

O QUE SIGNIFICA “A INJUSTIÇA EXTREMA NÃO É DIREITO”? CRÍTICA E RECONSTRUÇÃO DO ARGUMENTO DA INJUSTIÇA NO NÃO-POSITIVISMO INCLUSIVO DE ROBERT ALEXY

WHAT DOES IT MEAN, “EXTREME INJUSTICE IS NO LAW”? CRITIC AND RECONSTRUCTION OF THE ARGUMENT FROM INJUSTICE IN ROBERT ALEXY’S INCLUSIVE NON-POSITIVISM

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno*

Resumo: O autor defende duas teses relacionadas ao conceito de injustiça extrema e à classificação das teorias jurídicas desenvolvidos por Robert Alexy. A primeira tese é que a fim de se caracterizar uma injustiça como extrema uma escala triádica (simples) é insuficiente, sendo necessária, portanto, a aplicação de uma escala triádica dupla. A segunda tese é que quando se aplicam as escalas triádicas simples e dupla ao argumento da injustiça percebe-se haver, na classificação das teorias jurídicas elaborada por Alexy, um espaço lógico entre não-positivismo inclusivo e exclusivo, que o autor denomina não-positivismo subinclusivo.

Palavras-chave: Argumento da injustiça. Injustiça extrema. Alexy. Não-positivismo inclusivo. Não-positivismo subinclusivo. Conceito de direito.

Abstract: The author defends two theses related to the concept of extreme injustice and the classification of legal theories developed by Robert Alexy. The first thesis is that in order to characterize an injustice as extreme a (simple) triadic scale is insufficient, being therefore necessary the application of a double triadic scale. The second thesis is that when one applies the simple and the double triadic scales to the argument from injustice one notices, in Alexy’s classification of legal theories, a logical space between inclusive and exclusive non-positivism, which the author terms subinclusive non-positivism.

Keywords: Argument from injustice. Extreme injustice. Alexy. Inclusive non-positivism. Subinclusive non-positivism. Concept of law.

* Pós-doutor pelo Instituto de Filosofia da Universidade de Saarland (Alemanha) e pela Cátedra de Filosofia do Direito e Direito Público da Universidade de Kiel (Alemanha), sob supervisão do professor Robert Alexy; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade Federal de Minas Gerais. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Programa de Pós-Graduação em Direito, Av. Dom José Gaspar, 500, prédio 5, 2º andar, sala 216, Coração Eucarístico, 30535901, Belo Horizonte, MG, Brasil; a.travessoni@gmail.com

Introdução

O argumento da injustiça, cuja versão moderna foi formulada por Gustav Radbruch, constitui um ponto essencial do conceito não-positivista de direito defendido por Robert Alexy. Ele tem sido criticado por autores de ambos os lados da controvérsia sobre o conceito de direito, ou seja, tanto por positivistas¹ quanto por não-positivistas.² Um de seus problemas centrais, que aparece nas objeções de ambos os lados, é a caracterização da injustiça extrema.

Neste ensaio, pretendo identificar os pontos principais do conceito de injustiça extrema na teoria de Alexy, relacionando-os a seu conceito de direito (seção 1). Após isso, desenvolverei uma análise tanto do conceito de injustiça extrema no direito quanto das repercussões de sua delimitação na classificação das teorias jurídicas (seção 2). A análise do conceito de injustiça extrema compreenderá tanto a fixação mais precisa do conceito de “injustiça” quanto da qualificação “extrema”. No que diz respeito ao conceito de “injustiça”, procurar-se-á estabelecer, analiticamente, o sentido a ele atribuído pela Teoria Discursiva do Direito de Alexy. No que diz respeito ao sentido de “extrema”, conectarei o argumento da injustiça à questão das escalas no direito, verificando em que medida elas podem permitir uma delimitação mais exata de seu sentido. Por fim, serão verificadas as repercussões, na classificação das teorias jurídicas desenvolvida por Alexy, da aplicação das escalas triádicas simples e dupla para a caracterização da injustiça extrema. Como se perceberá ao longo da argumentação que desenvolverei, este ensaio tenta demonstrar que a teoria de Alexy possui, as vezes explicitamente, mas as vezes apenas implicitamente, os elementos necessários para se caracterizar, com certa segurança, o que é uma injustiça extrema. Assim, trata-se de uma tentativa de se desenvolver, a partir de uma perspectiva interna à Teoria Discursiva do Direito de Alexy, uma contribuição para uma determinação mais precisa do conceito de injustiça extrema.

1 O conceito de injustiça extrema na Teoria de Alexy

1.1 O argumento da injustiça

A ideia de que a injustiça extrema não é direito não é invenção moderna. Ela surge na Antiguidade e perdura, na Idade Média, em obras, como a de Agostinho e Tomás de Aquino.³ Todavia, apenas com Gustav Radbruch o argumento da injustiça assume a forma por meio da qual é conhecida hoje.

¹ Cf. Bulygin (1993, 2000) e Raz (2007); para a resposta de Alexy a Bulygin cf. Alexy (1997a, 2000), e para sua resposta a Raz cf. Alexy (2007a).

² Cf. Finnis (2014), que comenta a análise que Alexy havia feito de sua teoria (2013), Bäcker (2015) e Oliveira (2015).

³ Para Alexy, Agostinho teria defendido que toda injustiça suprime a validade do direito, enquanto Tomás de Aquino, ao contrário, teria defendido que o direito injusto, apesar de dever ser qualificado como incorreto, não perde sua validade (cf. Alexy, 2010, p. 176; 2014b, p. 314 s.).

Como se sabe, após a Guerra, Radbruch formulou o argumento da injustiça no contexto de uma refutação ao positivismo jurídico que, segundo ele, teria sido responsável, pelo menos parcialmente, pelo fato de o povo alemão ter, durante o regime nacional-socialista, aceitado a validade de leis extremamente injustas (RADBRUCH, 1990a, p. 88 s.). No ensaio *Injustiça Legal e Direito Supra-positivo*, publicado em 1946, Radbruch apresenta a formulação clássica do argumento da injustiça:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido de modo que o direito positivo, assegurado através de um estatuto e do poder, tem então a precedência, mesmo quando seu conteúdo for injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva em relação à justiça atinja uma medida tão intolerável que a lei, enquanto “direito injusto”, tem que ceder à justiça. (RADBRUCH, 1990b, p. 345).

Alexy afirma que tal passagem citada pode ser lida de várias formas, e então constrói sua versão do argumento da injustiça, afirmando que normas isoladas de um sistema jurídico perdem, quando ultrapassam determinado limiar de incorreção ou de injustiça, seu caráter jurídico (ALEXY, 1992b, p. 88; 2014d, p. 275). Mas qual deve ser esse limiar? Alexy recorda que Radbruch usa os termos “intolerável” (*unerträglich*) e “horrenda” (*horrend*). Contudo, para ele, o termo “extrema” parece mais adequado, pois expressa a ideia de um limite localizado na terminação superior de uma escala (ALEXY, 2008, p. 282). Para ele, “a versão mais curta que se pode conceber da fórmula de Radbruch rezaria então: a injustiça *extrema* não é direito.” (ALEXY, 2008, p. 282, grifo nosso; cf. também ALEXY, 2010, p. 175, 2014b, p. 313).

Antes de investigar a relação entre o argumento da injustiça e o conceito de direito de Alexy cumpre averiguar em que medida o argumento da injustiça afeta, na visão de Alexy, a validade não apenas de normas jurídicas isoladas, mas também de ordens jurídicas globalmente consideradas.

Alexy afirma que o argumento da injustiça, de Radbruch, constitui uma tese que se refere a normas jurídicas isoladas, e não a ordens jurídicas globalmente consideradas (ALEXY, 1992b, p. 88; 2014d, p. 275). No Livro *Conceito e Validade do Direito*, publicado em 1992, ele analisa em que medida uma ordem jurídica que contém normas (extremamente) injustas perde sua validade como um todo. Alexy aborda duas possíveis teses, a tese da extensão e a tese do colapso (ALEXY, 1992a, p. 110). A tese da extensão afirma que a perda do caráter jurídico por parte de normas substantivas fundamentais de uma ordem jurídica gera a perda do caráter jurídico de todas as normas da referida ordem (ALEXY, 1992a, p. 110). Segundo Alexy, a tese da extensão comprometeria a segurança jurídica de modo muito forte, razão pela qual não deve ser aceita (ALEXY, 1992a, p. 112 s.). Por sua vez, a tese do colapso afirma que o sistema entra em colapso se várias normas individuais, especialmente normas importantes do sistema, perdem o caráter jurídico (ALEXY, 1992a, p. 113). Alexy afirma que quando uma parte das normas de um sistema jurídico é extremamente injusta ele entraria em colapso apenas se a perda do caráter jurídico por parte das normas extremamente injustas afetasse a norma (geral) de competência do sistema,

por exemplo, a norma que atribui poder ao ditador (ALEXY, 1992a, p. 115). Contudo, segundo Alexy, considerar que o sistema todo perde, nesse caso, a validade, requeria a solução de se considerar que uma classe especial de normas poderia ser caracterizada como um sistema baseado no direito consuetudinário ou no direito natural. Essa solução, afirma Alexy, é artificial, razão pela qual não deve ser aceita (ALEXY, 1992a, p. 116). Alexy ressalta, ainda, que a aplicação do argumento da injustiça a ordens jurídicas não traz consequências além daquelas que se obtém quando ele é aplicado a normas isoladas (ALEXY, 1992a, p. 117).

A análise das características básicas do argumento da injustiça, feita acima, revela que a ideia de que a injustiça extrema não é direito parece ser algo muito vago, que exige uma delimitação mais precisa. O que Alexy tem a dizer sobre essa delimitação?

