cuanto mayor sea el grado de no realización o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

argumentação, ou seja, criam certos critérios para a compreensão de determinadas preferências. Um bom exemplo disso é a preferência *prima facie* genérica da liberdade¹⁴⁶.

A superioridade do modelo de regras e princípios sobre o modelo somente de regras é mais que evidente para Alexy. Considerando que a teoria dos princípios permite a estruturação racional da decisão judicial no âmbito da abertura (lacunas) do direito, a renúncia aos princípios não significaria nada menos do que a renúncia à própria racionalidade¹⁴⁷.

Mas os argumentos em favor desta teoria não são apenas metodológicos, há ainda razões substanciais para tal incorporação, uma vez que os princípios constitucionais fundantes – como os já referidos princípios da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, do Estado de Direito, da democracia e do Estado social – incorporam aos Estados constitucionais e democráticos de direito, na forma de direito positivado, as principais fórmulas do direito racional moderno¹⁴⁸. Como explica Alexy, somente uma teoria dos princípios pode “adequadamente conferir validade a conteúdos da razão prática incorporados ao sistema jurídico no mais alto grau de hierarquia e como direito positivo de aplicação direta”¹⁴⁹.

Entretanto, a inclusão dos princípios resolve somente o problema da vinculação no sentido restrito do resultado, pois, apesar de superar as *lacunas de abertura* das regras, resta a lacuna da indeterminação dos próprios princípios, já que nem princípios, nem regras, regulam por si próprios sua aplicação, sendo, apenas, o lado passivo do sistema. Para a elaboração de um quadro completo, Alexy fará, então, sua formulação de um modelo de três níveis, incorporando

¹⁴⁶ ALEXY, *Sistema jurídico y...*, p. 172.

¹⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 172-173.

¹⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 173.

¹⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 173.

um terceiro nível, de caráter ativo, orientado ao procedimento de aplicação das regras e princípios¹⁵⁰.

O sistema jurídico idealizado por Alexy é, portanto, orientado pelo conceito de razão prática e se descreve por um modelo de três níveis, composto por regras, princípios e procedimentos, sendo este último o responsável pela garantia da racionalidade¹⁵¹. Esta idéia de um procedimento que garanta a racionalidade pode se referir tanto à formulação do direito, quanto à sua aplicação, visto que para Alexy, interessa, nesse contexto específico, apenas a análise da aplicação do direito¹⁵².

A elaboração desse procedimento que irá garantir a racionalidade na aplicação do direito ficará a cargo da Teoria da Argumentação Jurídica, que deverá desempenhar duas tarefas. A primeira resulta da racionalidade da pertinência ao sistema jurídico nos níveis das regras e dos princípios, os quais exigem o desenvolvimento de regras metodológicas que assegurem sua vinculação. A segunda tarefa resulta da consciência da impossibilidade de um sistema de regras metodológicas que estabeleça somente um resultado para cada caso, tendo em vista que os casos difíceis requerem valorações que não podem ser obtidas necessariamente do direito positivado e, portanto, a racionalidade do procedimento depende de saber em que medida as valorações adicionais, necessárias para a resolução do caso concreto, são passíveis de um controle racional¹⁵³.

No centro do debate sobre a possibilidade de um procedimento de aplicação do direito que garanta racionalidade, está a questão da fundamentabilidade dos juízos de valor. Para além das antigas posições subjetivistas e relativistas, por um lado, e objetivistas e cognitivistas, por outro,

¹⁵⁰ Id., *ibid.*, p. 173.

¹⁵¹ Id., *ibid.*, p. 173-174.

¹⁵² Id., *ibid.*, p. 174.

¹⁵³ Id., *ibid.*, p. 174-175.

Alexy defende a possibilidade de teorias morais procedimentais que formulem regras para a argumentação prática racional. Uma dessas versões é especialmente interessante para Alexy, a teoria do discurso prático racional¹⁵⁴ de Jürgen Habermas¹⁵⁵.

O núcleo desta teoria habermasiana é a proposição de um sistema de regras e princípios do discurso, cuja observância garante a racionalidade da argumentação e de seus resultados. Alexy identifica, em resumo, quatro postulados de racionalidade prática procedimental para esta teoria: (1) um grau máximo de clareza lingüístico-conceitual; (2) um grau máximo de informação empírica; (3) um grau máximo de universalização; e (4) um grau máximo de não prejulgamento. Todas estas exigências são claramente ideais, razão por que, em um contexto real, somente poderão ser alcançadas de forma aproximada, excluindo-se qualquer possibilidade de certezas absolutas em todos os casos¹⁵⁶.

A razão prática não se caracteriza por uma aplicação absoluta (*tudo ou nada*), mas, sim, aproximada, em que sua realização suficiente não garante correção definitiva. O fato da correção garantida ser apenas relativa apresenta, segundo Alexy, motivo mais do que suficiente para a incorporação de uma racionalidade prática procedimental ao sistema jurídico de regras e princípios¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 175.

¹⁵⁵ A respeito da produção teórica de Jürgen Habermas, ver HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2005; HABERMAS, Jürgen. O filósofo como verdadeiro professor de direito. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 179-190, jun./dez. 2005; HABERMAS, Jürgen. *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*. Buenos Aires: Paidós, 2004; HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação. Ensaios filosóficos*. São Paulo: Landy, 2004; HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*. 4. ed. Madrid: Taurus, 2003; HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa II*. 4. ed. Madrid: Taurus, 2003; HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002; HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2002; HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 2001; HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Piaget, 1999; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia I. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia II. Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; HABERMAS, Jürgen. *Dialética e hermenêutica. Para a crítica da hermenêutica de Gadamer*. Porto Alegre: L&PM, 1987; HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982; HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Piaget, [s. d.].

¹⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 176.

¹⁵⁷ Id., *ibid.*, p. 176.

Alexy conclui que, no modelo de três níveis por ele defendido, cada um dos níveis proporciona uma contribuição necessária à racionalidade do sistema jurídico. Embora cada nível apresente deficiências sérias quando considerado individualmente, a vinculação dos três conduz a um alto grau de compensação recíproca¹⁵⁸.

Retomando o debate entre as posições legalista e constitucionalista, fica evidente que um modelo de sistema jurídico de três níveis é o que realiza, em maior medida, a razão prática e, portanto, melhor se harmoniza com uma concepção de constitucionalismo moderado¹⁵⁹.

2.3 A PRETENSÃO DE CORREÇÃO NA TESE DO CASO ESPECIAL

O discurso jurídico pode assumir diversas formas: de discussão da ciência (dogmática jurídica), de deliberação dos juízes ou tribunais em casos concretos, de debate das questões político-jurídicas nos órgãos legislativos, de discussão entre advogados ou acadêmicos a respeito de questões jurídicas controversas, entre outros¹⁶⁰.

A distinção entre essas formas de discussão pode ser estabelecida a partir de muitos critérios – como, por exemplo, institucionalização, limitação temporal, vinculação das decisões –, mas o ponto comum a todas elas é que, nas discussões jurídicas, a argumentação é sempre jurídica, ou seja, está sempre vinculada ao direito vigente. E esta é a principal diferença entre uma argumentação jurídica e uma argumentação prática geral¹⁶¹.

Nesse sentido, Alexy entende que o discurso ou a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral. É discurso porque se trata de uma atividade lingüística; é prático porque se preocupa com a correção dos

¹⁵⁸ Id., *ibid.*, p. 176.

¹⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 177.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 209.

¹⁶¹ Id., *ibid.*, p. 210.

enunciados normativos; e, por fim, é um caso especial porque a discussão se dá a partir de uma limitação específica, sua limitação jurídica¹⁶².

A tese do caso especial se fundamenta, assim, em três premissas: (1) o discurso jurídico se ocupa de questões práticas, ou seja, daquilo que pode ser feito ou omitido; (2) o discurso jurídico é realizado sob o prisma de uma pretensão de correção (a pretensão de justiça seria um caso da pretensão de correção)¹⁶³; e (3) a discussão jurídica ocorre dentro de limites específicos – elemento que justifica a especialidade do caso –, vinculados à natureza jurídica do debate¹⁶⁴.

Essa distinção significa que no discurso jurídico não se pretende sustentar que uma proposição seja mais racional do que outra, mas, sim, que tal proposição pode ser fundamentada racionalmente, dentro dos limites do direito positivo vigente em determinado ordenamento jurídico. Desta forma, o procedimento aplicado ao discurso jurídico se define, de um lado, pelas regras e formas do discurso prático geral, mas, de outro, também pelas regras e formas específicas do discurso jurídico – que, sinteticamente, podem ser enumeradas como sujeição à lei, aos precedentes jurídicos e à dogmática jurídica¹⁶⁵.

A tese da argumentação jurídica como um caso especial é uma das mais extensas e complexas proposições de Alexy, e a análise de todos os elementos desta construção extrapolaria os limites do presente trabalho. Nesse sentido, interessa apresentar, no que se refere ao tema aqui abordado, apenas a questão da pretensão de correção no âmbito do caso especial, razão pela qual se justifica a delimitação do conteúdo a seguir desenvolvido.

Como visto acima, a pretensão de correção dos discursos jurídicos é bastante distinta da pretensão estabelecida nos discursos práticos gerais, pois, diferentemente desta, os discursos jurídicos não pretendem a mera racionalidade do enunciado, mas, sim, que o enunciado jurídico normativo seja, além de

¹⁶² Id., *ibid.*, p. 44-45 e 210.

¹⁶³ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 172.

¹⁶⁴ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 210- 211.

¹⁶⁵ ATIENZA, *As razões do direito...*, p. 172.

racional, fundamentado racionalmente dentro do contexto do ordenamento jurídico vigente¹⁶⁶. Essa relação de semelhanças e diferenças entre as pretensões de correção do discurso jurídico e do discurso prático geral é denominada por Alexy de “coincidência parcial na pretensão de correção”¹⁶⁷.

Nesse sentido, diversos argumentos se colocam a favor da pretensão de correção. O mais defendido por Alexy é a possibilidade de se comprovar que, em todas as formas de discurso jurídico, efetuam-se fundamentações e que todo aquele que fundamenta pretende que sua fundamentação seja acertada, isto é, que sua afirmação seja correta. Assim como nos discursos gerais, também no discurso jurídico não é admissível que alguém afirme algo, deixe de fundamentar e não justifique o porquê de sua omissão¹⁶⁸.

Na argumentação jurídica, a exigência de fundamentação e a pretensão de correção podem ser satisfeitas de diversas formas, exemplo disso, nos Estados do tipo constitucionais e democráticos de direito, como a República Alemã, é a exigência de fundamentação nas sentenças judiciais proferidas pelos juízes, mediante a vinculação das mesmas com o direito positivado¹⁶⁹.

Conforme explica Atienza, para Alexy, o direito está necessária e conceitualmente ligado a uma moral procedimental e universalista e, por isso, contém uma dimensão ideal. Tal dimensão corresponde à pretensão de correção necessariamente proposta pelas decisões jurídicas, pelas normas isoladas e pelo conjunto dos sistemas jurídicos (ou seja, pela discussão jurídica como um todo). Assim, é possível afirmar que a pretensão de correção, se considerada como idéia reguladora, tem, em certo sentido, um caráter absoluto¹⁷⁰.

É em virtude dessa concepção reguladora que Atienza afirma que Alexy não abandona por completo a tese da única resposta correta¹⁷¹, uma vez que

¹⁶⁶ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 212.

¹⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 276.

¹⁶⁸ Id., *ibid.*, p. 212.

¹⁶⁹ Id., *ibid.*, p. 212.

¹⁷⁰ ATIENZA, *As razões do direito...*, p. 182.

¹⁷¹ Id., *ibid.*, p. 183.

o ponto decisivo aqui é que os respectivos participantes de um discurso jurídico, se suas afirmações e fundamentações hão de ter um sentido pleno, devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, elevar a pretensão de que a sua resposta é a única correta. Isso significa que eles devem pressupor a única resposta correta como idéia reguladora. A idéia reguladora da única resposta correta não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta correta. Só pressupõe que, em alguns casos, se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta¹⁷².

Como se depreende da leitura acima, a pretensão de correção, no âmbito específico da teoria do discurso (seja jurídico ou prático geral), terá como base uma concepção absolutamente procedimental da correção¹⁷³.

Em razão de seu vínculo com as limitações do discurso prático e a pretensão de correção, a tese da única resposta correta é o próximo tema a ser abordado.

2.4 UMA TESE FRACA DA ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Mesmo com a constatação da fundamental importância da pretensão de correção e da possibilidade de fundamentação racional das decisões – através da razão prática inserida no modelo de regras/princípios/procedimentos do

¹⁷² ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, 1988, p. 151. Tradução da autora. Na edição em espanhol: “el punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, se sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de su existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única repuesta correcta”.

¹⁷³ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 300.

sistema jurídico –, não é possível defender com Alexy a tese de que cada caso apresenta uma única resposta correta¹⁷⁴.

Embora Alexy afirme defender uma versão frágil da tese da única resposta correta – com base na crítica às insuficiências da teoria dos princípios de Ronald Dworkin, à qual é agregado seu modelo de sistema jurídico de três níveis, especialmente o terceiro deles, ou seja, a teoria da argumentação jurídica orientada pela razão prática –, esta defesa é tão distinta da tese da única resposta proposta por Dworkin que a concepção de Alexy não pode com ela ser igualada ou, até mesmo, aproximada¹⁷⁵.

Alexy entende que a questão da única resposta correta depende, essencialmente, da possibilidade de o discurso prático conduzir a uma única resposta correta para cada caso, o que se daria somente com a garantia do consenso. Mas, na opinião do autor, isso não se sustenta frente ao simples esboço de condições reais, sob as quais tudo se dá de maneira apenas aproximada. Fora de um discurso ideal¹⁷⁶, o consenso fica excluído¹⁷⁷.

Além disso, tendo em vista vez que são possíveis pontos de partida diferentes do discurso – pois estes são formados pelas convicções normativas, interesses, interpretações e informações empíricas de cada participante – e uma vez que não estão minimamente determinados os modos como se entrecruzam as interpretações, como devem ser modificadas as convicções normativas e como os interesses devem ser limitados, pode-se concluir que são possíveis diferentes resultados para cada caso¹⁷⁸.

Para que existisse, verdadeiramente, apenas uma resposta correta para cada caso, Alexy considera ser necessário recorrer a cinco idealizações: tempo ilimitado, informação ilimitada, clareza lingüística e conceitual ilimitada,

¹⁷⁴ Esta questão foi introduzida no debate acadêmico por Ronald Dworkin, a partir de sua *One right answer thesis*, cuja primeira referência data de 1977 e consta no artigo *Is there really no right answer in hard cases?*, publicado no *A Matter of Principle*, Oxford University Press.

¹⁷⁵ ALEXY. *Sistema jurídico, princípios jurídicos...*, p. 140.

¹⁷⁶ Sobre a análise de um discurso ideal ver ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 8, p. 71-85, jan.-jul. 1996. Em especial, p. 74-81.

¹⁷⁷ ALEXY. *Sistema jurídico, princípios jurídicos...*, p. 151.

¹⁷⁸ ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 47.

capacidade e disposição ilimitada para a modificação de papéis e ausência de prejuízos ilimitada¹⁷⁹.

Entretanto, Alexy entende que o fato de não existir, em realidade, uma única resposta correta ao caso concreto – pois é evidente a impossibilidade de um procedimento que permita isso com a segurança intersubjetivamente necessária –, não implica que é preciso renunciar, por completo, à idéia de uma única resposta correta¹⁸⁰.

Por tudo isso, torna-se possível concluir que o viés da tese da única resposta correta defendida por Alexy, como visto anteriormente, só terá lugar em um plano ideal, ou seja, a idéia da única resposta será manejada pelos participantes como uma pretensão de que suas respostas estejam corretas. A tese funcionará como idéia reguladora, que apenas pressupõe a existência de uma resposta correta para cada caso e que, portanto, deve ser algo almejado pelos participantes do discurso jurídico.

