

PROGRAMA DE SEMINÁRIOS E CASOS PRÁTICOS

I SEMESTRE

1ª AULA. Apresentação da disciplina.

Apresentação dos monitores.

Metodologia de ensino e avaliação.

Divisão dos grupos.

2ª AULA. Conceito de Direito.

TEXTO:

ALEXY, Robert, *Conceito e validade do direito*, tradução de Gercília Batista de Oliveira Mendes, São Paulo, Martins Fontes, 2011, ps. 33 a 42.

CASO PRÁTICO: O CASO DO TRIBUNAL DE NUREMBERG

Uma das Leis de Nuremberg (*Nürnberger Gesetze*), a Lei de proteção do sangue e honra alemães, de 15 de setembro de 1935 (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*), de caráter antissemita, conferiu legalidade à perseguição aos judeus, no período da Alemanha nazista. O julgamento que se estabelece pelas forças aliadas, ao final da 2ª. Guerra Mundial, para apurar os crimes nazistas, se realiza na cidade de Nuremberg, na Alemanha, e fica conhecido como o Tribunal de Nuremberg. São julgados perante o Tribunal 24 indiciados, entre eles, Rudolf Hess, Erich Raeder, Hermann Goering, Wilhelm Keitel, Julius Streicher, Wilhelm Frick, além de outras lideranças nazistas. As acusações que pendem contra os indiciados giram em torno do conceito de “crimes contra a humanidade”, que vieram a ser regulamentados através do Acordo de Londres, de 08 de agosto de 1945, responsável pela própria criação do Tribunal de Nuremberg, nos termos do art. 6º, “c”:

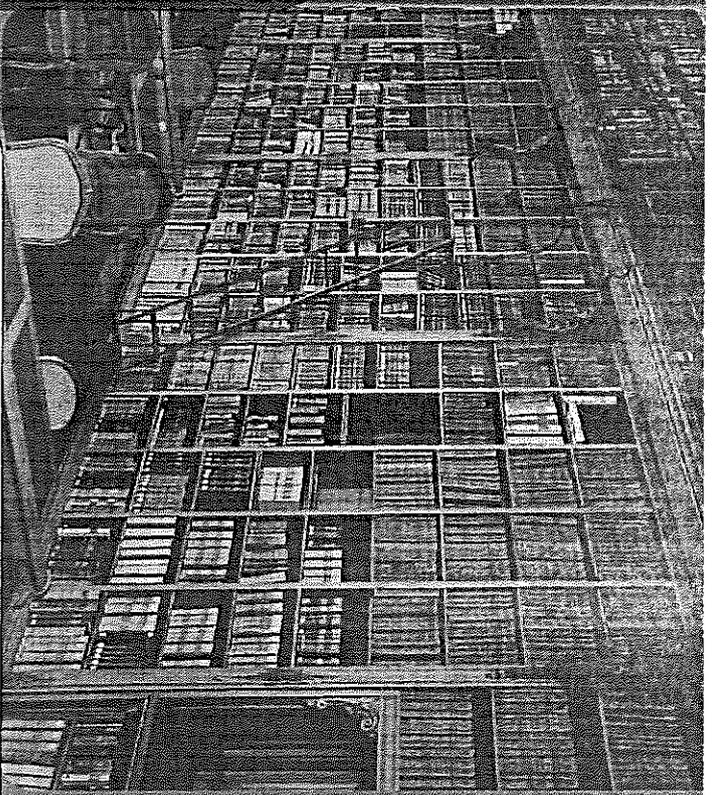
“O Tribunal instituído pelo Acordo mencionado no Artigo 1 acima, para julgamento e punição dos principais criminosos de guerra dos países do Eixo Europeu, é competente para julgar e punir pessoas que, agindo no interesse dos países do Eixo Europeu tenham cometido, quer a título individual ou como membros de organizações, algum dos seguintes crimes:

c) Crimes contra a Humanidade: nomeadamente, assassinio, extermínio, redução à escravatura, deportação ou outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando estes atos ou perseguições são cometidos ou estão relacionados com qualquer crime abrangido pela competência deste Tribunal, quer violem ou não o direito interno do país onde foram perpetrados”.

As acusações, no entanto, carecem de provas e de fundamentação, perante o Tribunal Militar Internacional. Para esta tarefa, foram designados Robert H. Jackson (Estados Unidos), François de Menthon (França), Roman A. Rudenko (União Soviética) e Sir Hartley Shawcross (Grã-Bretanha)

Discuta o conceito de Direito, considerando-se, perante a situação de acusação, defesa e julgamento do Tribunal de Nuremberg, nas posições de:

1. Robert H. Jackson, e adote a Teoria de Immanuel Kant sobre o conceito de Direito, e os crimes contra a humanidade, apontando a violação da dignidade da pessoa;
2. François de Menthon, e adote a Teoria de Jürgen Habermas sobre o conceito de Direito, e os crimes contra a humanidade, apontando os limites do positivismo jurídico.