1.2 A injustiça extrema

Em sua abordagem da injustiça extrema no direito, Alexy não apresenta uma definição preliminar. Antes, ele parte do clássico caso do Nacional-socialismo, mencionando a *Regulamentação 11 da Lei de Cidadania do Reich*, de 25 de novembro de 1941, que retirou a cidadania alemã de judeus imigrados, e que foi declarada, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, após a guerra, nula *ab initio*, por seu caráter extremamente injusto (ALEXY, 1992a, p. 18 ss.). O argumento do Tribunal fora o de que algumas leis nazistas, incluída a *Regulamentação 11*, violaram os princípios da justiça em um grau tão intolerável que não poderiam ser consideradas direito (ALEXY, 1992a, p. 23).

Após isso, Alexy faz considerações gerais que são importantes para caracterizar, em casos concretos, se uma injustiça é extrema ou não.

A consideração mais importante parece ser aquela que denominarei, aqui, “argumento da evidência”. Segundo Alexy, vale a máxima segundo a qual “quanto mais extrema for uma injustiça, mais seguro é o seu conhecimento” (ALEXY, 1992a, p. 91). Isso significa, portanto, que quanto mais extrema for uma injustiça, mais evidente é o fato de ela ser uma injustiça extrema. Para Alexy, essa máxima não acaba completamente com a incerteza ligada ao argumento da injustiça, mas a minimiza. E uma perda mínima de segurança jurídica é aceitável, pois compatível com algumas incertezas geralmente aceitas no âmbito do direito (ALEXY, 1992a, p. 91). Além disso, afirma Alexy, essa perda mínima de segurança jurídica seria compensada pelo ganho em termos de correção material que se obtém ao se evitar uma injustiça extrema (ALEXY, 1992a, p. 91 s.). Segundo Alexy, a segurança jurídica é um valor importante para o direito, mas não o único (ALEXY, 1992a, p. 91).

Alexy volta à questão do valor de evidências quando aborda o caso dos sentinelas de muro.⁴ Assim, a fim de compreendermos melhor as características da injustiça extrema em Alexy, convém analisar suas observações em relação ao referido caso.

O caso dos sentinelas de muro, julgado após a reunificação da Alemanha, lida, como afirma Alexy, com a superação do problema de um passado contrário ao Estado de Direito (ALEXY, 1993, p. 3). Trata-se de um caso em que se julgou se dois soldados da então República Democrática da Alemanha (RDA), que haviam atirado em um jovem que procurava fugir daquele país pulando o muro de Berlim, eram culpados por homicídio. O fato, ocorrido em 1º de dezembro de 1984, foi julgado, por uma Corte de Berlim, em 5 de fevereiro de 1992. A Corte condenou os soldados pelo crime de homicídio, impondo a um deles, que era menor de idade, uma pena de correção de um ano e seis meses, e ao outro, que era maior de idade, uma pena privativa de liberdade de um ano e nove meses (ALEXY, 1993, p. 7 s.).⁵ Não cabe, aqui, entrar em detalhes fáticos e jurídicos do caso. Basta considerar, como afirma Alexy, que de acordo com o direito positivo da República Democrática da Alemanha, (formalmente) válido na época do fato, os soldados não praticaram ilícito penal algum, pois havia normas permitindo que eles atirassem nos fugitivos (ALEXY, 1993, p. 8 ss.). Não constituindo os atos dos soldados infração ao direito positivo (formalmente) válido na época, surge a questão sobre se a norma que permitia o uso de armas de fogo contra os fugitivos seria extremamente injusta, permitindo a caracterização dos atos praticados pelos soldados como crime, e sua consequente punição.

Alexy reafirma a validade do argumento da evidência, mas ressalta haver situações em que uma injustiça extrema não é evidente. Isso pode ocorrer, segundo Alexy, em casos de cegueira e erro morais. A primeira tem origem em alienação ideológica, tradições e fanatismo, enquanto o segundo geralmente decorre da ausência de consideração de todas as circunstâncias de uma situação, que impedem se colocar no lugar do interessado (ALEXY, 1993, p. 24). Além da possibilidade de cegueira ou erro morais é preciso considerar que evidências podem ser relativas, como parece reconhecer o próprio Alexy, quando afirma, em outro escrito, que “evidências não substituem argumentos.” (ALEXY, 2004, p. 18, 2014e, p. 114).

Considerando isso, pergunta-se se evidências podem constituir a base de um julgamento racional sobre a injustiça extrema. A resposta de Alexy é que, na avaliação do caráter extremo de uma injustiça, somente argumentos podem decidir, e não intuições ou experiências sobre evidências (ALEXY, 1993, p. 24 s.). Alexy afirma que evidências destroem-se quando não comprovadas em um discurso racional, e o que não era evidente antes do discurso pode se tornar, depois do discurso, evidente

⁴ O termo original em alemão é *Mauerschützen* (pl.), que pode ser traduzido tanto como “sentinelas de muro”, já que o *Schütze* (sing.) é aquele que vigia, quanto como “atiradores de muro”, já que o *Schütze* (sing.) atira (aliás, o substantivo *Schütze* está ligado ao verbo *schützen* [proteger, guardar], mas também ao verbo *schießen*, que significa atirar). Como, em português, “sentinelas de muro” soa melhor que “atiradores de muro”, e como uma das funções do sentinela é atirar quando necessário, optarei por “sentinelas de muro”.

⁵ Para a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o assunto cf. Alexy (1997b).

(ALEXY, 1993, p. 24 s.). Em síntese, para Alexy, evidências são meras evidências, e não provas definitivas do caráter extremo de uma injustiça. A prova definitiva apenas pode ser alcançada em um discurso racional.

No que diz respeito à questão material do caráter extremo ou não da injustiça no caso dos sentinelas de muro, segundo Alexy, a norma que permitia o uso de arma de fogo contra os fugitivos constituía injustiça extrema, por três razões: (i) a impossibilidade que as pessoas (os cidadãos da RDA) tinham de conduzir suas vidas do modo como queriam, (ii) a impossibilidade dessas pessoas de se opor, com argumentos, contra a proibição e (iii) o disparo fatal contra aqueles que, por fim, tentavam fugir (ALEXY, 1993, p. 29). Alexy afirma que cada uma das três características mencionadas, sozinha, não constituiria injustiça extrema, mas que o acúmulo das três sim.

As considerações de Alexy sobre o caso dos sentinelas de muro mostram, por um lado, que é possível aplicar o conceito abstrato de injustiça extrema a casos concretos, para além do exemplo clássico do Nacional-socialismo.⁶ Por outro lado, o fato de vários autores ressaltarem, como admite o próprio Alexy, não se tratar, no caso dos sentinelas de muro, de injustiça extrema (ALEXY, 1993, p. 6), reforça a crítica de que o conceito de injustiça extrema seria relativo. Assim, torna-se necessário tentar delimitá-lo com maior precisão. Antes disso cumpre, porém, abordar o papel do argumento da injustiça na classificação das teorias jurídicas de Alexy.

1.3 O argumento da injustiça, o conceito de direito e os tipos de teoria jurídica em Alexy

Segundo Alexy, as teorias jurídicas podem ser divididas em duas classes fundamentais: positivismo e não-positivismo. Ainda, segundo Alexy, todas as teorias jurídicas positivistas defendem a tese da separação, enquanto todas as teorias jurídicas não-positivistas defendem a tese da conexão (ALEXY, 1992b, p. 86 s.; 2014d, p. 272).⁷

Para Alexy, o positivismo jurídico considera como elementos do direito apenas a legalidade autoritativa (o estabelecimento em conformidade com o ordenamento) e a eficácia social, enquanto o não-positivismo aceita que os dois elementos do conceito positivista fazem parte do conceito de direito, mas adiciona um terceiro: a correção moral. Essa adição significa que, além da dimensão real, representada pelos dois elementos do conceito de direito positivista, o direito possui uma dimensão ideal (ALEXY, 1992a, p. 201-206), que implica a existência de uma conexão conceitual necessária entre direito e moral.⁸ A fim de provar a existência dessa conexão, Alexy afirma que o direito levanta uma pretensão de correção, o que pode ser

⁶ Sobre a importância do Nazismo no surgimento do argumento da injustiça, em sua versão moderna, cf. Araújo, (2015), e para uma análise crítica da suposta relação entre Nazismo e positivismo cf. Bahia (2013).

⁷ Sobre a distinção entre positivismo e não-positivismo jurídicos cf. Sapucaia (2014).

⁸ Sobre a relação entre, por um lado, a dimensão ideal do direito e, por outro lado, a conexão entre direito e moral, cf. Neves (2012).

demonstrado através da contradição performativa cometida por aquele que a nega (ALEXY, 2010, p. 169, 2014b, p. 303 s.).

Tendo o direito uma dimensão real, representada pela legalidade autoritativa e pela eficácia social, e um dimensão ideal, representada pela conexão com a moral, pode Alexy afirmar que ele possui uma dupla natureza. Cada uma das duas dimensões é representada por um princípio: a dimensão real pela segurança jurídica e a dimensão ideal pela correção moral ou justiça (ALEXY, 2010, p. 174, 2014b, p. 312).

Segundo Alexy, tanto o positivismo quanto o não-positivismo podem ser divididos em subclasses. O positivismo pode ser dividido em positivismo exclusivo e inclusivo, e o não-positivismo pode ser dividido em não-positivismo exclusivo, inclusivo e superinclusivo (ALEXY, 2010, p. 175, 2014b, p. 313 s.). Uma análise das características de cada uma dessas subclasses nos ajudará a melhor compreender o tipo de conexão entre direito e moral defendido por Alexy, ajudando-nos, conseqüentemente, a compreender o papel do argumento da injustiça em seu conceito de direito.