2.5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRETENSÃO DE CORREÇÃO

Ao final desta análise, em que se buscou demonstrar a vinculação entre direito e moral, defendida nos diversos trabalhos e áreas que compõe a obra de Alexy, cabe trazer, a título de fechamento e coesão dos diversos tópicos apresentados, algumas últimas considerações do autor sobre o conceito de pretensão de correção.

Já é consenso entre positivista e não positivistas que o direito é mais do que a pura faticidade da regulação de condutas, ordens, disposições psíquicas ou o mero exercício de coação, tendo em vista que o direito possui a dimensão – que lhes é superior – de fazer uma crítica reflexiva. Para muitos autores,

¹⁷⁹ ALEXY. *Sistema jurídico, princípios jurídicos...*, p. 151.

¹⁸⁰ Id., *ibid.*, p. 151.

incluindo Alexy, isso significa afirmar que o direito formula uma pretensão de correção¹⁸¹.

A pretensão de correção, na construção teórica de Alexy, permanece, como visto anteriormente, no centro do debate sobre a relação entre direito e moral, e é o maior argumento do autor contra a concepção positivista¹⁸². Mas este não é um conceito de fácil assimilação, razão pela qual Alexy propõe uma análise detalhada sobre o referido conceito, discutindo o que entende por pretensão de correção (2.5.1) e quais as implicações desta para a relação direito e moral (2.5.2).

2.5.1 O conceito de pretensão de correção

Afirmar que todos os seres humanos ou, mais especificamente, que todos os sujeitos de direito podem formular pretensões de correção com base no direito não é algo que precisa de maiores explicações. Entretanto, Alexy questiona como seria possível a formulação de uma pretensão pelo próprio direito enquanto tal¹⁸³.

Explica o autor que, em um sentido estrito, somente sujeitos capazes podem fazer tais formulações e que o direito, nesse sentido, não possui tal capacidade – não enquanto normas isoladas, nem enquanto sistema jurídico. Assim, resta apenas a possibilidade de vincular a pretensão de correção às pessoas que atuam no direito – criando, interpretando, aplicando e impondo¹⁸⁴.

Esta vinculação a sujeitos individuais poderia levantar a crítica de que tal pretensão é demasiado subjetiva. Entretanto, Alexy logo explica que tal formulação apresenta caráter objetivo, e não subjetivo, pois não se trata de uma pretensão formulada calcada em desejo pessoal, mas, sim, numa formulação objetiva de correção, que é exigência do uso do direito. Assim, tal pretensão não

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares Digital, 2005, p. 31.

¹⁸² Id., *ibid.*, p. 32.

¹⁸³ Id., *ibid.*, p. 32.

¹⁸⁴ Id., *ibid.*, p. 32.

é um assunto privado do operador jurídico, uma vez que ela está necessariamente vinculada com o papel desempenhado por aquele indivíduo no sistema jurídico¹⁸⁵.

Nesse sentir, a pretensão de correção é formulada por pessoas, porém essas o fazem em nome do direito, em outras palavras, o direito formula uma pretensão de correção através das pessoas que por ele e nele intervêm¹⁸⁶.

A questão de quem formula a pretensão deve ser complementada pela identificação daqueles de seriam os seus destinatários. Por óbvio que estes são todos os destinatários dos respectivos atos jurídicos, ou seja, o legislador formula uma pretensão de correção em razão dos destinatários da lei, o juiz formula uma pretensão de correção em razão das partes do processo, e assim por diante. Esse círculo de destinatários pode ser denominado de *institucional* e deverá ser o mais amplo possível, para além do ato jurídico a que diz respeito¹⁸⁷.

Entretanto, junto deste círculo *institucional*, existe também outro círculo, *não institucional*, que corresponde a tudo que envolva o ponto de vista do participante do sistema jurídico, ou seja, tudo aquilo que diga respeito aos limites do direito. Este círculo compreende o que está ordenado, proibido ou permitido no sistema jurídico, bem como os destinatários destas previsões, que podem questionar, responder ou criticar estas hipóteses. Assim, os atos de perguntar, julgar, afirmar, fundamentar e argumentar – vinculados à pretensão de correção – definem o círculo dos destinatários da pretensão de correção do direito¹⁸⁸.

Por tudo isso, esta pretensão de correção terá um caráter plenamente universal. Mas, com uma grande e decisiva limitação, pois somente pertencerão ao círculo dos destinatários não institucionais aquelas formuladas pelos destinatários que se encontram vinculados a determinado sistema jurídico,

¹⁸⁵ Id., *ibid.*, p. 33.

¹⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 33.

¹⁸⁷ Id., *ibid.*, p. 34.

¹⁸⁸ Id., *ibid.*, p. 34.

sendo esta a diferença entre a pretensão de correção do direito e uma moral universalista¹⁸⁹.

Verificado quem formula e a quem se destina a pretensão de correção, resta a tarefa mais importante na delimitação deste conceito: compreender o que significa tal pretensão. E, para isto, também se mostra importante fazer a distinção entre institucional e não institucional.

O núcleo do argumento da pretensão de correção situa-se no entendimento de que os atos jurídicos institucionais estão sempre vinculados com o ato jurídico não institucional, capaz de afirmar que o ato jurídico é material e procedimentalmente correto¹⁹⁰. Conseqüência disso é que correção implica fundamentabilidade, ou seja, o direito formula, junto com a pretensão de correção, uma pretensão de fundamentabilidade¹⁹¹.

Tal pretensão reconhece não apenas um dever geral de fundamentação, mas, também, que este deve ser cumprido sempre na maior medida possível. Trata-se, portanto, não somente de uma pretensão, mas, igualmente, de uma garantia de fundamentabilidade. Existe, ainda, um terceiro elemento que se soma à pretensão e à fundamentabilidade, é a expectativa – ou seja, de que todos os destinatários da pretensão de correção, que se situam no ponto de vista do sistema jurídico e que são razoáveis, reconheçam o ato jurídico como correto¹⁹². Quem formula uma pretensão de correção maneja, frente aos destinatários desta pretensão, o direito que estes reconhecem como correto para o ato jurídico em questão e, neste sentido, trata-se de uma expectativa normativa¹⁹³.

Em resumo, o conceito de pretensão de correção é formado, assim, por três elementos: a afirmação de correção, a garantia da fundamentabilidade e a expectativa do reconhecimento da correção¹⁹⁴. Estes três elementos vinculam-se não apenas aos atos institucionais – como seria o caso das sentenças judiciais ou

¹⁸⁹ Id., *ibid.*, p. 34.

¹⁹⁰ Id., *ibid.*, p. 35.

¹⁹¹ Id., *ibid.*, p. 35.

¹⁹² Id., *ibid.*, p. 35.

¹⁹³ Id., *ibid.*, p. 36.

¹⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 36.

dos procedimentos administrativos -, pois qualquer integrante do sistema jurídico que realize manifestações acerca do que é proibido, permitido ou ordenado no referido sistema (exemplo de ato não institucional), também se vincula a uma pretensão que busca a correção, tem a garantia da fundamentabilidade e a expectativa do reconhecimento¹⁹⁵.

Com relação ao conteúdo da pretensão de correção, há de se esclarecer que esta se caracteriza pela abertura de critérios. Os critérios de correção são diferentes não apenas entre os diversos sistemas jurídicos, mas, também, entre os atos internos de cada sistema. Assim, por exemplo, os critérios de correção das leis são de classe diferente dos critérios de correção das sentenças judiciais.

Nesse contexto, o que importa saber é se existe algo em comum entre os diferentes tipos de critérios e se este algo tem condições de estabelecer uma relação necessária entre direito e moral.

2.5.2 As implicações morais da pretensão de correção

Muitos autores criticam a tese alexyana de que uma conexão entre direito e pretensão de correção implica, também, uma vinculação necessária entre direito moral. Eugenio Bulygin é um desses fortes opositores e, em sua concepção, a implicação defendida por Alexy pressupõe que todos os sistemas jurídicos partilhem a mesma idéia de justiça, ou melhor, “a tese da vinculação necessária entre direito e moral implica que existe uma conexão conceitual entre direito e moral entre todo sistema jurídico, por um lado, e uma e mesma moral, por outra”¹⁹⁶.

Alexy defende-se afirmando que é evidente que os diversos sistemas jurídicos expressam concepções de justiça diferentes, e que sua tese não é no

¹⁹⁵ Id., *ibid.*, p. 36.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 106-107. Tradução da autora. Na edição em espanhol: “la tesis de la vinculación necesaria entre derecho y moral implica que hay una conexión conceptual entre todo sistema jurídico, por una parte, y una y la misma moral, no sólo cualquier sistema moral, por la otra”.

sentido de que exista uma conexão entre direito e uma moral objetiva, efetivamente compartilhada por todos aqueles que fazem direito, como Bulygin faz parecer. A conexão defendida por Alexy é, em verdade, *compatível* com o debate moral¹⁹⁷.

Partindo da convicção que o direito necessariamente formula uma pretensão de correção (nos termos definidos no ponto 2.1.1.1 deste trabalho), Alexy irá questionar se esta pretensão de correção jurídica inclui uma pretensão de correção moral – o que em caso afirmativo, levaria, também, à comprovação de um vínculo conceitual e necessário entre direito e moral¹⁹⁸.

A pretensão de correção formulada no direito não é idêntica à pretensão de correção formulada na moral, porém, na pretensão de correção do direito (ou jurídica) está incluída uma pretensão de correção moral¹⁹⁹. A pretensão jurídica é muita mais complexa, uma vez que está inserida no conteúdo institucional do sistema jurídico. Assim, se a aplicação do direito implica argumentos morais – pelo menos nos casos difíceis, em razão do caráter de abertura e das lacunas do direito²⁰⁰ –, também a legislação pretende ser moralmente justificável, inclusive nos casos de compromisso político. Em ambos os casos, é possível identificar a existência de elementos morais no direito²⁰¹.

Mas os elementos morais são, apenas, uma parte da relação entre direito e moral, visto que o direito também se caracteriza por uma estrutura moral, ou seja, a pretensão de correção não se refere apenas à correção das decisões judiciais e das normas isoladas, mas, também ao uso do direito como correção moral, para solucionar os problemas sociais – algo que deve ser realizado através dos procedimentos democráticos²⁰².

Tendo em vista que as controvérsias morais ocorrem em ambos os níveis do direito – elementos e estrutura –, a pretensão de correção formulada no

¹⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 107.

¹⁹⁸ ALEXY, *La institucionalización...*, p. 45.

¹⁹⁹ Id., *ibid.*, p. 47.

²⁰⁰ Id., *ibid.*, p. 45-46.

²⁰¹ ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión...*, p. 108.

²⁰² Id., *ibid.*, p. 108.

direito significará, então, diretamente, perguntas morais, de tal modo que a pretensão se converte substancialmente em uma pretensão de correção moral²⁰³.

Esta pretensão moral pode ser interpretada em dois sentidos – um forte e um fraco. Compreendida em sentido fraco, a pretensão de correção moral apresenta-se satisfeita quando um juízo moral é justificável, com base em uma moral, qualquer que seja esta; já quando interpretada em sentido forte, a pretensão se satisfaz somente mediante um juízo justificável frente a uma moral correta, ou seja, uma moral justificável por si própria²⁰⁴.

Alexy adota a pretensão em sentido forte e argumenta que existe a possibilidade, mesmo que mínima, de algumas morais resistirem a um processo livre de argumentação. Por tudo isso, conclui que a tese da vinculação necessária (ou conceitual) entre direito e moral é suficientemente demonstrada pela prática de uma argumentação racional sobre o que é moralmente correto, pela possibilidade de construção de uma racionalidade prática e pela adoção da idéia de uma moral correta²⁰⁵.

Referindo-se, mais especificamente, às questões jurídicas do cotidiano – ou seja, aquelas que escapam ao argumento da injustiça extrema e que, portanto, não perdem o caráter ou a validade jurídica – o autor refere que, nesses casos, a pretensão de correção atuará no sentido de possibilitar a leitura do direito *sob uma luz diferente*²⁰⁶. Para as sentenças judiciais do dia-a-dia, que não ultrapassam o limiar da injustiça extrema, não cabe mais a caracterização como moralmente questionáveis e juridicamente perfeitas, mas, sim, estas passaram a ser, desde o início, juridicamente defeituosas²⁰⁷.

Com tudo isso, Alexy quer dizer que “o direito não apenas é suscetível de crítica moral, a partir de um ponto externo. A dimensão crítica se traslada ao

²⁰³ Id., *ibid.*, p. 108.

²⁰⁴ Id., *ibid.*, p. 108-109.

²⁰⁵ Id., *ibid.*, p. 109.

²⁰⁶ ALEXY, *La institucionalización...*, p. 53.

²⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 53.

próprio direito”²⁰⁸; o que leva ao vínculo do direito com a idéia de uma moral correta. Em resumo, a pretensão de correção conceitualmente necessária vinculada ao direito conduz, assim, a uma dimensão ideal necessariamente relacionada com o direito. E, embora isso não implique uma coincidência dos conteúdos da moral e do direito, isso implica, sim, uma relação conceitualmente necessária entre estes²⁰⁹.

²⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 53. Tradução da autora, no original em espanhol: “el derecho no sólo es susceptible de la crítica moral desde fuera. La dimensión crítica se traslada más bien al derecho mismo”.

²⁰⁹ ALEXY, *La institucionalización...*, p. 53.

CAPÍTULO 3

APORTES HERMENÊUTICOS AO DEBATE ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: UMA CRÍTICA À PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO DIREITO DEFENDIDA POR ROBERT ALEXY

O presente capítulo procura estabelecer as bases hermenêuticas necessárias para que se realize a crítica a moral corretiva defendida na obra de Robert Alexy. Em vista disso, inicialmente se apresentam os principais elementos que caracterizam o paradigma hermenêutico – dando especial ênfase ao seu caráter não relativista, fundado na tradição e no mundo prático, bem como ao seu rompimento com a filosofia da consciência e com o esquema sujeito-objeto, através da viragem lingüística, do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, e, ainda, à sua tese da resposta hermeneuticamente correta, decorrente da adequada compreensão da *applicatio* gadameriana e indispensável para a manutenção do caráter integrativo do direito –, demonstrando sua importância para o desenvolvimento de uma teoria do direito capaz de possibilitar a efetiva concretização do texto constitucional – e das promessas da modernidade nele inseridas – no âmbito do Estado Democrático de Direito (3.1).

Posteriormente, busca-se identificar os elementos que autorizam afirmar que a pretensão de correção do direito, proposta por Alexy, implica uma relação entre direito e moral em que o primeiro acaba por ser corrigido pela segunda. Nesse sentido, a crítica a esta visão se fundamenta no entendimento divergente que é proposto pela hermenêutica jurídica e que aponta para uma relação entre direito e moral mais adequada ao atual contexto pós-positivista do direito (3.2).

Por fim, retoma-se a abordagem do *caso dos atiradores do muro*, exemplo privilegiado que servirá para demonstrar como a pretensão de correção do direito – seja apoiada no argumento da injustiça, seja apoiada no argumento dos

princípios – acaba por estabelecer uma relação em que a moral se torna corretora do conteúdo jurídico das decisões (3.3).

3.1 AS CONTRIBUIÇÕES DO PARADIGMA HERMENÊUTICO PARA A ADEQUADA COMPREENSÃO DOS PAPÉIS DESEMPENHADOS PELO DIREITO E PELA MORAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, caracterizado pelo Estado Democrático (e Social) de Direito que é forjado nas Constituições dirigentes e compromissárias do segundo pós-guerra – as quais contêm a garantia da efetivação e da proteção das promessas da modernidade, através da introdução de valores e princípios nos textos constitucionais –, o direito assume papel de destaque, pois lhe cabe desempenhar a função de transformar a realidade social¹.

O direito se torna instrumento de transformação, na medida em que regula a intervenção estatal na economia, estabelece a realização de políticas públicas e determina a efetivação do extenso catálogo de direitos fundamentais e sociais². Nesse contexto, o direito assume um caráter hermenêutico, gerando o deslocamento do pólo de tensão, antes localizado nos demais poderes do Estado, para a esfera da jurisdição, razão pela qual a preocupação com as questões relativas à interpretação e à aplicação do direito se tornam centrais³.

Trata-se da preocupação com o problema metodológico representado pelas três questões centrais da teoria do direito contemporânea: como se interpreta, como se aplica e quais as possibilidades interpretativas de se alcançar uma resposta correta frente à indeterminabilidade do direito⁴. Essas questões se tornam especialmente importantes uma vez que as teorias contemporâneas (pós-

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 1-2.

² Id., *ibid.*, p. 2.

³ Id., *ibid.*, p. 1.

⁴ *Ib.*, *ibid.*, p. 1.

positivistas) buscam romper com o relativismo e a arbitrariedade interpretativa que caracterizam a(s) corrente(s) positivista(s).

Essa nova movimentação tem sido denominada neoconstitucionalismo⁵, termo ainda recente entre os juristas, mas que está sendo recebido com grande aceitação por parte da doutrina nacional e estrangeira, que o tem utilizado amplamente, porém de forma ambígua, apontando diferentes aspectos e sentidos para o nome dado a uma nova cultura jurídica que está se instalando⁶. Entretanto, é possível destacar, com Sanchís, três acepções principais para o termo: (1) um certo tipo de Estado de Direito; (2) uma teoria do direito; e (3) a ideologia que justifica ou defende a fórmula política assim designada⁷.

Já Ariza, entende que o neoconstitucionalismo, que também pode ser denominado constitucionalismo avançado ou de direitos, designa o novo modelo jurídico que representa o Estado Constitucional viabilizado pelas Constituições do segundo pós-guerra que se caracterizam por um peculiar modelo de características e funções. Tais Constituições, a partir das reflexões propostas por Fioravanti, representam o intento de recompor a grande fratura entre democracia e constitucionalismo⁸.

Em conformidade com as posições já referidas, Comanducci expõe uma concepção que serve de resumo e termo médio para as anteriores. O autor entende que a expressão neoconstitucionalismo pode designar, em uma primeira acepção, uma teoria/ideologia/método de análise do direito e, em uma segunda acepção, alguns dos elementos estruturais de um sistema jurídico e político, que são descritos e explicados pelo neoconstitucionalismo enquanto teoria, ou ainda,

⁵ Sobre o tema do neoconstitucionalismo ver, necessariamente, as obras CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006; (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004.

⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 123.

⁷ Id., *ibid.*, p. 123.

⁸ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 239.

que satisfaçam os requisitos no neoconstitucionalismo se considerado como ideologia⁹.

Por tudo isso, é possível concluir que o neoconstitucionalismo, em suas mais diferentes concepções, faz referência a pelo menos duas questões centrais do direito contemporâneo, especialmente em sua luta pela superação do positivismo, quais sejam, os fenômenos evolutivos que impactaram o paradigma do Estado Constitucional e a necessidade da elaboração de uma teoria do direito que seja capaz de arcar com as transformações mais recentes ocorridas na esfera pública, que exige da filosofia contemporânea uma forma pós-positivista de pensar o direito¹⁰.

O fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona, especialmente nos países periféricos em que não ocorreu a adequada (ou mesmo mínima) implementação do *welfare state*, o surgimento de textos constitucionais invasores, capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência e a atuação dos agentes públicos, bem como de, inclusive, influenciar diretamente as relações sociais¹¹, ou seja, essas Constituições não são mera ferramenta do sistema jurídico, não são uma terceira coisa que se interpõe entre Estado e sociedade¹².

A Constituição do Estado Democrático de Direito – assentado nas idéias de democracia e direitos humanos fundamentais – tem o papel de dirigir, de dar as bases normativas para a consecução do projeto ainda não cumprido da modernidade¹³. Dito em outras palavras, o texto constitucional traz não apenas o conteúdo do projeto pactuado (*we the people*) – direitos fundamentais e sociais –, mas, também, os instrumentos para a sua realização – entre eles, destaque-se a jurisdição constitucional.

⁹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 75.

¹⁰ Ver nesse sentido a posição de STRECK, *Verdade e Consenso*; STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2004)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-185.

¹¹ STRECK, *Verdade e...*, p. 2.

¹² Id., *ibid.*, p. 94.

¹³ Id., *ibid.*, p. 261.

Dentre as diversas correntes (teorias) que se filiam ao pós-positivismo ou a postura neoconstitucionalista, a hermenêutica jurídica, além de se destacar por sua posição crítica, preocupada em refutar relativismos e arbitrariedades interpretativas, diferencia-se das demais por seu compromisso com a efetiva realização do texto constitucional, que é possibilitada pelo resgate da razão prática (mundo prático), antes seqüestrada pela metafísica.

No Estado Democrático de Direito, o direito adquire o status de *plus*¹⁴ normativo em relação às fases anteriores, pois já não se limita apenas à função de ordenar (Estado Liberal) e promover (Estado Social), torna-se instrumento de transformação social e, nesse sentido, assume seu caráter de ciência prática, destinado-se à solução de conflitos sociais. Assim, à jurisdição constitucional caberá o papel de garantidora da democracia e dos direitos fundamentais-sociais. Nesse contexto, o paradigma hermenêutico, especialmente em razão do resgate das noções de tradição e mundo prático, se coaduna com o novo paradigma do direito, em que impera a exigência de efetivação do texto constitucional.

Entretanto, no caso brasileiro, esse *acontecer* do texto constitucional é sistematicamente barrado pela manutenção das posturas positivistas – tanto no pensamento da doutrina, quanto no dos operadores do direito. Calcado na filosofia da consciência e no esquema sujeito-objeto, o pensamento positivista se mantém alheio à invasão da linguagem na filosofia, proporcionada pela viragem lingüístico-ontológica de bases heideggeriana e gadameriana.

O paradigma hermenêutico surgirá em meio à crise do conhecimento e ao problema da fundamentação, próprios do século XX, e as diversas tentativas de estabelecer regras ou métodos de interpretação – seja pelo predomínio da objetividade, seja pelo da subjetividade – não subsistiram frente às teses da viragem lingüística-ontológica, que, compreendidas a partir do caráter

¹⁴ Sobre o papel do direito e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito ver STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, toda a obra, mas, especialmente, p. 101-114.

ontológico prévio¹⁵ do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica – principais teoremas da filosofia hermenêutica de Heidegger –, levaram à superação do esquema sujeito-objeto¹⁶.

Essa viragem lingüística teve início com a publicação, em 1927, da paradigmática obra *Ser e tempo*, de Martin Heidegger e, posteriormente, em 1960, foi complementada por *Verdade e método*, de Hans-Georg Gadamer. Estas obras tiveram profundas conseqüências na nova visão da hermenêutica jurídica, possibilitando o processo de superação dos paradigmas metafísicos – objetivistas, de raiz aristotélico-tomista, e subjetivistas, calcados na filosofia da consciência –, os quais, de alguma maneira, permanecem sustentando, inclusive nos dias atuais, as teses exegético-dedutivistas-subsuntivas que acriticamente ainda são denominadas de hermenêutica jurídica¹⁷.

Foi Gadamer quem rompeu com a idéia – ainda persistente – da necessidade indispensável de um método ou de um procedimento capaz de possibilitar, ao intérprete, *extrair* o significado da lei, encontrando o *espírito do legislador* ou a *vontade da lei*. Nesse sentido, direcionou sua crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como o produto de uma operação que ocorre em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*, ou seja, a já tão conhecida expressão dos juristas de que, primeiro, se conhece ou compreende, depois se interpreta, para só então aplicar)¹⁸, como se fosse possível ao intérprete retirar do texto (lei) algo que ele *possui-em-si-mesmo*¹⁹, ou seja, um *sentido imanente* que o texto possuiria, fazendo, assim, apenas uma reprodução do sentido já à disposição do intérprete (*Auslegung*)²⁰. Contrário a isso, para hermenêutica filosófica gadameriana, o

¹⁵ STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001, p. 241-295.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006, p. 431.

¹⁷ Id., *ibid.*, p. 431.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 254 e 405-406 e, também, GADAMER, Hans-Georg *Verdade e método II*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 118.

¹⁹ STRECK, *Hermenêutica Jurídica...*, p. 431.

²⁰ Id., *ibid.*, p. 431.

intérprete sempre fará, ao invés de uma reprodução, uma atribuição de sentido (*Sinngebung*), que decorre da fusão de horizontes²¹.

Com base nos dois teoremas centrais²² da obra de Heidegger – círculo hermenêutico²³ e diferença ontológica²⁴ –, Gadamer entende que para interpretar é preciso compreender e que para compreender é necessário ter uma pré-compreensão (estrutura prévia do sentido). Compreender é um existencial, é uma categoria que constitui o homem, e é no modo de compreender, próprio da condição de ser no mundo, que exurgirá a *norma*, produto da *síntese hermenêutica*, que se dá a partir da faticidade e da historicidade do intérprete²⁵.

Com base na diferença ontológica entre ser e ente – pensada por Heidegger –, Lenio Streck²⁶ inova e propõe a transposição da noção de diferença ontológica para o campo jurídico ao afirmar que existe uma diferença entre o texto jurídico e o sentido deste texto (que é a norma jurídica), pois, como dito anteriormente, o texto não carrega em si próprio o sentido – de forma que o operador, utilizando-se de um método ou procedimento, possa retirar esse sentido através da interpretação. Em realidade, entre texto e norma não há nem

²¹ Id., *ibid.*, p. 431. O conceito de horizonte utilizado por Gadamer foi formulado por Husserl, na Quinta das *Meditações cartesianas*. Cf. HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Porto: Rés, [s. d.], p. 115-190.

²² Cf. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 104, que afirma: “O círculo hermenêutico e a diferença ontológica são os teoremas que sustentam a teoria heideggeriana da realidade e do conhecimento, isto é, a teoria da fundamentação do conhecimento. Mas as implicações da proposta de Heidegger devem ser confrontadas com outras soluções apresentadas na tradição. A idéia de ser de Heidegger, na medida em que é vinculada com a compreensão do ser, caminho para pensar o ente, se revela como uma dimensão operatória: compreendendo-me no mundo e na relação com os entes compreendo o ser. Naturalmente esta compreensão do ser não é temática e deve ser explicitada. É precisamente essa explicitação que é a meta buscada pela analítica existencial ou ontologia fundamental, cujos teoremas se expressam no círculo hermenêutico e na diferença ontológica. O ser heideggeriano torna-se o elemento através do qual se dá acesso aos entes, ele é sua condição de possibilidade. Isso é a diferença ontológica. Como esta condição só opera através da compreensão pelo Dasein, pelo ser humano que se compreende, a fundamentação (condição de possibilidade) sempre se dá pelo círculo hermenêutico”.

²³ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2003, p. 172-177.

²⁴ Cf. STEIN, *Diferença e...*, p. 101-107 e, ainda, HEIDEGGER, *Ser y tiempo*, p. 25-36.

²⁵ STRECK, *Hermenêutica Jurídica...*, p. 431.

²⁶ Ver, por primeiro, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 214-216. A obra de Streck, baseada na diferença ontológica entre ser e ente, propõe, de forma pioneira, a compreensão de uma diferença entre o texto jurídico e o sentido do texto, dito de outro modo, entre texto e norma. Ver, ainda, Verdade e Consenso, p. 203-210.

equivalência, nem autonomização, mas, sim, uma diferença ontológica (que é a diferença entre ser e ente), uma vez que o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é em seu ser, ou seja, o ser existe para dar sentido aos entes²⁷.

Mas importa alertar que essa *atribuição* de sentido realizada pelo intérprete não significa que ele esteja autorizado, arbitrariamente, a atribuir qualquer sentido ao texto, pois isso implicaria o fato de que texto e norma estivessem separados, isto é, que poderiam existir autonomamente²⁸. O juiz, ao buscar uma adequação da lei às necessidades do caso presente, tem a clara intenção de resolver uma tarefa prática, o que de modo algum autoriza que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária²⁹.

Nesse sentir, a hermenêutica filosófica é avessa aos decisionismos e discricionariedades, sendo o pensamento de Gadamer um exemplo claro do repúdio à arbitrariedade e ao relativismo, que negam a finitude e seqüestram a temporalidade³⁰.

No atual contexto, é insuficiente afirmar que o direito é concretude, que *se dá caso a caso*, ou seja, que o direito se caracteriza pela aplicação a casos particulares. Assim, a crítica da hermenêutica jurídica vai além dessa evidência e entende que o processo de interpretação é *applicatio*, ou melhor, que a compreensão se dá em um processo unitário, em que interpretar é aplicar³¹. Compreender não é o produto de um método ou de um procedimento, mas, sim, um modo de ser, em que o intérprete atribui sentido dentro da circularidade hermenêutica de um sentido que já lhe era antecipado por sua pré-compreensão.

Essa dependência do método não é exclusiva das correntes positivistas, pois, também hoje, é possível perceber que as teorias da argumentação jurídica, de caráter fortemente procedimental, embora defendam um posicionamento pós ou não positivista, não foram capazes de superar o esquema representacional

²⁷ STRECK, *Hermenêutica Jurídica...*, p. 432.

²⁸ Id., *ibid.*, p. 432.

²⁹ Id., *ibid.*, p. 432.

³⁰ Id., *ibid.*, p. 432.

³¹ STRECK, *Verdade e...*, p. 180.

sujeito-objeto e continuam buscando regras prévias que levem a uma dedução das decisões judiciais³².

Desta forma, enquanto a hermenêutica filosófica opera no nível do *como* hermenêutico-estruturante da compreensão, postulando que o sentido se dá de forma antecipada dentro da circularidade hermenêutica, as teorias da argumentação, que permanecem no nível do *como* apofântico e dedutivista, defendem que a compreensão e a aplicação acontecem em etapas distintas³³.

Resultado dessa cisão do processo interpretativo em etapas é a idéia, corrente na prática jurídica, e bastante evidente no caso brasileiro, de que os juízes primeiro decidem e depois fundamentam. Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Robert Alexy. Ao se pronunciar a respeito das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, bem como pelos tribunais de instância inferior sobre o *caso dos atiradores do muro* da RDA, o autor não raras vezes afirma que, embora concorde com o resultado final alcançado pelos juízes, discorda quanto à fundamentação utilizada para alcançar tal resultado³⁴.

No caso brasileiro, é interessante conhecer a posição de Juarez Freitas, que defende idéia similar a do jurista alemão. Para o autor gaúcho, é possível que o juiz alcance uma decisão final correta, sem que, entretanto, tenha se utilizado da

³² STRECK, *Hermenêutica...*, p. 433.

³³ Id., *ibid.*, p. 434.