Segundo Alexy, o positivismo exclusivo, que foi defendido, por exemplo, por Joseph Raz “sustenta que a moral está necessariamente excluída do conceito de direito” (ALEXY, 2010, p. 175, 2014b, p. 313 s.; cf. RAZ, 1979, p. 47). Alexy afirma que, no que diz respeito a normas individuais, isso pode ser aceitável sob o ponto de vista de um observador, sendo, porém, do ponto de vista de um participante, errado. Por isso, afirma Alexy, o positivismo exclusivo não pode ser aceito” (ALEXY, 2010, p. 175, 2014b, p. 313 s.). Alexy considera ser o positivismo inclusivo, que foi defendido, por exemplo, por Jules Coleman, menos radical:

Ele não afirma que a moral está necessariamente excluída nem que ela está necessariamente incluída. A inclusão é considerada convencional, ou seja, uma matéria contingente, dependendo daquilo que o direito positivo de fato diz. (ALEXY, 2010, p. 175, 2014b, p. 314 s.; cf. COLEMAN, 1996, p. 316).

Todavia, mesmo sendo menos radical, essa abordagem, segundo Alexy, “não consegue compreender a necessidade da dupla natureza do direito.” (ALEXY, 2010, p. 175 s., 2014b, p. 314).

O não-positivismo exclusivo é, segundo Alexy “a versão mais radical do não-positivismo.” (ALEXY, 2010, p. 176, 2014b, p. 314). Essa concepção que, segundo Alexy, foi defendida, por exemplo, por Deryck Beyleveld e Roger Brownsword (BEYLEVELD; BROWNSWORD, 2001, p. 76), e que, ainda segundo Alexy, já teria aparecido em Santo Agostinho,⁹ “alega que toda injustiça, todo defeito moral de uma norma, impede que ela seja legalmente válida” (ALEXY, 2010, p. 176, 2014b, p. 314). Na visão de Alexy, essa versão de não-positivismo atribui um peso muito baixo à dimensão factual ou autoritativa do direito, ou seja, à segurança jurídica, e um peso muito alto à dimensão ideal do direito, ou seja, à correção moral ou justiça (ALEXY,

⁹ Segundo Alexy, essa ideia aparece, em Santo Agostinho, quando ele afirma que “uma lei que não fosse justa não pareceria, para mim, uma lei.” (cf. ALEXY, 2010, p. 176, 2014b, p. 314).

2010, p. 176, 2014b, p. 314). Alexy afirma que o não-positivismo superinclusivo caminha na direção oposta à do não-positivismo exclusivo, por sustentar que a validade jurídica nunca é afetada por defeitos morais ou pela incorreção moral (ALEXY, 2010, p. 176, 2014b, p. 315). Segundo Alexy, o não-positivismo superinclusivo, que teria sido defendido por Tomás de Aquino e Kant,¹⁰ está exposto a objeções bem semelhantes às aquelas levantadas contra o positivismo exclusivo; do mesmo modo que o positivismo exclusivo falha em reconhecer a dimensão ideal do direito, também o não-positivismo superinclusivo falha em atribuir ao princípio da justiça, enquanto expressão da dimensão ideal do direito, um peso que seja suficiente para prevalecer sobre o princípio da segurança jurídica em casos extremos (ALEXY, 2010, p. 176, 2014b, p. 315).

Considerando que tanto o não-positivismo exclusivo quanto o não-positivismo superinclusivo falham em realizar uma ponderação adequada entre segurança jurídica e justiça, Alexy apresenta uma terceira forma de não-positivismo, o não-positivismo inclusivo, que “não alega que defeitos morais sempre minam a validade do direito, nem que eles nunca o fazem.” (ALEXY, 2010, p. 177, 2014b, p. 316). Alexy conecta então o não-positivismo inclusivo ao argumento da injustiça:

Segundo a fórmula de Radbruch, o não-positivismo inclusivo sustenta que defeitos morais minam a validade do direito se e somente se o limiar da injustiça extrema é ultrapassado. A injustiça abaixo desse limiar está incluída no conceito de direito como direito defeituoso, mas válido. Desse modo, a ambos os lados da dupla natureza do direito são dados os pesos devidos. (ALEXY, 2010, p. 177, 2014b, p. 316 s.)

Essas três formas de não-positivismo defendem, portanto, diferentes formas de conexão entre direito e moral: qualificatória e classificatória. Segundo Alexy,

[...] essas duas conexões são distinguidas pelos efeitos dos defeitos morais. O efeito de uma conexão classificatória é a perda da validade jurídica ou do caráter jurídico. Em contraste, os efeitos de uma conexão qualificatória estão limitados a defeitos jurídicos que não alcançam o nível de minar a validade jurídica ou o caráter jurídico. (ALEXY, 2010, p. 176, 2014b, p. 315).

¹⁰ Como defendi em outro lugar, a interpretação de Alexy sobre Kant, considerando-o um não-positivista superinclusivo, parece correta (cf. TRIVISONNO, 2011; sobre a relação entre moral e direito no estado democrático a partir de uma perspectiva kantiana cf. MOSCI, 2011). Porém é questionável se de fato Tomás de Aquino era um não-positivista superinclusivo; a meu ver, há várias passagens na *Suma Teológica* que sugerem que, para ele, um direito positivo extremamente injusto não é válido. Citarei apenas duas. Na primeira Tomás de Aquino afirma que “as leis podem ser injustas por serem contrárias ao bem divino, como as leis dos tiranos, que induzem à idolatria ou a qualquer coisa que seja contrária à lei divina. E a tais leis, de modo algum é lícito observar, porque, como diz o livro dos Atos, ‘é necessário obedecer mais a Deus do que aos Homens’” (AQUINO, 2010, p. 590 [Q. 96, A. 4]). Na segunda ele ressalta que “toda lei se ordena à salvação comum dos homens, e nessa medida obtém força e razão de lei; se falta a isso, não tem a virtude de obrigar” (AQUINO, 2010, p. 594 [Q. 96, A. 6]). A primeira passagem sugere que apenas injustiças graves invalidam o direito, enquanto a segunda parece abarcar toda injustiça. De todo modo, embora Tomás de Aquino não afirme que toda injustiça invalida o direito, ele parece pelo menos sugerir que injustiças graves, ou muito graves, levam à perda da validade jurídica. Se esse realmente for o caso, Tomás de Aquino pertence ao não-positivismo inclusivo (ou alguma forma de não-positivismo subinclusivo, que será conceituado a seguir), e não ao não-positivismo superinclusivo, como afirma Alexy.

Assim, podemos perceber que o não-positivismo superinclusivo defende ser a conexão entre direito e moral sempre qualificatória, o não-positivismo inclusivo defende que, abaixo do limiar da injustiça extrema, a conexão entre direito e moral é qualificatória e, acima desse limiar, classificatória, enquanto o não-positivismo exclusivo defende ser a conexão entre direito e moral sempre classificatória.

O não-positivismo inclusivo pode ser resumido pelo argumento da injustiça, que, como vimos, segundo Alexy, reza: “a injustiça extrema não é direito”. Por analogia, podemos resumir o não-positivismo superinclusivo através da máxima “toda injustiça é direito defeituoso, mas é direito”, e o não-positivismo exclusivo por meio da máxima “nenhuma injustiça é direito”.

2 Tentativa de delimitação mais precisa do argumento da injustiça

Como vimos, Alexy não se limita a afirmar que a injustiça extrema não é direito. Ele faz considerações que, embora não definam exatamente os casos de injustiça extrema, ajudam a verificar se, em um caso concreto, uma injustiça é realmente extrema. O método adotado por Alexy, a saber, não fornecer critérios específicos para a conceituação prévia da injustiça extrema, parece adequado. De fato, parece muito difícil definir previamente, com base em critérios materiais, os casos em que uma injustiça é extrema. Contudo, parece possível adicionar às considerações de Alexy algumas observações a respeito das características da injustiça extrema no direito. Isso será feito, como anunciado acima, por intermédio de uma análise que compreenderá a determinação do que significam, no contexto do argumento da injustiça, os termos “injustiça” e “extrema”.

2.1 Significado de “Injustiça”

Quando é uma norma injusta? O significado de injustiça decorre, naturalmente, do significado de justiça. Não é possível, nos limites deste ensaio, sequer enumerar as várias concepções de justiça já desenvolvidas na filosofia ocidental, quanto menos explicá-las e determinar seus problemas e virtudes. Felizmente, para se delimitar o significado de “injustiça” no contexto do argumento da injustiça não é necessário realizar essa tarefa. Para se delimitar um pouco mais o conceito de injustiça extrema bastará diferenciar dois tipos de concepções sobre a moral, um deles defendido, de modo geral, por não-positivistas, e outro defendido, de modo geral, por positivistas. Como se perceberá, a distinção entre essas duas concepções desempenha um papel essencial na fixação do conceito de direito.