³⁴ Para tanto, basta ver as seguintes manifestações: “Concuerdo con el Bundesgerichtshof en el resultado, pero considero falsa esa fundamentación” (ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 188); ainda, “Ciertamente hay que convenir con el Tribunal Supremo Federal en cuanto a la conclusión de que el art. 103.2 de la Ley Fundamental no resulta lesionado por la exclusión de la causa de justificación. Ahora bien, lo que no puede aceptarse, siquiera en su forma refinada, es la fundamentación aducida para ello [...] Sin embargo, todo esto en nada altera el hecho de que, por *cuanto al resultado*, el Tribunal Supremo Federal tenga razón” (ALEXY, *La decisión...*, p. 206, grifo nosso); bem como “*Salvo* la solución del problema de la culpabilidad, la decisión del Tribunal Constitucional Federal *es correcta en cuanto al resultado*. Sin embargo, constituye un palmário y clásico *ejemplo de que un resultado correcto no basta allí donde lo que importa es la fundamentación*. Y es que, aunque la indeterminación y la falta de claridad pueden favorecer ocasionalmente el consenso, lo cierto es que no hacen justicia a la gravedad de un verdad debate público sobre lo correcto, el cual no sólo es atractivo por sí mismo, sino que también constituye un presupuesto de la estabilidad política duradera” (ALEXY, *La decisión...*, p. 224, grifo nosso).

fundamentação dialética mais acertada para o caso³⁵. Também é necessário discordar da posição do referido autor quanto à sua defesa da inaplicabilidade da lei injusta, que embora se diga hermenêutica e antipositivista, incorre em uma moralidade corretiva através de uma espécie de retorno ao jusnaturalismo, baseado justamente no repúdio radbruchiano ao positivismo e sua máxima a *lei é a lei*, que deixaram “a jurisprudência e a judicatura alemãs inermes contra todas as crueldades nazistas, plasmadas pelos governantes da hora, em consonância com a forma legal”³⁶. Como solução para tal problemática, Freitas afirma que “é inadequado sustentar que se possa, numa correta postura hermenêutica, pensar a base do Direito Positivo, por meios puramente formais, sem, de algum modo, ter de recorrer a critérios axiológicos”³⁷.

Essas posturas demonstram a convicção de que a decisão (uma mesma) pode ser alcançada a partir de diversas fundamentações – como se a fundamentação estivesse à *disposição* do intérprete e resultasse de uma mera técnica ou método interpretativo³⁸. E este é o claro equívoco de Alexy, que parece sustentar, com essa separação entre a fundamentação e o resultado da decisão, que *interpretamos para compreender*, quando, em realidade, com a hermenêutica jurídica, fica evidente que *compreendemos para interpretar*, pois interpretar é explicitar o (desde sempre) compreendido³⁹.

No interior do pensamento metafísico, que insiste na cisão do processo interpretativo, a linguagem é considerada veículo de conceitos que *carregam o sentido* das coisas, é mero instrumento da interpretação e fica, assim, relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito (intérprete) e o objeto a ser conhecido (texto) – caracterizando o esquema metafísico representacional

³⁵ FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989, p. 90-91. Ao que tudo indica, o autor teria feito uma revisão de seu entendimento sobre este tema na sua obra posterior. Para tanto, ver, especialmente, FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

³⁶ Id., *ibid.*, p. 64.

³⁷ Id., *ibid.*, p. 64-65 (grifo nosso).

³⁸ STRECK, *Verdade e...*, p. 180.

³⁹ Id., *ibid.*, p. 179.

sujeito-objeto⁴⁰. Isso ocorre porque estas teorias não alcançaram o *ontological turn* da linguagem (viragem lingüístico-ontológica), que alçou a linguagem à posição de condição de possibilidade⁴¹.

Com Lenio Luiz Streck, que se vale dos ensinamentos de Ernildo Stein e Hillary Putnam, é possível sustentar que as teorias da argumentação jurídica – em especial aquela defendida por Robert Alexy, pois objeto central deste trabalho – constituem um vetor ou *standard* de racionalidade de segundo nível, permanecendo no nível apofântico⁴². Na busca de pensar diferentes modos de apresentar a questão da racionalidade, Putnam distingue os vetores de primeiro e segundo nível de racionalidade, sendo o vetor de primeiro nível aquele que se situaria na base da racionalidade de segundo nível e representaria um *a priori* que a racionalidade discursiva sempre pressupõe, mas não necessariamente explicita. Já a racionalidade de segundo nível seria aquela que é própria dos discursos da ciência, que se faz por etapas sucessivas e complementares⁴³. Já para Ernildo Stein, os vetores de racionalidade são identificados como a dupla estrutura ou a dobra da linguagem.

Diferentemente das teorias da argumentação, que permanecem vinculadas ao nível apofântico e entendem que o intérprete decide primeiro e, depois, busca a fundamentação aplicável; a hermenêutica defende o contrário, que o intérprete decide, justamente, porque já encontrou o fundamento, ou seja, o fundamento – que é a explicitação do já compreendido – nada mais é que o vetor de racionalidade de segundo nível.

Assim, a compreensão é condição de possibilidade da interpretação, o que no caso das decisões judiciais significa dizer que a fundamentação é condição de

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do “Ontological Turn”*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2003)*. São Leopoldo, Unisinos, 2003, p. 223-224.

⁴¹ Id., *ibid.*, p. 227.

⁴² STRECK, *Verdade e...*, p. 179.

⁴³ STRECK, *Hermenêutica (jurídica): compreendemos...*, p. 241.

possibilidade para que se alcance o resultado final da decisão⁴⁴. Fica, portanto, mais do que evidente o equívoco alexyano de que seria possível concordar com o resultado de uma decisão, mas não com sua fundamentação, uma vez que esta é condição de possibilidade para que se chegue àquela. Aqui está a principal diferença entre a hermenêutica e a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy.

Uma das vantagens da hermenêutica jurídica em relação às demais teorias que buscam explicar o fenômeno da prática jurídica é a noção de pré-compreensão, que em Putnam constitui, justamente, o vetor de racionalidade de primeiro nível. Como explica Heidegger, há sempre um sentido que é antecipado ao intérprete⁴⁵, sendo esta pré-compreensão que permite ao intérprete compreender algo *como* algo, e o conduz, num segundo momento, à explicitação do compreendido mediante o aprimoramento do sentido que já foi antecipado⁴⁶.

Mas essa compreensão possibilitada pela pré-compreensão não significa o mesmo que dividir o ato interpretativo em dois momentos, pois atribuição de sentido e antecipação de sentido estão intimamente imbricados, ou seja, um faz parte do outro, e este é o significado do teorema ontológico-fundamental da circularidade hermenêutica proposto por Heidegger⁴⁷.

A busca pelo fundamento tem sido uma preocupação central tanto para a filosofia, quanto para o direito, e Heidegger contribuiu imensamente para a elucidação desta questão ao afirmar que, em realidade, o fundamento é abissal, ou seja, *sem fundo*⁴⁸. Com isso, Heidegger rompeu com a fundamentação metafísica, que na busca incessante por um fundamento absoluto e seguro, acaba invariavelmente por incorrer em uma das três saídas do Trilema de

⁴⁴ Id., *ibid.*, p. 228.

⁴⁵ Nesse sentido, vale lembrar o clássico exemplo heideggeriano de que, quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque, antes disso, já sei o que é uma arma. Já conheço o fuzil *como* fuzil (como hermenêutico e não apofântico). Existe, assim, uma antecipação de sentido (pré-compreensão) que é condição de possibilidade para a minha compreensão. Este é o vetor de racionalidade de primeiro nível.

⁴⁶ STRECK, *Hermenêutica (jurídica): compreendemos...*, p. 228-229.

⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 229.

⁴⁸ Id., *ibid.*, p. 231.

Münschhausen descrito por Hans Albert, quais sejam: o regresso ao infinito, o círculo vicioso ou a interrupção na argumentação mediante a aceitação (suposição) de uma quebra arbitrária e dogmática⁴⁹. Não é preciso grande esforço para identificar, como um clássico exemplo dessa terceira saída, a norma fundamental pressuposta por Hans Kelsen em seu *Teoria pura do direito*.

Esse caráter abissal do fundamento significa que o sentido do ser de um ente não pode ser constitutivo do sentido do ser de outros entes – pois, como afirmado anteriormente, o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só se dá no seu ser –, isto é, não se pode inferir algo de algo ou deduzir coisas de coisas. O fundamento é sem fundo na medida em que não é infinito, nem objetivo e que surge como o espaço no qual se dá o sentido⁵⁰, e o ser, enquanto fundamento do ente, é fundamento sem fundo, abismo⁵¹.

Com isso, Heidegger⁵² introduz um novo conceito de fundamentação⁵³, de caráter prévio, em que desde sempre existe um *compreender a nós mesmos*, como uma espécie de fundamentação prévia de sentido que se explicita na compreensão do ser⁵⁴. Assim, a interpretação dos textos exsurgirá desse *fundamento sem fundo*, enquanto produto da antecipação de sentido na virtuosidade do círculo hermenêutico⁵⁵.

Nesse contexto, se confirma a importância da pré-compreensão, uma vez que o compreender não ocorre por dedução, mas, sim, pela antecipação do

⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 230-231.

⁵⁰ Id., *ibid.*, p. 231-232.

⁵¹ Id., *ibid.*, p. 233.

⁵² HEIDEGGER, *Ser y...*, p. 172-183.

⁵³ STEIN, *Diferença e...*, p. 58-59, afirma que para Heidegger “o enunciado não é o lugar da verdade [originária] mas, ela, a verdade é o lugar do enunciado [verdade predicativa]. Essa frase é essencial [...] É exatamente isso que o filósofo faz em *Ser e tempo*. Introduce um novo conceito de fundamentação. Não é uma fundamentação como a moderna, nem do tipo objetivista da tradição clássica. Portanto, nem subjetivista, nem objetivista mas sim, uma fundamentação de caráter diferente, é uma fundamentação de caráter prévio, de caráter *a priori*. É uma fundamentação em que já sempre existe um compreendermos a nós mesmos. Isso é uma espécie de antecipação prévia de sentido que se explicita na compreensão do ser [...] Heidegger dirá que o *Dasein* é sem fundo. O *Dasein*, de certo modo, é abissal, na medida em que a fundamentação a que ele remete é pura possibilidade”.

⁵⁴ STRECK, *Hermenêutica (jurídica): compreendemos...*, p. 233.

⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 236.

sentido que é conformada pelos pré-juízos do intérprete na tradição autêntica. Gadamer afirma que a “compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias”⁵⁶ e complementa que “por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto a sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade”⁵⁷.

E é nesse sentido que a hermenêutica jurídica não pode ser acusada de promover arbitrariedades ou decisionismos, pois o intérprete não domina a tradição, ele não pode, por sua vontade, atribuir qualquer sentido ao texto⁵⁸. Uma vez que o processo interpretativo se dá em uma relação sujeito-sujeito, o intérprete está sempre vinculado à tradição, que é intersubjetivamente compartilhada.

Nunca é demasiado insistir que o paradigma hermenêutico é, e sempre foi, absolutamente avesso ao relativismo – diferentemente do que pensam seus adversários, que afirmam existir na hermenêutica uma concepção de verdade fundamental com a qual eles não concordam, mas que, sem dúvida, perseguem –, pois falar em relativismos significa pressupor a existência de uma verdade absoluta que não é outra coisa senão a negação da finitude⁵⁹.

Desta forma, é marcante a diferença entre as teorias que defendem ativismos judiciais ou uma jurisprudência de valores e a teoria da crítica hermenêutica do direito que, baseada na filosofia hermenêutica e na hermenêutica filosófica, é proposta por Lenio Luiz Streck e orienta as críticas formuladas no presente trabalho⁶⁰.

A crítica hermenêutica do direito será, no atual contexto do Estado Democrático de Direito, uma teoria pautada pela diferença ontológica (entre ser e

⁵⁶ GADAMER, *Verdade e Método I*, p. 356.

⁵⁷ Id., *ibid.*, p. 356.

⁵⁸ STRECK, *Hermenêutica (jurídica): compreendemos...*, p. 234.

⁵⁹ STRECK, *Verdade e...*, p. 137-138.

⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 138.

ente) e que busca romper com a metafísica – modernamente conhecida como teoria do conhecimento ou filosofia da consciência –, promovedora do pensamento objetificante, que equipara ser e ente, e do predomínio do método⁶¹.

Nesse sentido, trata-se de uma elaboração antimetafísica, proporcionada pela viragem ontológico lingüística, em que a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, e o processo interpretativo passa a ser entendido como produtor de sentido (*Sinngebung*). O intérprete, inserido na circularidade hermenêutica, compreende a partir da antecipação de sentido implicada na pré-compreensão⁶².

Por tudo isso, o referencial teórico adotado, necessariamente, deve combater quaisquer formas de discricionariedade ou decisionismo por parte do judiciário. A compreensão se dará em um processo unitário, no qual interpretar é aplicar (*applicatio*), tendo em vista que os textos (leis) sempre dizem respeito a algo da faticidade e que são inseparáveis de seus sentidos (normas jurídicas)⁶³. Além de defender a superação da dicotomia texto-norma, busca-se superar todos aqueles dualismos que caracterizam o modo de pensar metafísico.

A utilização da noção de diferença ontológica constitui, assim, a grande contribuição da hermenêutica filosófica na superação do paradigma representacional causal-explicativo, que, fundado no esquema sujeito-objeto, permite às teorias da argumentação sustentar suas inúmeras dicotomias como, por exemplo, regras e princípios ou, ainda, casos fáceis e difíceis⁶⁴.

Ernildo Stein esclarece que Heidegger escolhe a diferença ontológica como ponto de partida para a superação da metafísica justamente porque esta não pensou a diferença entre ser e ente da mesma maneira que ele, acabando por entificar o ser, criando um radical embaraço para pensar as condições de

⁶¹ Id., *ibid.*, p. 138-139.

⁶² HEIDEGGER, *Ser y...*, p. 173-174. A interpretação se funda sempre em um saber prévio (*Vorhabe*). A interpretação se funda sempre em uma maneira prévia de ver (*Vorsicht*); ver, também, STRECK, *Verdade e...*, p. 139.

⁶³ STRECK, *Verdade e...*, p. 141.

⁶⁴ Id., *ibid.*, p. 141-142.

conhecimento do ente, para pensar o ser⁶⁵. Isso permite que Heidegger, primeiro, adentrar a metafísica e, depois, desconstruir a mesma, a partir da exposição dos motivos que levaram a entificação e esquecimento do ser.

No contexto desta formulação, não há como se falar em uma implicação entre jurisdição constitucional e discricionariedade judicial, pois o constitucionalismo introduzido pelo Estado Democrático de Direito procura, pela superação da diferença genética entre regras e princípios, romper com o decisionismo do paradigma positivista⁶⁶.

Assim, para que melhor se compreendam as diferenças entre os posicionamentos da teoria da crítica hermenêutica do direito e o das demais teorias a que ela se contrapõe, com especial ênfase à teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, vale lançar um olhar mais atento para questões relativas às distinções entre regras e princípios (3.1.1), e entre casos fáceis e difíceis (3.1.2) e à tese da única resposta correta (3.1.3).

3.1.1 O problema da distinção entre regras e princípios

Embora possa parecer paradoxal, os princípios têm a função de obstaculizar a multiplicidade de respostas em um mesmo caso, ou seja, princípios *fecham* a interpretação (ao contrário do entendimento corrente, de que teriam a função de *abrir as possibilidades interpretativas do operador jurídico*). Aqui, cabe, mais uma vez, uma crítica específica à concepção de Robert Alexy, que equivocadamente entende os princípios como *mandatos de otimização*, isto é, como *cláusulas abertas* que criam um espaço reservado à *livre atuação da subjetividade do juiz*⁶⁷.

Nesse sentido, é interessante notar que o autor, embora defenda um conceito de direito não positivista, entende, assim como Hart – um dos mais

⁶⁵ STEIN, *Diferença e...*, p. 67-68.

⁶⁶ STRECK, *Verdade e...*, p. 142.

⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 142.

importantes teóricos do positivismo –, que todo o direito positivo possui uma estrutura aberta (*open texture*), causada por diversas razões, das quais destaca a vagueza da linguagem jurídica, a possibilidade da contradição de normas, a ausência de norma específica sobre o caso e a possibilidade de decisão contra o teor literal de uma norma⁶⁸.

Enquanto, no positivismo, o direito se constitui apenas de regras, não havendo espaço para os princípios (ao menos no que se por princípios no âmbito do neoconstitucionalismo), e os casos denominados difíceis são decididos pela discricionariedade do juiz, que recebe a faculdade ou delegação de escolher a melhor resposta (e registre-se, o quanto é antidemocrático a discricionariedade de delegar ao juiz o preenchimento conceitual das denominadas *cláusulas abertas*), com o surgimento dos princípios, percebe-se que também estes – aos quais caberia superar essa discricionariedade do modelo positivista – acabam sendo anulados por conceitualizações e se transformam em *regras*⁶⁹.

Nesse contexto, também não escapa da crítica hermenêutica o *método da ponderação*, proposto por Alexy para solucionar a *colisão* de princípios. Para o autor, na medida em que os princípios possuem um caráter ideal, podem ser cumpridos em diferentes graus e por esta razão não é possível a utilização do mesmo o método de resolução de conflito que as regras – a subsunção –, pois não se dão na dimensão da validade, e, sim, do peso. Isto significa que na colisão de princípios um cede lugar a outro, sem que aquele seja declarado inválido ou crie uma cláusula de exceção⁷⁰.

A eventual colisão entre princípios será resolvida pelo estabelecimento de determinadas *condições de prioridade*, que serão aplicadas pelo método da ponderação, através da verificação do peso dos princípios em conflito, buscando obter como resultado deste procedimento uma regra que se constrói pela otimização dos princípios em jogo. Trata-se de uma *lei da colisão*, que pode ser

⁶⁸ ALEXY, *El concepto...*, p. 74, e, também, ALEXY, *La institucionalización...*, p. 45-46.

⁶⁹ STRECK, *Verdade e...*, p. 142-143.

⁷⁰ BUSTAMENTE. Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 171, p. 81-91, jul.-set. 2006, 83.

explicada da seguinte forma: “as condições baixo as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”⁷¹.

Isso significa que se acrescenta uma nova regra a cada ponderação de princípios, à qual irão se subsumir os fatos que estão sendo discutidos em cada caso concreto. Tal regra irá conter, necessariamente, as condições de prioridade entre os princípios em disputa no caso concreto em análise, de modo que, a cada nova ponderação e, portanto, de novas especificações de condições de prioridade, desenvolve-se cada vez mais um sistema de prioridade *prima facie* entre os princípios jurídicos em colisão⁷².

Nesse sentir, a ponderação proposta por Alexy implica a possibilidade de permitir ao intérprete discricionariamente apontar – isso, evidentemente, mediante a utilização *imparcial* do método, previamente estipulado, da ponderação, com sua regra de colisão e suas condições de prioridade –, o princípio a ser realizado com maior peso. Assim, tratar os princípios como *mandatos de otimização* ponderáveis, mediante a estipulação de regras de colisão e condições de prioridade, significa o retorno a um projeto positivista de discricionariade, que resgata a abstratidade das regras e permite o decisionismo judicial pela absolvição do método.

Para o paradigma hermenêutico, a abertura principiológica deve ser estudada visando à ruptura com o paradigma subsuntivo, pois o positivismo, ao compreender o direito como um sistema de regras, acabou por expulsar para fora do direito toda a faticidade (mundo prático). Assim, é preciso ter sempre presente que os princípios surgiram justamente para superar a abstração da regra, uma vez que possuem um profundo embasamento ontológico. Guiados

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 94. Tradução da autora, na versão em espanhol: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”.

⁷² BUSTAMENTE, *Sobre a justificação...*, p. 83.

pela diferença ontológica, os princípios invadem o positivismo pela reinserção do mundo prático⁷³.

E é nesse sentido que a teoria da crítica hermenêutica do direito rechaça a noção de princípio como mero *postulado* ou *mandato de otimização*. Assim, a denominada *era dos princípios* não pode ser entendida como um *plus* axiológico-interpretativo que veio para transformar a figura do juiz em superjuiz, capaz de descobrir, através do auxílio e da liberação dos princípios, os valores ocultos no texto. Por tudo isso, é preciso ter presente que os princípios não surgiram para facilitar a atuação decisionista e/ou arbitrária, muito antes pelo contrário, é através dos princípios que será possível sustentar a existência de respostas corretas (ou adequadas) para cada caso⁷⁴.

3.1.2 O problema da distinção entre casos fáceis e difíceis

A distinção estrutural entre casos fáceis e difíceis (*easy and hard cases*), equivocada para o entendimento do paradigma hermenêutico, é comum em autores positivistas – como Hart⁷⁵, por exemplo – e em autores das teorias procedimental-argumentativas – destaque-se Alexy, Habermas, Atienza⁷⁶ e Günther⁷⁷. Tal cisão significa o entendimento de que os casos fáceis são produto da simples dedução ou subsunção, enquanto que os difíceis exigem a construção de uma racionalidade discursiva que assegure condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido⁷⁸. Nesse sentir, as teorias da argumentação (e as procedimentais em geral) pensam se constituir uma

⁷³ STRECK, *Verdade e...*, p. 144.

⁷⁴ Id., *ibid.*, p. 145-146.

⁷⁵ Ver, para tanto, HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

⁷⁶ Ver, para tanto, ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

⁷⁷ Ver, para tanto, GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

⁷⁸ Id., *ibid.*, p. 197-198.

espécie de *reserva hermenêutica*, chamada para atuar somente nos casos difíceis, em razão da insuficiência das regras⁷⁹.

Assim, tal modelo não percebe que ambos os casos (fáceis e difíceis) possuem uma mesma condição de possibilidade, da qual resulta um ponto de partida comum: a pré-compreensão. Tais teorias ignoram isso porque desconhecem a dupla estrutura da linguagem e a antecipação de sentido, acreditando que os casos fáceis são casos fáceis em si⁸⁰, como se a compreensão destes também não se desse por uma pré-compreensão que antecipa ao intérprete o sentido (fácil) desses casos. Também é comum, entre a maioria dos autores que defendem a existência de casos fáceis e difíceis, o entendimento de que, nestes últimos, os princípios para resolvê-los não se encontram no plano da aplicação, mas, sim, devem ser extraídos de uma *história jurídica* que é possível apenas no plano de um discurso *a priori*⁸¹.

Defender a cisão entre casos fáceis e difíceis é imaginar que o direito se insere em uma *suficiência ôntica*, ou seja, que a completude do direito pode ser solucionada por raciocínios causais-explicativos⁸². Distinguir casos fáceis e difíceis é cindir o compreender, que não pode ser cindido, pois é condição de possibilidade para a interpretação e, portanto, condição de possibilidade da própria atribuição de sentido do que seja um caso fácil ou difícil⁸³.

Surgem, desta forma, por parte da visão da hermenêutica, os questionamentos sobre como saber quando se está face a um caso fácil ou a um caso difícil e, mais ainda, se o saber quando se está diante de um caso fácil ou difícil já não é, em si, um caso difícil? Tal problemática se esclarece na análise de Ernildo Stein, para quem, “em todo o processo compreensivo, o desafio é levar os fenômenos à representação ou à sua expressão na linguagem, chegando,

⁷⁹ Id., *ibid.*, p. 255.

⁸⁰ Id., *ibid.*, p. 198.

⁸¹ Id., *ibid.*, p. 199.

⁸² Id., *ibid.*, p. 256.

⁸³ Id., *ibid.*, p. 199.

assim, ao que chamamos de objetivação”⁸⁴. Ao final desses processos de objetivação, o homem realiza o que se poderia considerar o modo máximo do agir humano, *afirmar que algo é*.

A distinção entre casos fáceis e difíceis é metafísica, na medida em que se ignora que antes do momento da distinção, de caráter causal-explicativo, existe um compreender antecipador, pré-compreensivo, de caráter existencial. Assim, enquanto nos casos fáceis parece haver uma explicação que emerge de um raciocínio dedutivo (que seria o vetor de racionalidade de segundo nível), nos casos difíceis ocorre uma maior complexidade, trazida pelo modo de ser-no-mundo do intérprete, que é um modo compreensivo (tem como condição de possibilidade uma pré-compreensão), sendo impossível reduzi-lo à simples explicação causal, ou seja, o explicar (usado nos casos fáceis) é da ordem da causalidade e o compreender (necessário para a interpretação dos casos difíceis) é da ordem do acontecer (existencial)⁸⁵.

Em síntese – e isso para as teorias discursivo-argumentativas passa batido -, na medida em que se distinguem casos fáceis e difíceis, conseqüentemente, se passa a operar de duas formas: nos casos denominados simples, o operar é explicativo (da ordem da causalidade); já nos denominados difíceis, não basta a causalidade, pois, uma vez que o caso deixa de ser fácil, é preciso ampliar o processo, no qual a operação de explicação somente é possível quando ocorre, como condição de possibilidade, o acontecer da diferença ontológica⁸⁶.

Nesse contexto, é pertinente, mais uma vez, a crítica à teoria da argumentação jurídica formulada por Robert Alexy, que, embora se denomine não positivista, divide a interpretação dos casos fáceis e difíceis em *procedimentos interpretativos próprios para casos simples e procedimentos interpretativos próprios para casos difíceis*⁸⁷ – ou seja, enquanto os casos fáceis se resolvem

⁸⁴ Id., *ibid.*, p. 199-200.

⁸⁵ Id., *ibid.*, p. 200.

⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 200-201.

⁸⁷ Id., *ibid.*, p. 201.

dedutivamente, pela subsunção das regras; os casos difíceis se solucionam pela ponderação dos princípios procedimentalmente hierarquizados⁸⁸.

3.1.3 A tese da resposta hermeneuticamente correta e o debate sobre a adequada relação entre direito e moral no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito

Uma das preocupações centrais da crítica hermenêutica do direito reside em sustentar a possibilidade de se alcançar respostas hermeneuticamente adequadas (corretas)⁸⁹. Isso significa que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa e que, no âmbito do direito, sob a égide do Estado Democrático de Direito, não é possível, por exemplo, atribuir sentidos que despistem noções como função social da propriedade ou prioridade no atendimento de crianças e adolescentes, pois o direito exige que as decisões judiciais se informem e se conformem aos paradigmas constitucionais⁹⁰.

Nesse sentido, se reafirma a importância da idéia de que não existe cisão entre texto e sentido do texto (norma), assim como não existe cisão entre ser e ente. Texto e norma não coisas separadas e não podem, portanto, ser percebidos isoladamente, mas, também, não se confundem, ou seja, não estão colados um ao outro, e tampouco existe uma norma imanente ao texto, que o intérprete possa extrair. Entre texto e norma existe uma diferença, uma diferença que é ontológica, e, assim como ser e ente, o texto só será na sua norma e a norma só será no seu texto⁹¹.

Com isso, não se pode falar de textos (e de coisas significadas por textos) que ainda não tenham recebido significado – quando olhamos um texto, este já nos aparece preenchido de significado, ou seja, já é uma norma –, pois não

⁸⁸ ALEXY, *Sistema jurídico y...*, p. 167-172.

⁸⁹ STRECK, *Verdade e...*, p. 203.

⁹⁰ Id., *ibid.*, p. 203-204.

⁹¹ Id., *ibid.*, p. 204-205.

podemos acessar os entes (nesse caso os textos) enquanto entes (abismo gnoseológico), o ente só *é* no seu ser (normas). Essa significação dos textos se dará sempre pela *applicatio*, que só pode ocorrer frente à determinada situação, seja concreta ou imaginária, mas sempre única e irrepetível⁹².

É por essa razão que também o texto da Constituição só poderá ser entendido em sua aplicação (*applicatio*). A Constituição será, desta forma, o resultado de sua interpretação, ou seja, será o produto daquilo que os juristas intersubjetivamente entendem *como* (*als*) – e esse *como* é hermenêutico e não apofântico – Constituição. Para Lenio Luiz Streck, compreendemos a Constituição *como* Constituição quando: (1) a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; (2) examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade através da consciência acerca dos feitos que a história tem sobre nós, percebendo a ausência da justiça social; (3) constatamos que os direitos fundamentais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os tem; (4) compreendemos que a Constituição é, também, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos; (5) percebemos que a Constituição não é somente um documento que outorga direitos, mas, mais do que isso, expõe (ilumina) dramaticamente a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; e, por fim, (6) consideramos a Constituição o fruto de uma processo constituinte, como algo que constitui, da qual deve exsurgir uma nova sociedade, permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição⁹³.

Assim, é possível concluir que uma *baixa compreensão* do sentido Constituição – com toda a significação que esta possui no âmbito do Estado Democrático de Direito – implica uma *baixa aplicação*, ou seja, prejuízo na concretização dos direitos fundamentais-sociais, pois a condição de

⁹² Id., *ibid.*, 206.

⁹³ Id., *ibid.*, p. 208-209.

possibilidade para a compreensão de um texto é a pré-compreensão (pré-juízos) do intérprete sobre o sistema jurídico-político-social como um todo⁹⁴.

Nesse contexto, a resposta correta, aqui defendida na mesma linha de Streck, se dará pela *applicatio*, e disso decorre a afirmação de que se trata de uma resposta *hermeneuticamente* correta. Trata-se de uma tese conteudística, fundada no mundo prático e na diferença ontológica⁹⁵, pois, na medida em que o direito é um ato de integração que se dá no círculo hermenêutico, a interpretação somente pode acontecer face ao caso determinado, único, específico, cuja resposta só a este se destina.

A *applicatio* rompe com as abstrações, não há mais só textos, pois estes somente se dão em seu sentido (norma); há, então, normas e nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta de cada caso. O caso concreto se torna o *locus* do acontecer do sentido⁹⁶. Assim, na medida em que o caso concreto é irrepetível e a norma a ser aplicada se dá pela *applicatio* – isto é, o sentido do texto somente poderá ser compreendido face àquele caso –, então, a resposta para cada caso só poderá ser uma, pois a atribuição de sentido não está à disposição do intérprete, o intérprete encontra-se vinculado à tradição autêntica, intersubjetivamente compartilhada (pré-juízos verdadeiros).

É evidente que essa resposta hermeneuticamente correta, construída na síntese hermenêutica da *applicatio*, deverá ser justificada no plano de uma argumentação racional, pois, embora hermenêutica não se confunda com teoria da argumentação, ela não prescinde de uma argumentação – necessária para a adequada explicitação (vetor de racionalidade de segundo nível) do que já foi possível compreender pela antecipação de sentido (vetor de racionalidade de primeiro nível)⁹⁷.

⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 209.

⁹⁵ Id., *ibid.* p. 215.

⁹⁶ Id., *ibid.*, p. 210.

⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 220-221.

Nesse sentido, a tese da resposta hermeneuticamente correta pressupõe uma sustentação argumentativa, mas não se resumirá a esse nível epistemológico, que será o espaço da explicitação das condições pelas quais se compreendeu. A hermenêutica se diferencia, assim, na medida em que não opera somente com o nível epistemológico da explicitação do já compreendido, pois opera, também, com o nível filosófico da antecipação de sentido, condição de possibilidade para que se alcance esse compreender.

O intérprete colocará em discussão os seus pré-juízos, isto é, os juízos que tinha previamente sobre as coisas antes de com elas se confrontar. Ao fazê-lo, evita que seus pré-juízos permaneçam alheios ao que informa a tradição, ou seja, passa a perceber seus prejuízos *como (als)* pré-juízos, evitando se tornar refém de uma tradição ilegítima⁹⁸.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck, a justificação das decisões importa porque:

a fundamentação (justificação) da decisão, em face do caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade, etc) faz com que nela - fundamentação do compreendido - o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico⁹⁹.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a adoção da tese da resposta correta ou hermeneuticamente adequada abre caminho para o debate acerca da relação entre direito moral. Isso porque autores como Ronald Dworkin¹⁰⁰ e Robert Alexy - esse último, preocupação central do presente trabalho - admitem

⁹⁸ Id., *ibid.*, p. 223.