Embora existam, na história da filosofia ocidental, diversas concepções sobre moral, duas tendências gerais parecem destacar-se. Para alguns autores, entende-se por moral um conjunto de normas positivas diverso do direito, que tem como fonte os costumes ou uma autoridade religiosa. Os defensores desse tipo de concepção geralmente atribuem um caráter relativo e subjetivo à moral. Exemplo dessa

concepção constitui a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.¹¹ Por outro lado, para outros autores, entende-se por moral uma ordem que não é positiva, mas sim ideal, que retira sua validade de Deus, da natureza ou da razão,¹² e que possui certa objetividade. Exemplo dessa concepção constitui a filosofia moral de Immanuel Kant.¹³ Autores que defendem a primeira concepção, ou seja, aquilo que se pode denominar ética empírica, rejeitam, de modo geral, tanto a existência de uma moral ideal quanto a ideia de que a moral é objetiva. Não é por outro motivo que Kelsen rejeita o imperativo categórico de Kant como princípio supremo da moralidade (cf. KELSEN, 2016). Por outro lado, autores que defendem a segunda concepção, ou seja, uma moral ideal, consideram que a moralidade positiva não constitui a verdadeira moral, exercendo, quando muito, um papel secundário.¹⁴

Parece claro que se a primeira concepção estiver correta, ou seja, se a moral for compreendida como moralidade positiva, não faz sentido defender a conexão entre direito e moral, pois aquilo que é justo para alguém não é necessariamente justo para outro, muito menos para todos. Nesse caso, restaria concordar com a tese positivista da separação entre direito e moral. Se porém a segunda concepção estiver correta, é possível reconhecer com certa objetividade o que é uma injustiça e, conseqüentemente, uma injustiça extrema.

Mas qual é a concepção de Moral defendida por Alexy? A resposta a essa pergunta se encontra na refutação que Alexy apresentou às objeções de Habermas contra sua tese do caso especial. Mas para compreendermos o sentido dessa resposta é preciso, primeiramente, analisar, ainda que de forma resumida, as principais características da tese do caso especial.

Em sua tese de Doutorado, *Teoria da Argumentação Jurídica*, publicada originalmente em 1978, Alexy defendeu a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (ALEXY, 1996b, p. 31-39). A tese do caso especial significa que o discurso jurídico é um discurso prático geral, pois lida com questões práticas e levanta uma pretensão de correção, mas também que ele apresenta uma característica especial, seu vínculo ao direito válido, particularmente à lei, a precedentes e à dogmática jurídica (ALEXY, 1996b, p. 31-39, 261-272).

¹¹ Essa concepção já havia aparecido na Grécia Antiga, com alguns sofistas, como Trasímaco, que afirma que justiça é a lei do mais forte (cf. PLATÃO, 1993, 23 ss. [338 a-e/339 a-e]).

¹² Pode soar estranho que a moral religiosa apareça em ambas as concepções acima descritas, ou seja, tanto na concepção que entende ser a moral uma ordem positiva quanto na concepção que a considera uma ordem ideal. Isso ocorre pelo fato de os defensores de ambos os tipos de concepção não negarem a existência da moral religiosa, mas a interpretarem de modos diferentes. Para Kelsen, a moral crista é uma moral positiva, ou seja, uma ordem moral produzida por quem possui (ou possuía) autoridade religiosa: Cristo e as autoridades eclesíásticas (cf. KELSEN, 2000, p. 64 s.). Por outro lado, para autores cristãos, por exemplo Agostinho e Tomás de Aquino, a moral crista é ideal, e não meramente posta pelo homem. Ela vem de Deus, mais especificamente da lei eterna, que governa tudo (CF. AGOSTINHO, 1995, p. 26-53; AQUINO, 2010, p. 556 ss. [Q 93, A. 6]).

¹³ Cujos traços essenciais foram delineados sobretudo na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (cf. KANT, 1968).

¹⁴ É o caso, a meu ver, tanto de Habermas quanto de Alexy, para quem, como veremos, razões éticas (que correspondem à moral positiva) se submetem a razões morais (que correspondem à moral ideal).

Em *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*, publicado originalmente em 1992, Habermas afirma que o discurso jurídico não deveria ser considerado um tipo de discurso moral (HABERMAS, 1998, p. 282 s.). Em sua resposta, Alexy explica que sua tese não é a de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso moral, como definido por Habermas, mas antes um caso especial do *discurso prático geral*. O discurso prático geral não é a mesma coisa que o discurso moral no sentido de Habermas, afirma Alexy: “ele é um discurso em que questões e razões morais, éticas e pragmáticas se conectam (ALEXY, 1999, p. 378, 2014c, p. 96 s.). Alexy recorda que razões morais, no sentido de Habermas, são razões relacionadas à igual consideração dada a interesses de todos os seres humanos (HABERMAS, 1998, p. 139), dizendo respeito, para Habermas, a “universalização e somente a universalização” (ALEXY, 1999, p. 377, 2014c, p. 97).¹⁵ Razões ético-políticas, como afirma Habermas, dizem respeito a nossa autocompreensão coletiva implícita em nossas tradições e avaliações (HABERMAS, 1998, p. 139; ALEXY, 1999, p. 377, 2014c, p. 97), enquanto razões pragmáticas dizem respeito à adequação de meios para a realização de certos objetivos, bem como à ponderação de interesses e compromissos (HABERMAS, 1998, p. 197; ALEXY, 1999, p. 377, 2014c, p. 97). Assim, na teoria de Alexy, “a argumentação jurídica está aberta não somente a razões morais [...], mas também a razões ético-políticas e pragmáticas.” (ALEXY, 1999, p. 377, 2014c, p. 98).

Parece evidente que as duas concepções de moral referidas acima, a saber, a moral ideal e a moral positiva, estão presentes, na teoria de Alexy, em uma relação hierárquica. A concepção acima denominada “moral ideal”, denominada por Habermas e Alexy simplesmente “moral”, diz respeito ao que é bom para a humanidade, sendo superior à concepção acima denominada “moral positiva”, que é a moral decorrente dos costumes ou de uma autoridade religiosa, que Habermas e Alexy consideram como o que é bom para o grupo. Assim, deixando as razões pragmáticas de lado, temos a seguinte correspondência:

| Habermas e Alexy | | concepções sobre a moral |
|------------------|---|--------------------------|
| razões morais | ↔ | moral ideal (Kant) |
| razões éticas | ↔ | moral positiva (Kelsen) |

Quando Alexy afirma existir uma conexão entre direito e moral, o que exatamente ele quer dizer?

A meu ver, na teoria de Alexy, a conexão entre direito e moral significa que o direito tem uma conexão tanto com a moral (discurso moral ou moral ideal) quanto com a ética (discurso ético ou moralidade positiva), *mas somente a conexão com a*

¹⁵ De fato Habermas alega que questões referentes à justiça dizem respeito a alegações contestadas em conflitos interpessoais. Segundo Habermas, essas questões podem ser julgadas imparcialmente à luz de normas válidas. “Para serem válidas, essas normas devem superar um teste de universalização, que examina o que é igualmente bom para todos.” (HABERMAS, 1998, p. 190).

moral pode justificar a perda da validade de uma norma jurídica. Isso não quer dizer que, no discurso jurídico, razões éticas não sejam consideradas. Elas são, como expressamente afirmou Alexy. Mas elas não geram, a meu ver, uma conexão classificatória entre direito e moral. Quando o direito positivo entra em choque com razões éticas ele pode ser considerado um direito defeituoso para um grupo, mas isso não retira seu caráter jurídico, exatamente porque, como já havia ressaltado Kelsen, a moralidade positiva, ou seja, razões éticas em Habermas e Alexy, possuem uma objetividade relativa. Como o âmbito do “ético” em Habermas e em Alexy corresponde à moral dos positivistas, sobretudo de Kelsen, ou seja, corresponde à moral positiva, o que é considerado correto hoje amanhã pode mudar, e o que para um grupo é considerado correto para outro grupo não é. O mesmo não acontece com a moral no sentido de Alexy, que, enquanto moral ideal, possui maior objetividade e, assim, maior estabilidade. A objetividade da moral decorre, em Alexy, de seu caráter racional. Seu caráter racional decorre, por sua vez, da possibilidade de fundamentá-la em um discurso. Assim, a possibilidade de juízos morais com certa objetividade decorre, em Alexy, da possibilidade de se fundamentar esses juízos morais ou, em outros termos, de sua fundamentabilidade (*Begründbarkeit*) (cf. ALEXY, 1978, 23 s.; 2014i, p. 36 s.).

Ora, se o grupo pode convencionar aquilo que é bom, uma violação ao que é convencionado como bom para o grupo não pode ser uma injustiça extrema, pois o grupo poderia e pode convencionar algo diverso. Assim, é possível chegar a uma importante primeira conclusão parcial:

C₁ - uma violação ética, ou seja, uma violação daquilo que é bom para o grupo, nunca constitui injustiça extrema; a injustiça extrema ocorre quando há uma violação extrema à moral, ou seja, uma violação extrema daquilo que é bom para a humanidade.

Agora, é preciso investigar quando uma injustiça é “extrema”.

2.2 Significado de “Extrema”

Como vimos, uma injustiça extrema não constitui mera violação ética, ou seja, violação daquilo que é bom para o grupo ou, na linguagem de Kelsen, da moral positiva, mas sim daquilo que é bom para a humanidade ou daquilo que acima foi denominado moral ideal e que, na linguagem de Alexy, é denominado moral. Mas, naturalmente, nem toda violação à moral constitui uma injustiça extrema. Apenas determinados tipos de violação, os tipos mais graves, podem receber essa caracterização. Quão grave deve ser uma violação à moral para poder ser caracterizada como injustiça extrema? Essa questão deve ser analisada agora.

2.2.1 A questão das escalas no direito

A questão acima implica a necessidade de abordar o papel das escalas no direito e, de forma mais geral, na filosofia moral. O argumento da injustiça se apoia em dois pressupostos, que se relacionam mutuamente: o primeiro é que existem pa-

drões que podem ser cumpridos em graus, ou seja, princípios, no sentido da teoria dos princípios de Alexy. O segundo é que é possível desenvolver escalas para medir graus de violações a esses padrões.

Alexy abordou a questão das escalas no direito notadamente nos ensaios tardios sobre sua teoria dos princípios. Assim, uma abordagem daquela deve começar com uma análise desta.

Em sua tese de Habilitação, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, publicada originalmente em 1985, Alexy apresentou o núcleo de sua teoria dos princípios.¹⁶ Ele afirma existirem dois tipos de normas que preveem direitos fundamentais: regras e princípios (ALEXY, 1996a, p. 71 ss.). As primeiras são comandos que podem ser cumpridos ou não (ALEXY, 1996a, p. 76), enquanto os segundos são comandos que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 1996a, p. 75). Em outras palavras, regras são comandos definitivos, que exigem que se faça exatamente o que elas determinam, “nem mais, nem menos. Nesse sentido, regras contém pontos determinados no âmbito daquilo que é facticamente juridicamente possível.” (ALEXY, 1996a, p. 76). Por outro lado, princípios são comandos de otimização, “caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em graus variáveis”, bem como pelo fato de o grau adequado de cumprimento “depende não só daquilo que é factualmente possível, mas também daquilo que é juridicamente possível.” (ALEXY, 1996a, p. 75 s.).

Um significativo desenvolvimento da teoria dos princípios apareceu no ensaio *A Fórmula do Peso*, publicado originalmente em 2003, em que Alexy formalizou os passos do procedimento da ponderação. A fórmula a que Alexy chega, a fórmula do peso, contém variáveis para os pesos abstratos dos princípios colidentes, para os graus de interferência em um princípio e cumprimento do outro, bem como para a certeza das suposições empíricas relacionadas ao cumprimento/interferência em ambos princípios (ALEXY, 2003, p. 790):¹⁷

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Alexy explica que $G_{i,j}$ representa o peso concreto de P_i , ou seja, o peso concreto do princípio P_i quando ele colide, em um caso concreto, com o princípio P_j . I_i representa a intensidade da interferência no princípio P_i , G_i representa o peso

¹⁶ Alexy havia abordado a temática dos princípios jurídicos no ensaio *Sobre o Conceito de Princípio Jurídico* (cf. ALEXY, 1979; 2014h). Porém, no Capítulo III da *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ela recebe um tratamento mais aprofundado. Após isso, a teoria dos princípios continuou sendo desenvolvida, pelo autor, em vários ensaios.

¹⁷ A notação empregada acima, e que será mantida ao longo do texto, é da fórmula original em alemão. Na tradução em inglês a fórmula reza (ALEXY, 2007b, p. 25):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

(W representa *weight* [peso] e R representa *Reliability* [certeza])

abstrato de P_i e S_i representa a certeza das suposições empíricas referentes à interferência em P_i . I_j representa a importância do cumprimento do princípio P_i , G_j representa o peso abstrato de P_j e S_j representa a certeza das suposições empíricas referentes ao cumprimento de P_j (ALEXY, 2003, p. 783 ss.).

Como toda fórmula, a fórmula do peso demanda o preenchimento das variáveis por meio de valores. Alexy desenvolveu uma escala triádica para medir os graus de violações e importância do cumprimento dos princípios jurídicos colidentes, bem como os pesos abstratos e graus de certeza das suposições empíricas. No caso dos pesos abstratos e dos graus de intensidade do cumprimento de um princípio e da interferência em outro, a escala triádica contém os valores *leve* (*l*), *médio* (*m*) e *grave* (*s*),¹⁸ que são representados, respectivamente, por 2^0 , 2^1 e 2^2 , ou seja, 1, 2 e 4 e, no caso da certeza das suposições empíricas, os valores *confiável ou seguro* (*g*), *defensável ou plausível* (*p*) e *não evidentemente falso* (*e*),¹⁹ que são representados, respectivamente, por 2^0 , 2^{-1} e 2^{-2} , ou seja, 1, $\frac{1}{2}$, e $\frac{1}{4}$, (ALEXY, 2003, p. 777, 785 ss.). Em um caso concreto, após aplicar os valores correspondentes, se o resultado for maior que 1, o princípio P_i deve prevalecer, se o resultado for menor que 1 deve prevalecer o princípio P_j , e se o resultado for igual a 1 há um empate (ALEXY, 2003, p. 790 s.).

Segundo Alexy, a possibilidade de uma escala infinitesimal está excluída, pois ela não poderia ser compreendida (ALEXY, 2003, p. 783; 2009, p. 18; 2014a, p. 157). Mas ele aceita o desenvolvimento de uma escala triádica dupla, que combina duas tríades dos valores *leve*, *médio* e *grave*, chegando então a uma escala em que uma lesão a um princípio pode ser *leve-leve* (*ll*), *leve-média* (*lm*), *leve-grave* (*ls*), *média-leve* (*ml*), *média-média* (*mm*), *média-grave* (*ms*), *grave-leve* (*sl*), *grave-média* (*sm*) ou *grave-grave* (*ss*) (ALEXY, 2003, p. 786 s.), representados, respectivamente, por 2^0 , 2^1 , 2^2 , 2^3 , 2^4 , 2^5 , 2^6 , 2^7 e 2^8 , ou seja, 1, 2, 4, 8, 16, 32, 64, 128 e 256 (ALEXY, 2003, p. 787 ss.).²⁰

Segundo Alexy, enquanto uma escala triádica dupla faz sentido, pois é possível compreender a afirmação “a interferência é média-grave”, uma escala triádica tripla passa a não fazer sentido, pois não se pode compreender a afirmação “a interferência é do tipo leve-grave-médio” (ALEXY, 2009, p. 18; 2014a, p. 157).

¹⁸ No original, em Alemão, aparecem os valores *leicht* (leve), *mittel* (médio) e *schwer* (grave), representados, respectivamente, pelas letras *l*, *m* e *s* (ALEXY, 2003, p. 777). Na tradução em inglês foram empregados, respectivamente, os termos *light*, *moderate* e *serious*, que continuam sendo representados pelas letras *l*, *m* e *s* (ALEXY, 2007b, p. 15). Ao traduzir os referidos termos para o português, surge uma dificuldade: não há um termo que se inicie pela letra *s* que expresse a ideia de um valor elevado. Assim empregarei o termo *grave*, mas, para manter a unidade com a nomenclatura original, usarei as abreviaturas *l*, *m* e *s*.

¹⁹ No original, em Alemão, aparecem os valores *gewiß* ou *sicher* (certo ou seguro, ou ainda confiável), *vertretbar* ou *plausibel* (defensável ou plausível) e *nicht evident falsch* (não evidentemente falso), representados, respectivamente, pelas letras *g*, *p* e *e* (ALEXY, 2003, p. 789). Na tradução em inglês foram empregados, respectivamente, os termos *reliable* ou *certain*, *plausible* ou *defensible* e *not evidently false*, representados pelas letras *r*, *p* e *e* (ALEXY, 2007b, p. 25). Pelas mesmas razões expostas na nota acima, e para manter a unidade do texto, mantereí, ao longo deste trabalho, a notação alemã.

²⁰ No caso da certeza das suposições empíricas os valores seriam 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} , 2^{-3} , 2^{-4} , 2^{-5} , 2^{-6} , 2^{-7} e 2^{-8} , ou seja, respectivamente 1, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{8}$, $\frac{1}{16}$, $\frac{1}{32}$, $\frac{1}{64}$, $\frac{1}{128}$, $\frac{1}{256}$, embora Alexy não mencione expressamente.

No recente ensaio *Princípios Formais*, publicado originalmente em português, em 2014, Alexy reelaborou a fórmula do peso (ALEXY, 2014g). Ele afirma que a variável S deve ser interpretada de modo que englobe tanto as suposições empíricas quanto as suposições normativas referentes aos princípios colidentes, e que isso pode ser expressado através da seguinte equação, que ele denomina equação da certeza (ALEXY, 2014g, p. 10):²¹

$$S = S^e \cdot S^n$$

Assim, a nova fórmula do peso, que Alexy denomina “fórmula do peso completa refinada”, reza (ALEXY, 2014g, p. 11):

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n}$$

Após essa descrição básica da teoria dos princípios de Alexy, podemos checar sua conexão com as questões referentes ao conceito de direito, sobretudo com o conceito de injustiça extrema.

2.2.2 A teoria dos princípios e o conceito de Injustiça “Extrema”

O próprio Alexy conectou a teoria dos princípios ao conceito de direito. Como vimos, ele enfatiza que o positivismo e o não-positivismo jurídicos e, assim, o positivismo inclusivo e exclusivo e, especialmente, o não-positivismo exclusivo, inclusivo e superinclusivo, representam diferentes propostas de ponderação entre os princípios da correção moral (ou justiça) e segurança jurídica. A ponderação, ou, mais precisamente, uma correta ponderação entre os princípios da correção moral (ou justiça) e segurança jurídica constitui aquilo que Alexy denomina correção (ou justiça) de segunda ordem. Assim, há dois sentidos de justiça na teoria de Alexy sobre o conceito de direito (ALEXY, 2008, p. 174):

| | |
|---|--|
| justiça (ou correção moral) de segunda ordem (= ponderação entre os princípios da correção moral ou justiça [de primeira ordem] e segurança jurídica) | |
| princípio da correção moral ou da justiça (de primeira ordem) | princípio da segurança jurídica |

A tese central do conceito de direito de Alexy é que a ponderação adequada entre os princípios da justiça de primeira ordem e da segurança jurídica é realizada

²¹ No texto publicado em português, bem como na versão em inglês, aparece a notação em inglês, ou seja, a variável que representa a certeza das suposições é R (ALEXY, 2014g, p. 10; 2014f, p. 514. Uma vez que a notação alemã foi adotada acima, usarei, ao longo deste texto, S no lugar de R .

pelo não-positivismo inclusivo, que reconhece a importância da segurança jurídica, mas admite exceções a ela, quando a injustiça é extrema.