⁹⁹ Id., *ibid.*, p. 223.

¹⁰⁰ Ressalte-se que é muito discutível, para não dizer problemática, a missão conferida ao juiz Hércules, tipo ideal criado pelo autor para encontrar a única resposta correta.

que o intérprete necessitará se socorrer de elementos que estão *fora* do sistema jurídico (direito positivado) para solucionar os já mencionados casos difíceis.

Esses autores não percebem que, em sistemas jurídicos caracterizados pelo constitucionalismo dos Estados Democráticos de Direito, essa questão assume outra dimensão, pois os textos constitucionais abarcam um conjunto principiológico no qual direito e moral são co-originários, ou seja, aquilo que se pensava ser necessário buscar *fora* do sistema, já está por ele contemplado nos princípios constantes das Constituições fortemente compromissárias e sociais, como a brasileira e a alemã, por exemplo.

No caso brasileiro – portanto, da situação hermenêutica da Constituição –, o discurso moral-principiológico não vem de fora do sistema jurídico para corrigir os impasses interpretativos¹⁰¹. O direito é aberto à moral, mas não pode dela ser dependente, e esse é o sentido da crítica, que orienta o presente trabalho, à moral corretiva de Alexy.

Como bem explica Rodolfo Arango, os sistemas jurídicos que incorporaram princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas (princípios como, por exemplo, do Estado Democrático de Direito, do Estado Social, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, que, diga-se de passagem, estão todos incluídos no texto constitucional alemão, sistema sobre o qual Robert Alexy baseia ou ao qual dirige suas considerações) elevaram ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral que está cristalizado na Constituição¹⁰².

Portanto, ao se incorporarem aos textos constitucionais princípios que expressam a ética política moderna – e que passaram a ser juridicamente válidos no sistema do direito positivo –, se estabeleceu uma relação necessária entre direito e moral, em que, por direito próprio, se exige a aproximação entre as

¹⁰¹ Id., *ibid.*, p. 212.

¹⁰² ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, p. 126.

noções do direito como é e do direito como deveria ser (ideal de vida boa projetado na Constituição) ¹⁰³.

No plano da hermenêutica, a discussão acerca da moral se colocará, então, na questão do *lidar com o mundo prático*, a partir da não-cisão entre conhecer, interpretar e aplicar, superada pela noção de processo unitário (*applicatio*). Assim, o *conceito moral básico* que informa a decisão de cada caso é, a partir do requisito hermenêutico imposto pela consciência da história efetual, fruto da importância assumida pelo texto com a incorporação ao direito dos princípios substantivos¹⁰⁴.

Os princípios jurídicos que introduzem o mundo prático (razão prática) não servirão, assim, para abrir o processo interpretativo em favor de arbitrariedades. Pelo contrário, a utilização dos princípios na *applicatio* – a partir dos teoremas fundamentais da circularidade hermenêutica e da diferença ontológica – proporcionará um fechamento da interpretação, que funciona como blindagem contra a livre atribuição de sentidos¹⁰⁵.

As decisões alcançadas, nesse âmbito hermenêutico, serão moralmente informadas, ou seja, conteudísticas também no sentido moral. E isso não ocorre porque o intérprete se socorreu de elementos externos ao sistema jurídico positivado, mas, sim, porque as decisões serão constitucionalmente adequadas, e a Constituição, por si própria, enquanto fundamento sem fundo da validade do sistema jurídico, oferece – deontológica, e não axiologicamente – a noção de vida boa do projeto constitucional, ou seja, uma moral que é histórica e temporalmente situada.

A reinserção de elementos morais no conteúdo jurídico é comum às diversas teorias contemporâneas do direito, justamente em razão da insuficiência e do fracasso positivista e, também, de sua tese da total separação entre direito e moral. Entretanto, a forma como acontece essa implicação moral no âmbito do direito já não é tema pacífico entre essas teorias que se alinham no

¹⁰³ STRECK, *Verdade e...*, p. 212.

¹⁰⁴ Id., *ibid.*, p. 212.

¹⁰⁵ Id., *ibid.*, p. 212.

paradigma pós-positivistas. Nesse sentir, é possível perceber profundas diferenças entre o pensamento da crítica hermenêutica do direito aqui adotada e a posição defendida por Robert Alexy quanto à questão da relação entre direito moral.

Enquanto para a hermenêutica jurídica o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, em razão da inclusão de princípios no texto constitucional; para Robert Alexy, a moral terá um uso corretivo e de forma externa ao direito, será chamada para corrigir o conteúdo das decisões jurídicas – o que, por fim, ficará plenamente demonstrado pela análise do paradigmático exemplo do *caso dos atiradores do muro* da RDA. Tal posição é merecedora de crítica, uma vez que incompatível com as conquistas da modernidade alcançadas no estágio avançado de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

3.2 A PRETENSÃO DE CORREÇÃO DO DIREITO E O CARÁTER CORRETIVO DA MORAL EM ROBERT ALEXY

Para Alfonso Figueroa, o argumento dos princípios, defendido por Alexy como um dos elementos que compõem seu conceito de direito, é o instrumento utilizado pelo autor alemão – em razão da necessidade do uso dos princípios no âmbito de abertura do direito frente aos casos difíceis – para a imissão da moral no direito¹⁰⁶. Essa afirmação não é inteiramente verdadeira, ou, pelo menos, este caminho proposto não é o principal (ou mais evidente) para se chegar à questão da relação entre direito e moral na teoria alexyana.

Isto porque o argumento dos princípios, juntamente com o argumento da injustiça extrema, utilizados por Alexy para defender a tese da vinculação entre direito e moral, possuem uma mesma base que os dá suporte: o argumento da correção¹⁰⁷. Desta forma, o argumento da correção dará suporte para que o

¹⁰⁶ FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 387.

¹⁰⁷ ALEXY, *El concepto...*, p. 41.

argumento dos princípios atue nas situações referentes ao cotidiano jurídico, razão pela qual sua vinculação será qualificante, bem como dará suporte para que o argumento da injustiça atue em relação às situações em que se extrapola o limiar de suportabilidade da injustiça extrema, evidenciando uma vinculação classificante¹⁰⁸.

Além disso, esse argumento da correção, que lança a idéia de uma pretensão de correção do direito, não se limita a embasar os outros dois argumentos, pelo contrário, tal argumento entende que a pretensão de correção não possui um conteúdo trivial e que, portanto, não carecendo de implicações morais, aponta não apenas para um tipo qualquer de relação entre direito e moral, mas, sim, para uma relação que é conceitualmente necessária¹⁰⁹.

Alexy entende que a pretensão de correção do direito é, necessariamente, formulada pelas decisões judiciais, pelas leis analisadas de forma isolada, bem como pelos sistemas jurídicos como um todo – embora fique evidente a preocupação central do autor com respeito à correção das decisões¹¹⁰.

A pretensão de correção do direito pode, ainda, ser percebida em cada um dos três níveis do modelo de sistema jurídico alexyano, pois tanto regras e princípios, parte passiva do sistema, quanto procedimentos, parte ativa, estão vinculados a uma pretensão de correção¹¹¹. No caso do terceiro nível (procedimentos), a pretensão de correção aparece na tese do caso especial, proposta por Alexy em sua teoria da argumentação jurídica¹¹².

Dito isso, há que se explicar como, em Alexy, a pretensão de correção do direito parte de uma relação conceitualmente necessária entre direito e moral e alcança uma utilização da moral como corretiva do direito. Isso ocorre porque o autor sustenta que, pelo menos no que se refere aos casos difíceis, *toda a aplicação do direito implica argumentos morais*. Além disso, também a legislação pretende ser moralmente justificável, inclusive nos casos de compromisso político. Enfim,

¹⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 32.

¹⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 45.

¹¹⁰ Id., *ibid.*, p. 41.

¹¹¹ ALEXY, *Sistema Jurídico y...passim*.

¹¹² ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 212 e ss.

para ambos os casos, Alexy afirma que existem princípios morais ativos no direito¹¹³.

Tais afirmações poderiam até ser confrontadas pelos defensores de Alexy, no sentido de que tais elementos morais, embora ativos no sistema jurídico, não seriam externos a ele, ou seja, que a moral não viria, de fora do direito, para corrigi-lo. Ocorre que isso não se confirma no entendimento de Alexy, uma vez que ele, em razão de sua percepção quase positivista – embora se diga exatamente o contrário disso – do que vem a ser o âmbito de abertura do direito, afirma categoricamente que, em algumas questões (casos difíceis), não resta outra coisa senão recorrer a critérios não jurídicos¹¹⁴.

Nesse sentido, é interessante notar que justamente com sua tentativa de superar a tese positivista da total separação entre direito e moral, o autor acaba se deslocando para o extremo oposto, ou seja, o do uso de uma moral corretiva no direito. Isso porque Alexy, como visto anteriormente (3.1.1), não compreende, com a hermenêutica, que os princípios fecham o âmbito interpretativo, ao invés de abri-lo.

Na tentativa de superar a discricionariedade judicial do positivismo, que permite ao juiz se utilizar de critérios externos a moldura do direito, Alexy irá propor um instrumento de *juridicização* da questão, pois – uma vez que a pretensão de correção é não apenas uma exigência moral, mas, também, jurídica – a decisão que se pretende correta, independentemente dos argumentos que forem utilizados, será uma decisão de bases jurídicas¹¹⁵. É como se Alexy ainda estivesse preocupado em solucionar o debate travado entre Hart e Fuller, isto é, como se buscasse refutar o argumento hartiano de que as decisões dos casos difíceis, quando fundamentadas em argumentos morais, são também decisões de caráter moral, e não propriamente jurídico¹¹⁶.

¹¹³ ALEXY; BULYGIN, *La pretensión...*, p. 108.

¹¹⁴ ALEXY, *La institucionalización...*, p. 46.

¹¹⁵ Id., *ibid.*, p. 46.

¹¹⁶ Ver, para tanto, a última parte do item 1.4 do presente trabalho.

Assim, no âmbito da abertura do direito, Alexy irá sustentar uma função não positivista para a pretensão de correção, que, vinculada necessariamente às sentenças judiciais, exige o dever jurídico de decidir corretamente. Na abertura do direito, o juiz necessitará se apoiar em critérios não jurídicos, pois do contrário não se estaria no âmbito de abertura. Tais critérios seriam, em resumo: a conveniência, o costume e a moral¹¹⁷. Ou seja, Alexy admite que a moral (critério não jurídico) seja trazida pelo juiz de forma arbitrária para solução do caso.

Tendo em vista tal contexto, a diferença entre a aplicação de regras e princípios e entre a solução de casos fáceis e difíceis resta bastante clara nos termos formulados por Grossmann, ao ressaltar que para os casos difíceis é necessário uma *apreciação adicional*, o que significa afirmar que os princípios *morais* serão incluídos no direito através da pretensão de correção. Enquanto, nos casos fáceis, a argumentação jurídica está limitada pelas normas positivas, pelos precedentes e pela dogmática, ou seja, unicamente por aquilo que já está institucionalizado; nos casos difíceis, que não não poderão ser determinados apenas com base no material institucionalmente dado, isso não é suficiente, pois, para esse casos, será necessária a apreciação dos princípios morais, que são chamados ao direito por exigência da pretensão de correção¹¹⁸.

O equívoco cometido por Alexy, em relação às implicações morais no âmbito do direito, resulta de sua incompreensão acerca do papel dos princípios no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito. Uma vez que para o autor da teoria da argumentação, os princípios são mandatos de otimização, chamados à ponderação nos casos difíceis, ou seja, para os casos em que não existem regras aplicáveis, estes ficam relegados ao simples papel de suprir as insuficiências das regras¹¹⁹.

Desta forma, ao ignorar que nos textos constitucionais, principiológicos e compromissários do segundo pós-guerra aquilo que ficou pactuado como um

¹¹⁷ ALEXY, *La institucionalización...*, p. 46.

¹¹⁸ GROSSMANN, Elias. *Os princípios jurídicos em Robert Alexy*. 2000. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, p. 48.

¹¹⁹ STRECK, *Verdade e...*, p. 168.

ideal de vida boa foi introduzido no direito positivo (deontologicamente), Alexy é levado à necessidade de importar os argumentos morais para dentro do direito (axiológicamente), e os princípios acabam atuando de forma fortemente corretiva¹²⁰.

Também Habermas critica essa dependência do direito à moral¹²¹ e discorda da tese alexyana de que a argumentação jurídica seja um caso especial da argumentação moral, uma vez que axiológica, afirmando que, ainda que a tese do caso especial estivesse correta sob todos os demais aspectos, o problema se situa na sugestão de uma subordinação do direito à moral – que é inaceitável na perspectiva pós-metafísica a que Habermas adere¹²² – e, em seus próprios termos, esclarece que:

¹²⁰ Id., *ibid.*, p. 168.

¹²¹ A passagem em que Habermas se mostra mais explicativo sobre sua posição acerca da relação entre direito e moral formulada por Alexy é a seguinte: “Aquele que compartilha o entendimento deontológico de Dworkin e segue as considerações teórico-argumentativas proposta por autores como Aarnio, Alexy e Günther, concorda com duas teses. Primeiro, o discurso jurídico não pode operar de forma auto-suficiente dentro de um universo hermeneuticamente fechado de normas existentes, mas deve permanecer aberto a argumentos de outras fontes. Em particular, deve permanecer aberto às razões pragmáticas, éticas e morais trazidas para o processo legislativo e mescladas à pretensão de legitimidade das normas legais. Segundo, a correção das decisões legais é, em última instância, mensurada pelo modo como o processo decisório satisfaz as condições comunicativas da argumentação que fazem o julgamento imparcial possível. Logo, é tentador adaptar a teoria do discurso do direito após uma melhor compreensão da ética do discurso. Embora a prioridade heurística dos discursos morais práticos e até mesmo os requisitos das regras legais possam não contradizer normas morais, o que não implica imediatamente que os discursos jurídicos devam ser pensados como integrantes das argumentações morais” (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: MIT, 1996, p. 230). Tradução da autora, na edição em inglês: “If one shares Dworkin’s deontological understanding of law and follows the argumentation-theoretic considerations advanced by such authors as Aarnio, Alexy, and Günther, one will agree with two theses. First, legal discourse cannot operate self-sufficiently inside a hermetically sealed universe of existing norms but must rather remain open to arguments from other sources. In particular, it must remain open to the pragmatic, ethical, and moral reasons brought to bear in the legislative process and bundled together in the legitimacy claim of legal norms. Second, the rightness of legal decisions is ultimately measured by how well the decision process satisfies the communicative conditions of argumentation that make impartial judgment possible. Thus it is tempting to model the discourse theory of law after the better-understood discourse ethics. However, the heuristic priority of moral-practical discourses, and even the requirement that legal rules may not contradict moral norms, does not immediately imply that legal discourses should be conceived as a subset of moral argumentation”.

¹²² CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 154-155.

embora a tese do caso especial, em uma versão ou outra, é plausível de um ponto de vista heurístico, ela sugere que o direito está subordinado à moralidade. Tal subordinação é enganosa, porque carregada de conotações de direito natural. A tese se torna menos problemática assim que leva a sério diferenciação paralela entre direito moral que ocorre no nível da justificação pós-convencional¹²³.

Para este autor, direito e moral são co-originários, de tal modo que há uma institucionalização jurídica da moral através do princípio D¹²⁴. Adepto da teoria habermasiana, Marcelo Cattoni entende que a tese do caso especial (e da pretensão de correção que a compõe) deve ser descartada tão logo se pense que a relação entre direito e moral ocorre em um nível pós-convencional de justificação. Para este autor, o princípio do discurso – tal como formulado por Habermas – concretiza-se, entre outras formas, nos princípios da moralidade e da democracia, à luz de diferentes tipos de normas de ação¹²⁵. Neste sentido, Habermas refere que:

o princípio da moral regula as interações pessoais simples e informais; o princípio da democracia regula as relações entre sujeitos de direito que se entendem portadoras de direitos. Em concordância com isso, o discurso racional pressuposto pelo princípio do discurso se ramifica, de um lado, em argumentação moral, no outro, em discursos políticos e jurídicos que são institucionalizados em formas legais e que incluem questões morais somente em atenção a normas legais¹²⁶.