Uma vez que o próprio Alexy já aplicou a teoria dos princípios ao conceito de direito, a fórmula do peso também foi a ele aplicada, ainda que indiretamente, pois a fórmula do peso não é nada mais que a formalização da teoria dos princípios.

Mas quando se aplica a fórmula do peso *diretamente* ao conceito de direito diversas possibilidades se apresentam, e alguns problemas aparecem. As possibilidades e problemas relacionados aos pesos abstratos dos princípios e à escala adequada para se medir as intensidades de cumprimento e interferência nos princípios serão explorados agora, enquanto os problemas relacionados à certeza das suposições envolvidas na ponderação serão explorados na próxima seção.

Uma primeira tentativa de se aplicar diretamente a fórmula do peso ao argumento da injustiça poderia ser realizada através da atribuição de valores às variáveis da fórmula e posterior checagem dos resultados. Essa tentativa compreenderia a atribuição de pesos abstratos a ambos princípios envolvidos no conceito de direito, a saber, correção moral ou justiça (de primeira ordem) e segurança jurídica, e então, deixando-se de lado a certeza das suposições empíricas e normativas, a checagem de que tipos de violações levariam a uma precedência de um ou do outro princípio. Mas isso não funcionaria, pois *o argumento da injustiça já constitui o resultado de uma ponderação*: a segurança jurídica tem precedência sobre a correção moral ou justiça (de primeira ordem), exceto em casos de injustiça extrema. Em virtude disso, outra estratégia deve ser adotada.

Uma vez que, no caso do argumento da injustiça, tem-se, de antemão, o resultado da ponderação, a questão principal passa a ser qual é a escala mais adequada para se classificar as injustiças. A fim de responder essa questão, aplicarei as escalas triádicas simples e dupla ao argumento da injustiça.

Começarei pela escala triádica simples. Considerando que uma injustiça constitui uma violação ao princípio da justiça, e considerando que a lesão a um princípio pode, de acordo com a escala triádica simples, ser *leve (l)*, *média (m)* ou *grave (s)*, temos as seguintes três possibilidades:

- uma violação leve ao princípio da justiça implica uma injustiça leve;
- uma violação média ao princípio da justiça implica uma injustiça média;
- uma violação grave ao princípio da justiça implica uma injustiça grave.

Uma vez que a classificação triádica simples não permite distinguir graus de injustiça dentro de cada um dos três graus, *leve (l)*, *médio (m)* ou *grave (s)*, se ela for adotada a injustiça *extrema* tem de equivaler à injustiça *grave*:

| injustiça | | |
|---|--|--|
| injustiça <i>leve</i> (<i>l</i>) (1) | injustiça <i>média</i> (<i>m</i>) (2) | injustiça <i>grave</i> (<i>s</i>) ou extrema (8) |

Essa identificação da injustiça extrema com a injustiça grave é, porém, problemática. Parece que nem toda injustiça grave constitui injustiça extrema; antes, parece que apenas um grupo de injustiças graves, as mais graves, constitui injustiça extrema. Se esse realmente for o caso, isto é, se nem toda injustiça grave for uma injustiça extrema, a escala triádica simples é insuficiente para caracterizar uma injustiça como extrema, sendo necessário, assim, um refinamento da escala. A próxima candidata passa a ser, naturalmente, a escala triádica dupla.

Quando a escala triádica dupla é adotada, a injustiça é dividida em três categorias, *leve*, *média* e *grave*, e cada uma delas em três subcategorias, dando origem a nove tipos de injustiça, a saber, *leve-leve* (*ll*), *leve-média* (*lm*), *leve-grave* (*ls*), *média-leve* (*ml*), *média-média* (*mm*), *média-grave* (*ms*), *grave-leve* (*sl*), *grave-média* (*sm*) e *grave-grave* (*ss*):

| injustiça | | | | | | | | |
|---|--|--|--|--|--|---|---|---|
| injustiça <i>leve</i> | | | injustiça <i>média</i> | | | injustiça <i>grave</i> | | |
| injustiça <i>leve-leve</i> (<i>ll</i>) (1) | injustiça <i>leve-média</i> (<i>lm</i>) (2) | injustiça <i>leve-grave</i> (<i>ls</i>) (4) | injustiça <i>média-leve</i> (<i>ml</i>) (8) | injustiça <i>média-média</i> (<i>mm</i>) (16) | injustiça <i>média-grave</i> (<i>ms</i>) (32) | injustiça <i>grave-leve</i> (<i>sl</i>) (64) | injustiça <i>grave-média</i> (<i>sm</i>) (128) | injustiça <i>grave-grave</i> (<i>ss</i>) ou extrema (256) |

Surge então a seguinte pergunta: seria esse refinamento suficiente? Pode a injustiça extrema ser identificada com a injustiça *grave-grave* (*ss*) ou seria ainda necessário um segundo refinamento, chegando-se a uma escala triádica tripla? A resposta a essa questão já foi dada por Alexy: uma escala triádica tripla não é compreensível e, assim, não faz sentido adotá-la.

A meu ver, essa resposta de Alexy dificilmente pode ser contestada. Assim, a questão sobre qual escala é a mais apropriada para se caracterizar uma injustiça como extrema transforma-se então na questão sobre se a escala mais adequada é a escala triádica simples ou a escala triádica dupla. *Extremo é aquilo que está na extremidade* ou, usando as palavras de Alexy, aquilo que se localiza na terminação superior de uma escala. Adotar a escala triádica simples significa identificar a injustiça extrema com a injustiça grave, pois esse tipo de escala não permite diferenciar tipos diferentes de injustiça dentro da categoria injustiça grave. Como vimos, isso gera problemas, pois iguala muitas formas de injustiça que são razoavelmente diferentes. Por isso, no que diz respeito à caracterização da injustiça extrema, a escala triádica simples deve ser abandonada.

A escala triádica dupla pode ser considerada a mais adequada para caracterizar a injustiça extrema, pois permite uma diferenciação mais acurada entre os graus de injustiça dentro da categoria injustiça grave, sem implicar os problemas de compreensão que a adoção de uma escala triádica tripla implicaria. Adotada a escala triádica dupla, a injustiça grave passa a ser dividida em três classes, *grave-leve* (*sl*), *grave-média* (*sm*) e *grave-grave* (*ss*), e a injustiça extrema passa a ser entendida como a injustiça *grave-grave* (*ss*).

Assim, podemos formular a segunda conclusão parcial:

C_2 – *Para se caracterizar a injustiça extrema deve ser usada a escala triádica dupla. De acordo com essa escala, uma injustiça é extrema quando há uma violação grave-grave (ss) ao princípio da correção moral ou justiça (de primeira ordem).*

Agora devem ser abordados os reflexos das questões epistêmicas no conceito de injustiça extrema.

2.2.3 Injustiça extrema e certeza

Quando se conecta a fórmula do peso completa refinada ao argumento da injustiça, parecem entrar em jogo a certeza tanto das suposições empíricas quanto das suposições normativas referentes à colisão entre segurança jurídica e correção moral ou justiça (de primeira ordem). Ora, a certeza das suposições normativas diz respeito ao grau de segurança sobre o que uma norma exige. No que diz respeito ao conceito de direito essa questão significa o que os princípios da segurança jurídica e da correção moral ou justiça (de primeira ordem) exigem. Essa questão não será abordada aqui. Antes, assumir-se-á que se pode saber, com certo grau de certeza, que o princípio da segurança jurídica exige o cumprimento das normas do direito positivo e que o princípio da correção moral ou justiça (de primeira ordem) exige que normas não sejam injustas. Assim, a fórmula do peso pode ser, aqui, usada sem a variável S^n :

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i^e}{I_j \cdot G_j \cdot S_j^e}$$

Uma vez que a fórmula do peso possui diferentes variáveis para os graus de interferência e importância do cumprimento dos princípios colidentes e para os graus de certeza das suposições empíricas (respectivamente as variáveis e e i), quando ela é aplicada ao argumento da injustiça podem haver casos de injustiça extrema aos quais correspondem graus variáveis de certeza das suposições empíricas. Ora, isso é, a meu ver, incompatível com o argumento da evidência. O argumento da evidência diz, como vimos, que quanto mais extrema for a injustiça, maior é a certeza que se trata de uma injustiça extrema. Por outro lado, a fórmula do peso diz, quando uma escala triádica simples é adotada, que mesmo quando a violação a um princípio é *grave* (s), o grau de certeza de que tal violação é grave não é, necessariamente, o mais alto, ou seja, *confiável* (g), pois ele pode também ser *plausível* (p) ou *não evidentemente falso* (e).

Quando se adota a escala triádica dupla, a cada um dos nove graus de interferência em um princípio correspondem, respectivamente, nove graus de certeza, desde a mais alta certeza, *confiável-confiável* (*gg*), à mais baixa certeza, *não evidentemente falso-não evidentemente falso* (*ee*). Isso significa que quando os nove graus de violação são combinados aos nove graus de certeza surgem 81 possíveis combinações.

Assim, quando a fórmula do peso é aplicada ao argumento da injustiça, uma injustiça pode ser considerada extrema, ou seja, *grave-grave* (*ss*) (256), mas a certeza de que tal injustiça é extrema pode variar de *não evidentemente falso-não evidentemente falso* (*ee*) ($\frac{1}{256}$), ou seja, do grau mais baixo de certeza, até confiável-confiável (*gg*) (1), ou seja, até o grau mais alto de certeza. Ora, isso é incompatível com o argumento da evidência. O argumento da evidência diz, como vimos, que quanto mais extrema for uma injustiça, mais certeza pode se ter que se trata de uma injustiça extrema. Mas, de acordo com a fórmula do peso, uma injustiça pode ser extrema (*grave-grave* [*ss*]), mas pode o grau de certeza que se trata de uma injustiça extrema seja baixo, por exemplo o mais baixo (*não evidentemente falso-não evidentemente falso* [*ee*]).

Podemos concluir, portanto, que a *fórmula do peso é incompatível com o argumento da evidência*. E se esse de fato é o caso, no que diz respeito à questão epistêmica relacionada ao argumento da injustiça, deve-se abandonar esta ou aquela.

A meu ver, no que diz respeito ao argumento da injustiça, o argumento da evidência desempenha um papel essencial. Parece-me que não se pode estar incerto (o mais baixo grau de certeza, *não evidentemente falso-não evidentemente falso* [*ee*]) sobre o fato de que uma injustiça *leve-leve* (*ll*) não é uma injustiça extrema. Em virtude disso, abandonarei a aplicação da fórmula do peso naquilo que diz respeito à certeza das suposições empíricas, e manterei o argumento da evidência. Isso significa que para cada um dos nove graus de injustiça haverá apenas um grau correspondente de certeza. Mas deve ficar claro que abandonar a aplicação da fórmula do peso à questão epistêmica referente ao argumento da injustiça não significa abandonar a conexão entre a teoria dos princípios e o conceito de direito, pois a ideia de ponderação e a necessidade de uma escala permanecem a ele aplicáveis.

Vimos que a escala triádica dupla parece a mais adequada para se caracterizar a injustiça extrema (C_2). Mas tal conclusão parcial estabelecida acima não considerou a questão epistêmica. Portanto, a fim de se ter certeza que ela é correta, conectarei, agora, a escala triádica dupla com a questão epistêmica. A fim de chegar à escala triádica dupla começarei, seguindo o método usado acima, com a escala triádica simples.

Como vimos acima, se uma escala triádica simples fosse adotada, a injustiça extrema seria caracterizada como injustiça *grave* (*s*). Poder-se-ia então questionar qual seria o lugar, na escala triádica simples, da zona de fronteira (penumbra), ou seja, da região entre certeza e incerteza máximas. A resposta poderia ser apenas uma: os casos de injustiça *média* (*m*) seriam aqueles na zona de penumbra, enquanto, por outro lado, os casos de injustiça *leve* (*l*) seriam os casos de certeza baixa de

que uma injustiça é extrema e os casos de injustiça *grave* (s) seriam os casos de certeza mais alta de que uma injustiça é extrema:

| injustiça | | |
|---|---|--|
| injustiça <i>leve</i> (l) (1) | injustiça <i>média</i> (m) (4) | injustiça <i>grave</i> (s) ou extrema (8) |
| (e) <i>não evidentemente falso</i> que a injustiça seja extrema $\left(\frac{1}{4}\right)$ | <i>plausível</i> (p) que a injustiça seja extrema $\left(\frac{1}{2}\right)$ | <i>confiável</i> (g) que a injustiça seja extrema (1) |

Essa solução possuiria a beleza da simplicidade, mas seria problemática: somente em casos de injustiça *leve* (l) poder-se-ia ter certa certeza de que a injustiça não é extrema. Se tal solução fosse adotada, o conceito de injustiça extrema e o argumento da injustiça tornar-se-iam, na prática, inúteis. Assim, a questão epistêmica constitui mais um motivo para se abandonar a escala triádica simples quando da caracterização da injustiça extrema.

A análise realizada na seção 2.2.2 já tinha mostrado que a escala triádica dupla possui a vantagem da maior acurácia e, assim, do maior potencial distintivo. Quando ela é conectada com a questão epistêmica são atribuídos nove graus de certeza correspondentes aos nove diferentes graus de violação ao princípio da correção moral ou justiça (de primeira ordem):

| injustiça | | | | | | | | |
|---|---|--|--|--|---|---|---|--|
| injustiça leve | | | injustiça média | | | injustiça grave | | |
| injustiça <i>leve-leve</i> (ll) (1) | injustiça <i>leve-média</i> (lm) (2) | injustiça <i>leve-grave</i> (ls) (4) | injustiça <i>média-leve</i> (ml) (8) | injustiça <i>média-média</i> (mm) (16) | injustiça <i>média-grave</i> (ms) (32) | injustiça <i>grave-leve</i> (sl) (64) | injustiça <i>grave-média</i> (sm) (128) | injustiça <i>grave-grave</i> (ss) ou extrema (256) |
| <i>não evidentemente falso-não evidentemente falso</i> (ee) que a injustiça é extrema $\left(\frac{1}{256}\right)$ | <i>não evidentemente falso-plausível</i> (ep) que a injustiça é extrema $\left(\frac{1}{128}\right)$ | <i>não evidentemente falso-confiável</i> (eg) que a injustiça é extrema $\left(\frac{1}{64}\right)$ | <i>plausível-não evidentemente falso</i> (pe) que a injustiça é extrema $\left(\frac{1}{32}\right)$ | <i>plausível-plausível</i> (pp) que a injustiça é extrema $\left(\frac{1}{16}\right)$ | <i>plausível-confiável</i> (pg) que a injustiça é extrema $\left(\frac{1}{8}\right)$ | <i>confiável-não evidentemente falso</i> (ge) que a injustiça é extrema $\left(\frac{1}{4}\right)$ | <i>confiável-plausível</i> (gp) que a injustiça é extrema $\left(\frac{1}{2}\right)$ | <i>confiável-confiável</i> (gg) que a injustiça é extrema (1) |

Assim, a terceira conclusão parcial pode ser formulada:

C₃ – *Aos nove graus de injustiça correspondem, respectivamente, nove graus de certeza. A certeza mais alta de que uma injustiça é extrema (confiável-confiável [gg]) existe quando a injustiça é grave-grave (ss).*

Agora verificarei os reflexos das conclusões parciais obtidas até aqui, sobretudo da segunda conclusão parcial (C_2), na classificação das teorias jurídicas elaborada por Alexy.

2.3 O espaço lógico entre Não-Positivismo Inclusivo e Não-Positivismo Exclusivo

Como vimos, Alexy divide o não-positivismo jurídico em três categorias: superinclusivo, inclusivo e exclusivo. No não-positivismo superinclusivo há a defesa de uma conexão conceitual necessária entre direito e moral, mas a conexão é meramente qualificatória, isto é, não retira a validade das normas jurídicas injustas, qualquer que seja o grau de injustiça. No não-positivismo inclusivo há dois tipos de conexão: quando a injustiça estiver abaixo do limiar da injustiça extrema a conexão é qualificatória, mas quando estiver acima de tal limiar, ela é classificatória. Já no não-positivismo exclusivo toda injustiça suprime a validade da norma jurídica, ou seja, a conexão é sempre classificatória.

Qual é o reflexo da aplicação da escala triádica dupla na classificação das teorias jurídicas desenvolvida por Alexy, especialmente na divisão do não-positivismo jurídico em subclasses? A fim de chegar à escala triádica dupla começarei, como acima, com a escala triádica simples.

A adoção de uma escala triádica simples para classificar os graus de injustiça *seria* suficiente para perceber a existência, entre o não-positivismo inclusivo e o não-positivismo superinclusivo, de um espaço lógico. Uma vez que o não-positivismo inclusivo afirma que apenas a injustiça *grave* (*s*) ou extrema não é direito e uma vez que o positivismo exclusivo afirma que toda injustiça, seja ela *leve* (*l*), *média* (*m*) ou *grave* (*g*), não é direito, perceber-se-ia existir, já com a aplicação de uma escala triádica simples, um espaço lógico entre não-positivismo inclusivo e exclusivo, um tipo de positivismo que afirma que somente as injustiças *média* (*m*) e *grave* (*s*) não são direito. Denominarei esse espaço lógico entre o não-positivismo inclusivo e exclusivo “não-positivismo subinclusivo”:

| não-positivismo superinclusivo | não-positivismo inclusivo | espaço lógico (não-positivismo subinclusivo) | não-positivismo exclusivo |
|--|---|--|---|
| toda injustiça é direito defeituoso, mas é direito | (apenas) a injustiça extrema (<i>grave</i> [<i>s</i>]) não é direito | injustiças <i>média</i> (<i>m</i>) e <i>grave</i> (<i>s</i>) não são direito | nenhuma injustiça (<i>leve</i> [<i>l</i>], <i>média</i> [<i>m</i>] ou <i>grave</i> [<i>s</i>]) é direito |

Quando se adota uma classificação triádica dupla para se classificar a injustiça extrema, o referido espaço lógico se divide em sete formas de não-positivismo subinclusivo, que correspondem desde a injustiça *leve-média* (*lm*) até a *grave-média*