¹²³ HABERMAS, *Between facts...*, p. 233. Tradução da autora, na edição em inglês: “Although the special-case thesis, in one version or another, is plausible from a heuristic standpoint, it suggests that law is subordinate to morality. This subordination is misleading, because it is still burdened by natural-law connotations. The thesis becomes less problematic as soon as one takes seriously the parallel differentiation of law and morality that occurs at the postconventional level of justification”.

¹²⁴ STRECK, *Verdade e...*, p. 78.

¹²⁵ CATTONI, *Direito processual...*, p. 155-156.

¹²⁶ HABERMAS, *Between facts...*, p. 233-234. Tradução da autora, na edição em inglês: “The principle of morality regulates informal and simple face-to-face interactions; the principle of democracy regulates relations among legal persons who understand themselves as bearers of rights. The rational discourse presupposed by the discourse principle accordingly branches out, on one side into moral argumentation, on the other into political and legal discourses that are institutionalized in legal form and include moral questions only in regard to legal norms”.

E conclui, afirmando que:

discursos especializados para a justificação e a aplicação dos textos legais [...] se referem, desde o princípio, ao direito democraticamente positivado e, na medida em que não se trata de uma questão de reflexão doutrinária, são eles mesmos juridicamente institucionalizados¹²⁷.

Desta forma, embora a tese da crítica hermenêutica do direito seja radicalmente distinta da teoria procedimental proposta por Habermas, especialmente no que diz respeito à cisão realizada entre discursos de justificação e de aplicação, no ponto específico aqui trabalhado, isto é, em se tratando da relação entre direito e moral, existe uma concordância: o direito não pode ficar subordinado à moral¹²⁸.

Por fim, vale ressaltar que existem, na doutrina nacional, posicionamentos diversos daquele aqui adotado. Dentre eles, destaque-se o entendimento de Cláudia Toledo, responsável pelo texto introdutório da obra *Teoria da argumentação jurídica*, de Robert Alexy, no qual a autora sustenta que “a pretensão de correção no discurso jurídico não diz respeito à exigência de *racionalidade* do ponto de vista *material*, conteudístico das *asserções jurídicas* tomadas como *premissas*, meta que foge *totalmente* àquela perquirida por Alexy”¹²⁹ e, ainda, demonstrando sua posição diametralmente oposta à tese ora defendida, afirma que em relação a tese do caso especial “Alexy não quer dizer que o direito é *subordinado* ou *secundário* em relação à moral”¹³⁰ e que, mediante a adoção da tese da integração, Alexy “entende, portanto, direito e moral como *complementares* entre si”¹³¹.

¹²⁷ Id., *ibid.*, p. 234. Tradução da autora, na edição em inglês: “discourses specialized for the justification and application of legal statutes [...] refer from the outset to democratically enacted law and, insofar as it is not a matter of doctrinal reflection, are themselves legally institutionalized”.

¹²⁸ STRECK, *Verdade e...*, p. 77-78 e 211.

¹²⁹ TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p. 27.

¹³⁰ Id., *ibid.*, p. 29.

¹³¹ Id., *ibid.*, p. 29.

Na certeza da salutar importância do debate acadêmico respeitoso, é necessário discordar das referidas afirmações da professora mineira. Considerando, em primeiro lugar, que a pretensão de correção não se limita, na teoria alexyana, ao âmbito dos procedimentos e que a correção está intimamente vinculada ao argumento dos princípios – este sem qualquer sombra de dúvida conteudístico, uma vez que é usado por Alexy como forma de rechaçar a crítica de que a pretensão de correção possui conteúdo trivial e, portanto, carece de implicações morais¹³² – e, em segundo lugar, que o argumento dos princípios é utilizado para alcançar a solução dos casos difíceis no plano de abertura do direito, em que o intérprete necessitará se valer de critérios externos ao direito¹³³, dentre eles a moral, não há como sustentar, com Toledo, que a pretensão de correção seja meramente procedimental e que a moral não tenha uma atuação corretora no conteúdo jurídico. Além disso, Alexy é bastante claro em sua afirmação de que na pretensão de correção do direito está incluída uma pretensão de correção moral¹³⁴.

Em síntese, o que se procurou demonstrar é que a pretensão de correção do direito na teoria de Alexy, seja pelo uso do argumento da injustiça, seja pelo uso do argumento dos princípios, possibilita uma abertura do direito à critérios morais não institucionalizados, ou seja, que não passaram pelo crivo da positivação. Tal situação acaba por permitir que a moral atue como corretora do direito.

Isso não significa que a posição aqui defendida seja a de que o direito prescindir da moral. Não, em realidade, a teoria da crítica hermenêutica do direito se contrapõe somente ao fato de a moral se sobrepor ao direito, pois o direito não é, e nem poderia ser, de algum modo, caudatário do discurso moral, como, às vezes, parece pensar a Teoria da Argumentação Jurídica ao introduzir

¹³² ALEXY, *El concepto...*, p. 45.

¹³³ ALEXY, *La institucionalización...*, p. 46.

¹³⁴ ALEXY; BULYGIN, *La pretensión...*, p. 106-109.

na interpretação do direito um discurso de adjudicação que, no limite, pode chegar a substituir o próprio direito.

No atual contexto, o que é preciso compreender é que as Constituições já trazem uma noção de moral, que foi introduzida através da inclusão dos princípios constitucionais. Tais princípios irão traduzir deontologicamente a moral que compõe o projeto constitucional, ou seja, o ideal de vida boa que foi pactuado. E, nesse sentido, também as decisões judiciais serão informadas por essa moral, pois pela *applicatio* o intérprete fica impedido de atribuir qualquer sentido, ele está intersubjetivamente vinculado aos pré-juízos autenticamente constitucionais.

3.3 O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO CASO MAUERSCHÜTZEN

Retomar o *caso dos atiradores do muro*¹³⁵, nesse momento, importa reafirmar os significados práticos que a adoção de uma moral corretiva, nos termos propostos por Alexy, podem significar em termos de conseqüências para a integridade do direito. Ainda, encerra a possibilidade de, além da explicitação da doutrina de Alexy, repisar as razões pelas quais a moral, na construção teórica desse autor, pressupõe uma correção do direito.

No mesmo sentido que o argumento dos princípios – que é destinado para a correção das situações cotidianas do direito –, o argumento da injustiça – que se destina a corrigir as situações que ultrapassam o limiar de sustentabilidade da injustiça extrema – também possibilitará uma abertura do direito para a correção por critérios morais, porque inserido na pretensão de correção.

Sustentado pela Fórmula Radbruch, o argumento da injustiça poderá se referir a normas jurídicas analisadas isoladamente ou a sistemas jurídicos em seu conjunto. Nos casos em tela, referem-se a uma legislação específica, qual

¹³⁵ Tendo em vista a exaustiva descrição dos casos envolvendo os atiradores do muro, realizada no primeiro capítulo do presente trabalho, limitamo-nos, no presente item, a simples menção dos elementos que importam para a reflexão a ser realizada.

seja, a legislação de fronteiras da extinta RDA, mais especificamente à causa de justificação do homicídio em caso de disparos contra fugitivos.

A utilização da Fórmula Radbruch e, conseqüentemente, de sua versão mais atualizada – o argumento da injustiça – são extremamente problemáticas no atual contexto de um Estado Democrático de Direito, pois evidenciam um uso arbitrário de elementos morais.

Nesse sentido, cabe a crítica não apenas à manifestação de Alexy sobre as sentenças *Mauerschützen*, mas, também, às próprias decisões¹³⁶ do Tribunal Constitucional e das instâncias inferiores, que, em flagrante violação ao princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* (princípio da proibição de retroatividade da lei penal), condenaram por homicídio os soldados e os oficiais envolvidos nas mortes da fronteira.

Vale lembrar que Fórmula Radbruch não encontra qualquer guarida legal, e, nesse sentido, deixa mais que evidenciado o uso, defendido por Alexy e adotado pela jurisprudência alemã, de critérios morais, não jurídicos ou juridicizados, na correção do conteúdo das decisões judiciais.

Mais arbitrário do que isso, só a conceituação do que vem a ser uma injustiça extrema e o seu grau de insustentabilidade, que inclusive Alexy admite ter dificuldades em apontar um parâmetro, o que talvez seja a explicação de porque o autor se contradiz, em algumas passagens, sobre os casos que efetivamente caracterizam-se ou não como uma injustiça extrema para além do limite suportável¹³⁷. Entretanto, uma coisa é certa: os casos ocorridos na RDA não podem, de forma alguma, ser equiparados ou comparados à experiência do nazismo no período da Segunda Guerra Mundial. E, até mesmo essa evidente lucidez, falta ao comentador e aos julgadores do caso.

Maior evidência, ainda, da arbitrariedade na determinação do que vem a ser uma injustiça extrema insuportável, é a constatação, feita pelo próprio Alexy,

¹³⁶ STRECK, *Verdade e...*, p. 120.

¹³⁷ ALEXY, *Una defensa...*, p. 242 e 246.

de que legislação de fronteiras da RDA é muito similar a atual lei de fronteiras vigente na RFA, ou seja, nem mesmo a legislação atacada pelo tribunal poderia ser considerada de conteúdo *tão* absurdo¹³⁸.

Por fim, a toda evidência, a condenação dos soldados e dos oficiais envolvidos nas mortes de fugitivos na fronteira da RDA, com base na Fórmula Radbruch, incorrendo na mais absoluta violação do princípio da *nullum crimen, nulla poena sine lege* (princípio da proibição de retroatividade da lei penal), significa a admissão de uma moral corretiva ao direito e, assim, a flexibilização de conquistas da modernidade que representam um retrocesso incompatível com o atual contexto de evolução do Estado Democrático (e Social) de Direito.

¹³⁸ ALEXY, *Mauerschützen...*, p. 173.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

- I. O caso dos atiradores do muro ou a jurisprudência *Mauerschützen*, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, diz respeito ao julgamento de soldados e oficiais da extinta RDA em razão da morte de fugitivos na fronteira. A condenação dos envolvidos, fundamentada na aplicação da Fórmula Radbruch e na *flexibilização* do princípio da irretroatividade da lei penal, traz importantes conseqüências para o debate acerca dos limites da relação entre direito e moralidade, no âmbito do Estado Democrático de Direito.
- II. A Fórmula Radbruch, que foi criada na tentativa de superar a separação entre direito e moral, defendida pelo positivismo, bem como o conflito entre as posições estanques deste e do direito natural, adquire importância na medida em que se refere aos casos em que não se pretende alcançar a justiça, nos quais a igualdade, que constitui a medula da justiça, é negada claramente pelo direito positivo.
- III. Nesses casos, não somente o direito é injusto, mas também carece de qualquer natureza jurídica, isto é, as leis de conteúdo muito injusto, mesmo que vigentes pelos critérios do ordenamento jurídico a que pertencem, perdem sua natureza jurídica – deixam de ser direito. Disso resulta que a modificação no status da lei não se dá na vigência, mas, sim, na validade. Em resumo: a injustiça extrema não é direito.
- IV. Através do seu conceito de direito, Robert Alexy tem a pretensão de superar o modelo positivista da tese da separação total entre direito e moral e, para tanto, acrescenta aos já conhecidos elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social, um novo e terceiro elemento, que possibilita a correção material do conteúdo jurídico, uma vez que o direito será permeado por elementos morais. O conceito de direito desenvolvido por Alexy compreende três argumentos que ocuparão papel central em sua teoria.

- V. O primeiro desses argumentos – e que é a base para a proposição do demais – é o argumento da correção, o qual estabelece que o direito necessariamente formula uma pretensão de correção, seja no que se refere ao sistema jurídico como um todo, seja no diz respeito às normas jurídicas de forma isolada ou, ainda, às decisões judiciais. Assim, a pretensão de correção deve ser formulada sempre que relações jurídicas estiverem implicadas e, tendo em vista que ela também se compõe de elementos morais (argumentos), fica evidenciada a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral.
- VI. O segundo argumento, da injustiça, nada mais é do que a apropriação alexyana da Fórmula Radbruch, a qual defende que nos casos em que a aplicação do direito configurar uma injustiça tão extrema que ultrapassa o limiar do que seria suportável, deixa de ser direito, isto é, embora vigente, perde seu caráter jurídico em razão da invalidade.
- VII. O terceiro e último argumento, dos princípios, situa-se na evidência do conhecimento metodológico de que existe uma estrutura aberta do direito, na qual se distinguem regras e princípios e casos fáceis e difíceis. No âmbito de abertura do direito, para que o juiz solucione os casos difíceis, precisará recorrer à ponderação de princípios nos quais estão contidos argumentos morais – o que, mais uma vez, comprova a necessária vinculação entre direito e uma moral correta, justificável por si própria.
- VIII. O modelo de sistema jurídico proposto por Alexy é pensado a partir da tensão entre as correntes do legalismo e do constitucionalismo e se estrutura em três níveis – *regras/princípios/procedimentos* – que se organizam em um lado passivo, no qual se diferenciam claramente as funções das regras e dos princípios e, num lado ativo, de procedimentos; este último a ser desenvolvido pela teoria da argumentação jurídica.

- IX.** Embora os três níveis apresentem deficiências se considerados isoladamente, no seu conjunto constituem um modelo cuja complementação recíproca é de difícil superação, inclusive porque nele a razão prática se realiza na maior medida possível, evidenciando a superioridade de um constitucionalismo moderado, que se coaduna com a jurisprudência de valores (axiológica) inaugurada pelo paradigmático caso Lüth e que até os dias de hoje, é praticada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão
- X.** Alexy entende que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral, pois, de um lado, se trata de uma atividade lingüística e, de outro, se preocupa com a correção dos enunciados normativos.
- XI.** A pretensão de correção dos discursos jurídicos mostra-se bastante distinta daquela nos discursos práticos gerais, uma vez que os discursos jurídicos não pretendem a mera racionalidade do enunciado, mas, sim, que o enunciado jurídico normativo seja, além de racional, fundamentado racionalmente dentro do contexto do ordenamento jurídico vigente.
- XII.** Entre os diversos argumentos que Alexy evoca na defesa da pretensão de correção, destaca-se a possibilidade de se comprovar que, em todas as formas de discurso jurídico, efetuam-se fundamentações e que todo aquele que fundamenta pretende que sua fundamentação seja acertada, isto é, que sua afirmação seja correta.
- XIII.** A pretensão de correção, na construção teórica de Alexy, é elemento central do debate sobre a relação entre direito e moral e constitui o maior argumento do autor contra a concepção positivista. Quanto aos sujeitos, a pretensão é obviamente formulada por pessoas, porém essas o fazem em nome do direito, o que em outras palavras, pode ser dito que o direito formula uma pretensão de correção através das pessoas que por ele e nele intervêm. Em relação aos destinatários, estes são todos aqueles aos quais os atos jurídicos dizem respeito, ou seja, o legislador formula uma

pretensão de correção em razão dos destinatários da lei, o juiz formula uma pretensão de correção em razão das partes do processo, e assim por diante. Este é o círculo institucional de destinatários e deverá ser o mais amplo possível, para além do ato jurídico específico.