(*sm*). Diante da dificuldade em se atribuir nomes a cada um desses sete tipos de não-positivismo, denominarei todos eles “não-positivismo subinclusivo”, em sete diferentes formas:

| não-positivismo superinclusivo | não-positivismo inclusivo | espaço lógico forma 7 de não-positivismo subinclusivo | espaço lógico forma 6 de não-positivismo subinclusivo | espaço lógico forma 5 de não-positivismo subinclusivo | espaço lógico forma 4 de não-positivismo subinclusivo | espaço lógico forma 3 de não-positivismo subinclusivo | espaço lógico forma 2 de não-positivismo subinclusivo | espaço lógico forma 1 de não-positivismo subinclusivo | não-positivismo exclusivo |
|--|---|---|--|---|---|--|--|--|---|
| toda injustiça (desde a <i>leve-leve</i> [ll] até a <i>grave-grave</i> [ss]) é direito defeituoso, mas é direito | (apenas) a injustiça extrema (<i>grave-grave</i> [ss]) não é direito | injustiça <i>grave-média</i> [sm] (e acima) não é direito | injustiça <i>grave-leve</i> [sl] (e acima) não é direito | injustiça <i>média-grave</i> [ms] (e acima) não é direito | injustiça <i>média-média</i> [mm] (e acima) não é direito | injustiça <i>média-leve</i> [ml] (e acima) não é direito | injustiça <i>leve-grave</i> [ls] (e acima) não é direito | injustiça <i>leve-média</i> [lm] (e acima) não é direito | nenhuma injustiça (desde a <i>leve-leve</i> [ll] até a <i>grave-grave</i> [ss]) é direito |

Como se percebe, de acordo com essa classificação das injustiças surgem sete formas adicionais de não-positivismo, não contempladas pela classificação de Alexy. Não cabe porém, aqui, aprofundar o estudo delas. Cumpre apenas enfatizar que a existência de um não-positivismo subinclusivo, em conformidade com uma escala triádica de classificação das injustiças, bem como de sete formas mais refinadas de não-positivismo subinclusivo, em conformidade com uma escala triádica dupla de classificação das injustiças, não constitui mera possibilidade lógica. Não há razão preliminar que exclua a defesa dessas formas, e seria interessante investigar se e em que medida elas foram defendidas na história da filosofia do direito.

Assim, podemos chegar à quarta conclusão parcial:

C₄ – Há um espaço lógico entre positivismo exclusivo e inclusivo. A existência de formas de não-positivismo que se situam nesse espaço lógico não constitui apenas uma possibilidade teórica, podendo de fato ser (ou ter sido) defendida.

3 CONCLUSÃO

Parece-me que se for válido sustentar que a injustiça extrema não é direito deve haver uma escala para medir se uma injustiça é extrema ou não. A principal proposta apresentada neste ensaio constitui a aplicação da escala triádica dupla ao conceito de direito e, assim, ao argumento da injustiça, pois ela combina, na maior medida possível, capacidade de ser compreendida e acurácia. Se essa solução não for aceita, parece-me que o argumento da injustiça tem que ser refutado. Se ela for

aceita, deve ser introduzida, na classificação das teorias jurídicas elaboradas por Alexy, uma nova categoria: o não-positivismo subinclusivo.

Referências

AGOSTINHO, Sto. *O Livre Arbítrio*. Tradução N. de Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

ALEXY, Robert. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, G. (Org.). *Law, Rights and Discourse – The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007a, p. 37-55.

ALEXY, Robert. A Construção dos Direitos Fundamentais. Tradução A. T. G. Trivisonno. In: ALEXY, R.; TRIVISONNO, A. T. G. (Org.). *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a. p. 145-159.

ALEXY, Robert. A Dupla Natureza do Direito. Tradução A. T. G. Trivisonno. In: ALEXY, R.; TRIVISONNO, A. T. G. (Org.). *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b, p. 301-321.

ALEXY, Robert. A Tese do Caso Especial. Tradução A. T. G. Trivisonno. In: ALEXY, R.; TRIVISONNO, A. T. G. (Org.). *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014c, p. 91-106.

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Alber, 1992a.

ALEXY, Robert. Bulygin's Kritik des Richtigkeitsarguments. In: GARZÓN VALDÉS, E. et al. (Org.). *Normative Systems in Legal and Moral Theory*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997a, p. 235-250.

ALEXY, Robert. Defesa de um Conceito de Direito Não-positivista. Tradução A. T. G. Trivisonno. In: ALEXY, R.; TRIVISONNO, A. T. G. (Org.). *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014d, p. 271-300.

ALEXY, Robert. *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*. Hamburg: Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften, 1997b.

ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Org.). *Geächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlin: De Gruyter, 2003. p. 771-792.

ALEXY, Robert. Die Konstruktion der Grundrechte. In: CLÉRICO, L.; SIECKMANN, J.-R. (Org.). *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2009. p. 9-19.

ALEXY, Robert. Direitos Humanos sem Metafísica. Tradução A. T. G. Trivisonno. In: ALEXY, R.; TRIVISONNO, A. T. G. (Org.). *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014e, p. 109-124.

ALEXY, Robert. Eine Theorie des praktischen Diskurses. In: OELMÜLLER W. (Org.). *Normenbegründung – Normendurchsetzung, Materialien zur Normendiskussion*. Bd. 2. Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1978. p. 22-58.

ALEXY, Robert. Formal Principles: Some Replies to Critics. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, Oxford, p. 511-524, 2014f.

ALEXY, Robert. *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*. Hamburg: Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften, 1993.

ALEXY, Robert. Menschenrechte ohne Metaphysik? *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52, 1, Berlin, p. 15-24, 2004.

ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 21, p. 281-299, 2008.

ALEXY, Robert. On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, Oxford, 13, p. 138-147, 2000.

ALEXY, Robert. Princípios Formais. Tradução A. T. G. Trivisonno. In: LOPES, M. S.; SALIBA, A. T.; TRIVISIONNO, A. T. (Org.). *Robert Alexy – Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014g, p. 3-36.

ALEXY, Robert. Sobre o Conceito de Princípio Jurídico. Tradução A. T. G. Trivisonno. In: ALEXY, R.; TRIVISIONNO, A. T. G. (Org.). *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014h, p. 163-198.

ALEXY, Robert. Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis. *The American Journal of Jurisprudence*, Oxford, v. 58, n. 2, p. 97-110, 2013.

ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, Oxford, v. 23, p. 167-182, 2010.

ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, Oxford, v. 12, p. 374-384, 1999.

ALEXY, Robert. The Weight Formula. Tradução B. Brozek e S. L. Paulsan. In: STELMACH, J.; BROZEK, B.; ZAŁUSKI, W. (Org.). *Studies in the Philosophy of Law*. Bd. 3. Krakau: Jagiellonian University Press, 2007b, p. 9-27.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996a.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996b.

ALEXY, Robert. Uma Teoria do Discurso Prático. Tradução A. T. G. Trivisonno. In: ALEXY, R.; TRIVISONNO, A. T. G. (Org.). *Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014i, p. 35-74.

ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. *Rechtstheorie*. 1, Berlin, p. 59-87, 1979.

ALEXY, Robert. Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs. In: KRAWIETZ, W.; V. WRIGHT, G. H. (Org.). *Öffentliche oder private Moral? Festschrift für Ernesto Garzón Valdés*. Berlin: Dunckler & Humblot, 1992b, p. 85-108.

AQUINO, Sto. Tomás de. *Suma Teológica*. V. IV. PINTO DE OLIVEIRA, C. J. (Coord.). São Paulo: Loyola, 2010.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de. *Nazismo e o Conceito de Não-positivismo Jurídico*. Rio de Janeiro: Juruá, 2015.

BÄCKER, Carsten. *Gerechtigkeit Im Rechtsstaat – Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

BAHIA, Charles Nunes. Positivismo Jurídico e Nazismo: a superação do mito. *Jus Navigandi*, 2013, 18, p. 3658.

BEYLEVELD, D.; BROWNSWORD, R. *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BULYGIN, Eugenio. Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 2, p. 133-137, 2000.

BULYGIN, Eugenio. Alexy und das Richtigkeitsargument. In: AARNIO, A. et al. (Org.). *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. p. 19-24.

COLEMAN, Jules. 1996. Authority and Reason. In: GEORGE, R. P. *The Autonomy of Law*. Oxford: Clarendon, 1996, p. 287-319.

FINNIS, John. Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension". *The American Journal of Jurisprudence*, Oxford, v. 59, n. 1, p. 85-109, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1998.

KANT, Immanuel. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. *Kants Werke*. Bd. VI. Akademie Textausgabe. Berlin: De Gruyter, 1968. p. 385-464.

KELSEN, Hans. Das Problem der Gerechtigkeit. In: KELSEN, H. *Reine Rechtslehre – mit einem Anhang - Das Problem der Gerechtigkeit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Verlag Österreich, 2000.

MOSCI, Tiago Lopes. *A Relação entre Direito e Moral em Kant e o Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

NEVES, Henrique Gonçalves. *A dimensão ideal do Direito – A pretensão de correção como justificação da conexão necessária entre Direito e moral*. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Extreme Injustice and the Concept of Law. In: OLIVEIRA, J. A. de; PAULSON, S. L.; TRIVISONNO, A. T. G. (Org.). *Alexy's Theory of Law*. ARSP, 144. Stuttgart: Franz Steiner, 2015. p. 163-177.

PLATÃO. *A República*. Tradução M. H. da R. Pereira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

RADBRUCH, Gustav. Fünf Minuten Rechtsphilosophie. *Gesamtausgabe*. Bd. 3. Heidelberg: C. F. Müller, 1990a, p. 78-82.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Gesamtausgabe*. Bd. 3. Heidelberg: C. F. Müller, 1990b, p. 83-93.

RAZ, Joseph. The Argument from Justice or How not to Reply to Legal Positivism. In: PAVLAKOS, G. (Org.). *Law, Rights and Discourse – The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007. p. 17-35.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law – Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon, 1979.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. *Positivismo Jurídico e Não-positivismo Jurídico: Conceções Teóricas e Distinções Práticas*. Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

TRIVISONNO, A. T. G. Kants Rechtstheorie und die Beziehung zwischen Recht und Moral. *ARSP*, v. 97, n. 3, Stuttgart, p. 291-304, 2011.

Data da submissão: 23 de novembro de 2015
Aceito em: 31 de janeiro de 2016