- XIV.** Mas, existe também outro círculo, não institucional, que corresponde a tudo que envolva o ponto de vista do participante do sistema jurídico, isto é, tudo aquilo que diga respeito aos limites do direito, e compreende o que está ordenado, proibido ou permitido no sistema jurídico, bem como os destinatários destas previsões, que podem questionar, responder ou criticar estas hipóteses. Assim, o núcleo do argumento da pretensão de correção situa-se no entendimento de que os atos jurídicos institucionais estão sempre vinculados com o ato jurídico não institucional, capaz de afirmar que ele é material e procedimentalmente correto.
- XV.** O conceito de pretensão de correção é formado por três elementos – a afirmação de correção, a garantia da fundamentabilidade e a expectativa do reconhecimento da correção –, que se vinculam não apenas aos atos institucionais – como seria o caso das sentenças judiciais ou dos procedimentos administrativos –, visto que qualquer integrante do sistema jurídico que realize manifestações acerca do que é proibido, permitido ou ordenado no referido sistema (exemplo de ato não institucional) também se vincula a uma pretensão que busca a correção, tem a garantia da fundamentabilidade e a expectativa do reconhecimento.
- XVI.** A pretensão de correção formulada no direito não é idêntica à pretensão de correção formulada na moral, porém, na pretensão de correção jurídica está incluída uma pretensão de correção moral, uma vez que a aplicação do direito implica argumentos morais, pelo menos nos casos difíceis. Tendo em vista que as controvérsias morais ocorrem em ambos os níveis do direito – elementos e estrutura –, a pretensão de correção formulada no direito significará, então,

diretamente, perguntas morais, de tal modo que a pretensão se converte substancialmente em uma pretensão de correção moral.

- XVII.** Alexy defende o uso da pretensão de correção num sentido forte e argumenta que existe a possibilidade, mesmo que mínima, de algumas morais – e a expressão é do próprio autor – resistirem a um processo livre de argumentação. Por tudo isso, conclui que a tese da vinculação necessária (ou conceitual) entre direito e moral é suficientemente demonstrada pela prática de uma argumentação racional sobre o que é moralmente correto, pela possibilidade de construção de uma racionalidade prática e pela adoção da idéia de uma moral correta
- XVIII.** Em oposição à Teoria da Argumentação Jurídica defendida por Robert Alexy e às problemáticas a ela inerentes, mormente a não superação da discricionariedade positivista, propõe-se, no presente trabalho, a adoção, como referencial teórico, de uma teoria hermenêutica que seja crítica do direito e de sua dogmática. Tal paradigma hermenêutico, em razão dos teoremas fundamentais da diferença ontológica e do círculo hermenêutico, caracteriza-se, justamente, pela crítica ao relativismo e pelo rompimento com a filosofia da consciência e com o esquema sujeito-objeto.
- XIX.** Sensível à viragem lingüística e ao processo unitário de compreensão (*applicatio*), a teoria da crítica hermenêutica do direito sustenta a tese da resposta hermeneuticamente correta, proporcionando a indispensável manutenção do caráter integrativo do direito.
- XX.** O movimento que promove as Constituições promulgadas no segundo pós-guerra, e que caracteriza o que atualmente se denomina Estado Democrático de Direito, desloca o pólo de tensão dos demais poderes estatais para a jurisdição, imprimindo no direito um caráter hermenêutico de *plus* normativo, na medida em que deixa de estar limitado às tarefas de ordenar e de promover e adquire o papel de transformador da realidade social.

- XXI. Face a esta nova função, a questão de como se interpreta e como se aplica ganha destaque na teoria do direito, pois caberá a esta fornecer as bases teóricas que permitirão evitar que se incorra em decisionismos e arbitrariedades. Soma-se a isso, o fato de que, em razão do dirigismo constitucional e do vasto catálogo de direitos fundamentais-sociais que este incluiu na Constituição, o grau de compreensão do texto constitucional tem implicações diretas no grau de efetivação destes direitos.
- XXII. A partir do momento que a crítica hermenêutica ao direito, proposta por Lenio Streck, sustenta a diferença ontológica entre texto e norma (ser e ente) – ou seja, de que não existe cisão entre texto e sentido do texto (norma), assim como não existe cisão entre ser e ente, que texto e norma não são separadas e não podem, portanto, ser percebidos isoladamente, mas, também, não se confundem, ou seja, não estão colados um ao outro, e tampouco existe uma norma imanente ao texto, que o intérprete possa extrair – ele apresenta as condições necessárias para combater os riscos de incidir em decisões arbitrárias e relativistas.
- XXIII. Enquanto o processo interpretativo clássico entendia a interpretação como o produto de uma operação que ocorre em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*) – primeiro, se conhece ou compreende, depois se interpreta, para só então aplicar –, como se fosse possível ao intérprete retirar do texto um *sentido imanente* que ele *possui-em-si-mesmo*, fazendo, assim, apenas uma reprodução do sentido já à disposição do intérprete (*Auslegung*); para hermenêutica filosófica gadameriana, o intérprete sempre fará, ao invés de uma reprodução, uma atribuição de sentido (*Sinngebung*), que decorre da fusão de horizontes.
- XXIV. Gadamer, com base na concepção heiddegeriana de círculo hermenêutico, demonstra que o processo interpretativo é unitário – *applicatio* –, em que o compreender, que já é aplicar, depende de uma

antecipação de sentido: a pré-compreensão. Uma vez que a *applicatio* rompe com as abstrações, não há mais só textos, pois estes somente se dão em seu sentido (norma); há, então, normas e nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta de cada caso.

- XXV.** O caso concreto se torna o *locus* do acontecer do sentido. Assim, na medida em que o caso concreto é irrepetível e a norma a ser aplicada se dá pela *applicatio* – isto é, que o sentido do texto somente poderá ser compreendido face àquele caso –, então, a resposta para cada caso só poderá ser uma, pois a atribuição de sentido não está à disposição do intérprete, o intérprete encontra-se vinculado à tradição autêntica, intersubjetivamente compartilhada (pré-juízos verdadeiros).
- XXVI.** A resposta correta se dará pela *applicatio*, e é por isso que pode ser denominada resposta *hermeneuticamente* correta. Trata-se de uma tese conteudística, fundada no mundo prático e na diferença ontológica, pois, na medida em que o direito é um ato de integração que se dá no círculo hermenêutico, a interpretação somente pode acontecer face ao caso determinado, único, específico, cuja resposta só a este se destina.
- XXVII.** A utilização da pretensão de correção, seja em razão do argumento da injustiça – como no caso em tela –, seja em razão do argumento dos princípios – através da ponderação como solução para a colisão de princípios –, levará a Teoria da Argumentação Jurídica à manutenção da discricionariedade positivista.
- XXVIII.** Embora Alexy se diga crítico do positivismo, não foi capaz de superar a maior problemática deste paradigma: a discricionariedade do juiz na fundamentação das decisões, permitindo decisionismos e arbitrariedades na prática jurídica. A decisão *Mauerschützen* só vem a confirmar esta afirmação, pois em total desrespeito ao princípio fundamental da irretroatividade da lei penal, a Corte Constitucional alemã condenou os soldados do muro, ultrapassando, até mesmo, os limites semânticos da legislação vigente, tudo isso com base na criação doutrinária da Fórmula Radbruch, que nega natureza jurídica ao

direito positivo vigente, sem que ela própria - a fórmula - tenha qualquer guarida legal, para não dizer constitucional.

- XXIX.** Assim, o exemplo do caso dos atiradores do muro é ideal para demonstrar o relativismo e a discricionariedade promovidos pela adoção de uma pretensão de correção do direito - lembrando que essa pretensão pode se dar através tanto do argumento da injustiça quanto do argumento dos princípios (de uso mais corrente na teoria alexyana).
- XXX.** Contrário a tudo isso, o paradigma hermenêutico surge como uma garantia à integridade do direito, na medida em que é absolutamente avesso à discricionariedade. Tal rompimento se dá pelo reconhecimento de que o processo compreensivo ou interpretativo é unitário - *applicatio* -, dito de outro modo, a compreensão se dá em um processo unitário, em que interpretar é aplicar.
- XXXI.** Nesse contexto, compreender não é o produto de um método ou de um procedimento, mas, sim, um modo de ser, em que o intérprete atribui sentido dentro da circularidade hermenêutica de um sentido que já lhe era antecipado por sua pré-compreensão, razão pela qual não poderá atribuir qualquer sentido ao texto, evitando assim discricionariedades ou, ainda, um axiologismo que se dê pela correção moral do conteúdo jurídico.
- XXXI.** Por fim, importa ressaltar que o direito não é subordinado à moral, ou dela dependente - como parece pressupor Alexy, para quem a moral desempenha uma função corretiva do direito. Isso porque defende-se que, no Estado Democrático de Direito, a moral já está institucionalizada no texto constitucional através da inclusão dos princípios que traduzem deontologicamente o ideal de vida boa pactuando.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 8, p. 22-38, 1990.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. Robert Alexy. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006. p. 33-36.

ALEXY, Robert. Idée et structure d'un système du droit rationnel. *Archives de philosophie du droit*, Paris, v. 33, p. 23-38, 1988.

ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos Y Razón Práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, p. 139-151, 1988.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. Legal argumentation as rational discourse. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, v. 70, n. 2, p. 165-178, apr./giug. 1993.

ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 8, p. 71-85, jan./jul. 1996.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. Sistema Jurídico y Razón Práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 159-177.

ALEXY, Robert. Justice and Discourse. Discourse Theory and Human Rights. In: ALVES, João Lopes (Coord.). *Ética e o futuro da democracia*. Lisboa: Colibri, 1998. p. 133-142.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, p. 267-279, 1999.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 203-214, 1999.

ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374-384, Dec. 1999.

ALEXY, Robert. Derecho Injusto, Retroactividad y Principio de Legalidad Penal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 197-230, 2000.

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, Oxford, v. 13, n. 3, p. 294-304, Sept. 2000.

ALEXY, Robert. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, Oxford, v. 13, n. 2, p. 138-147, June 2000.

ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 11-46, set. 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 799, p. 33-51, maio 2002.

ALEXY, Robert. *The argument from injustice. A reply to legal positivism*. New York: Oxford University Press, 2002.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, June 2003.

ALEXY, Robert. Justicia como corrección. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 26, p. 161-171, 2003.

ALEXY, Robert. La naturaleza de la filosofía del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 26, p. 147-159, 2003.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 31-47.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 4, p. 433-449, Dec. 2003.

ALEXY, Robert. La decision del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 197-226.

ALEXY, Robert. Mauerschützen. Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 167-196.

ALEXY, Robert. The Nature of Legal Philosophy. *Ratio Juris*, Oxford, v. 17, n. 2, p. 156-167, June 2004.

ALEXY, Robert. Una defensa de la fórmula de Radbruch. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 227-252.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares Digital, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. Effects of Defects – Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's Law as a Moral Judgment. *Ratio Juris*, Oxford, v. 19, n. 2, p. 169-179, June 2006.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho: la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

AMBOS, Kai. *Acerca de la antijuricidad de los disparos mortales en el muro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 239-258.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1989.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 259-278.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 211-238.

BETEGÓN, Jerónimo. Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 171-192, 1998.

BULAU, Doris. *A construção do muro de Berlim*. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,608522,00.html>>. Acesso em 01/09/2006.

BULYGIN, Eugenio. Alexy's Thesis on the Necessary Connection between Law and Morality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 13, n. 2, p. 133-137, June 2000.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 171, p. 81-91, jul.-set. 2006.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2003.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 9-12.

CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 209-220, 1998.

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do estado democrático de direito*. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 79-120.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ; FAPERJ, 2003. p. 17-42.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 75-98.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORBETT, Deanne. *Muro de Berlim faz pelo menos 125 vítimas*. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,2144,2128366,00.html>>. Acesso em: 01/09/2006.

COTTA, Sergio. *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*. Milano: Giuffrè, [s. d.].

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso & correção normativa do direito*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2004.

DUTRA, Jéferson Luiz. Jurisprudência de valores. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006. p. 490-492.

DWORKIN, Ronald (Ed.). *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1991.

FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Crítica à dogmática jurídica. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 195-206.

GRAU, Eros Roberto. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006. p. 225-229.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

GROSSMANN, Elias. *Os princípios jurídicos em Robert Alexy*. 2000. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: MIT, 1996.

HABERMAS, Jürgen. A short reply. *Ratio Juris*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 445-453, Dec. 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HALDEMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazy Law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 18, n. 2, p. 162-178, June 2005.

HART, Herbert L. A. Positivism and the separation of Law and Morals. In: DWORKIN, Ronald (Ed.). *The Philosophy of Law*. London: Oxford University Press, 1977. p. 17-37.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Lisboa: Piaget, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *O conceito de tempo*. Lisboa: Fim de século, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da metafísica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *¿Qué es metafísica?* Madrid: Alianza Editorial, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. São Paulo: Centauro, 2005.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos*. 2. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas: introdução à fenomenologia*. Porto: Rés, [s. d.]

JAKOBS, Günther. Crímenes del Estado - Ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicídios en la frontera de la ex República Democrática Alemana? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 17-18, p. 445-467, 1995.

KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005.

MAIA, Alexandre da. A argumentação jurídica em Robert Alexy como uma Teoria da Identificação: bases teóricas para a multiplicidade na dogmática. *Revista da Secretaria de Assuntos Jurídicos*, Recife: Prefeitura de Recife, n. 9, jan./jun. 2002, p. 59-45.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*, n. 11, Recife, 2000, p. 125-156.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

MICHELAZZO, José Carlos. *Do um como princípio ao dois como unidade. Heidegger e a reconstrução ontológica do real*. São Paulo: Annablume, 1999.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio. Direito e Moralidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006. p. 236-240.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NEUMENN, Ulfried. *La pretensión de verdad en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

NEVES, António Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 14, p. 169-194, 1993.

PAVLAKOS, George. The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 11, n. 2, p. 126-154, June 1998.

PAVLAKOS, George. On the Necessity of the Interconnection between Law and Morality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 18, n. 1, p. 64-83, Mar. 2005.

POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 187-210.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitradriedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. In: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

RADBRUCH, Gustav. *El hombre em el derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROHDEN, Luiz et al. *Hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

SANCHÍS, Luis Pietro. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 161-195, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-158.

SCHOLLER, Heinrich. Gustav Radbruch. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006. p. 685-687.

SEOANE, José Antonio. La doctrina clásica de «Lex Injusta» y la Fórmula Radbruch. Un ensayo de comparación. In: VIGO, Rodolfo Luis (Org.). *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 253-288.

SODERO, Eduardo Roberto. Reflexiones iusfilosóficas sobre el caso de los guardianes del muro. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 289-326.

SORIANO, Leonor M. Moral. ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre la aplicación y la justificación en la teoría del discurso práctico general. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 21, p. 193-208, 1998.

STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude*. Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: Edicpucrs, 2002.

STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

STEIN, Ernildo. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre «Ser e tempo»*. 3. ed. Petrópolis: Vozes: 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do "Ontological Turn"*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2003)*. São Leopoldo, Unisinos, 2003, p. 223-271.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos (2004)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-185.

STRECK, Lenio Luiz. *Martin Heidegger*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006. p. 426-430.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006. p. 430-434.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz.; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TOLEDO, Cláudia. A argumentação jusfundamental em Robert Alexy. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 231-245.

TOLEDO, Cláudia. Introdução à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005. p. 15-31.

TUGENDHAT, Ernst. *Diálogos em Letícia*. Porto Alegre: Edipucrs, 2002.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Vozes, 2003.

TUGENDHAT, Ernst. *O problema da moral*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

VÁZQUEZ, Maria Isabel Azaretto. Prólogo. In: RADBRUCH, Gustav. *Arbitradriedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p. 7-19.

VIGO, Rodolfo Luis. La axiología jurídica de Gustav Radbruch. In: VIGO, Rodolfo Luis (Org.). *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 1-24.

VIGO, Rodolfo Luis. La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy. In: VIGO, Rodolfo Luis (Org.). *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 25-72.

VIGO, Rodolfo Luis (Org.). *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Buenos Aires: La Ley, 2004.