Biblioteca Jurídica WMF

ROBERT ALEXY
CONCEITO E VALIDADE
DO DIREITO

O tema central deste livro é a relação entre direito e moral. O positivismo jurídico afirma que ambos devem ser separados e que as definições tanto do conceito quanto da validade do direito devem ser isentas de moral. Robert Alexy tenta mostrar que essa tese é incorreta. Existem conexões conceitualmente necessárias entre direito e moral e existem razões normativas para que as definições de direito e de validade do direito incluam elementos morais. Por isso, o positivismo jurídico fracassaria como teoria abrangente do direito.

A análise termina com a proposta de uma definição do conceito de direito que reúne de forma sistemática os elementos da legalidade conforme o ordenamento, da eficácia social e da correção material.

Robert Alexy nasceu em 1945 e é professor de direito público e de filosofia do direito na Universidade Christian Albrecht, em Kiel, Publicon, entre outros livros, *Constitucionalismo discursivo, Teoria da argumentação jurídica, Teoria dos direitos fundamentais*.



ISBN 978-85-2827-183-3

9 788578 271633

 **idp** *marinfontes*

CONCEITO E VALIDADE DO DIREITO ROBERT ALEXY



isso, também se poderia falar de uma "conexão ideal" em vez de "qualificadora".

2.5 Combinações

As quatro distinções expostas, ou seja, entre um conceito de direito isento de validade e outro não isento de validade, entre norma e procedimento, entre observador e participante e entre conexões classificadoras e qualificadoras, há que se acrescentar a quinta distinção, já tratada, entre um *contexto conceitualmente necessário* e outro *normativamente necessário*. Completa-se, assim, o quadro conceitual. Ele torna claro que, com a tese de que existe uma relação necessária entre direito e moral, pode-se querer dizer coisas muito diversas. Dentro desse quadro são possíveis 32 combinações das características contidas nas cinco distinções. Para cada combinação é possível formular tanto a tese de que existe uma relação necessária quanto a de que ela não existe. Sendo assim, há ao todo 64 teses. No entanto, entre essas 64 teorias existem, sem dúvida, algumas relações implícitas, de modo que a verdade ou a falsidade de algumas das teses implica a verdade ou a falsidade de outras. Além disso, é possível que algumas combinações sejam conceitualmente impossíveis. Todavia, isso não muda em nada a noção fundamental de que na polémica sobre as relações necessárias entre direito e moral há uma pluralidade de afirmações distintas. Uma explicação para a ausência de resultados nessa polémica seria o fato de seus participantes muitas vezes não reconhecerem que a tese que defendem é totalmente diferente da que atacam, de modo que acabam travando discursos paralelos. Essa explicação ganha ainda mais plausibilidade quando se considera que, além das cinco distinções aqui apresentadas, é

possível conceber outras, de maneira que a quantidade de teses possíveis poderia exceder 64.

Aqui, a pluralidade das teses já foi reduzida num aspecto: parte-se de um conceito de direito que inclui o conceito de validade. Outra simplificação seria produzida ao se colocar uma distinção em primeiro plano: aquela existente entre a perspectiva do observador, ou o ponto de vista externo, e a perspectiva do participante, ou o ponto de vista interno. As outras distinções encontram aplicação no âmbito dessa dicotomia. Por conseguinte, trata-se de saber qual tese é correta, se a da separação ou a da vinculação, partindo-se da perspectiva do observador ou daquela do participante.

3. A PERSPECTIVA DO OBSERVADOR

O problema do positivismo jurídico é discutido, na maioria das vezes, como problema de uma conexão classificadora entre direito e moral. Deseja-se saber se uma infração contra um critério moral qualquer subtrai das normas de um sistema normativo o caráter de normas jurídicas ou de todo o sistema normativo de sistema jurídico. Quem pretende responder afirmativamente a essa questão precisa mostrar que o caráter jurídico de normas ou de sistemas normativos perde-se quando se ultrapassa determinado limiar da injustiça ou da iniquidade. Justamente essa tese da perda da qualidade jurídica, quando se ultrapassa um limiar da injustiça — independentemente de como ela é determinada —, é designada como "*argumento da injustiça*". Este último não é

29. Cf. R. Dreyer, 1991, p. 99. Outras designações são: argumento da tirania, argumento da *lex corrupta*, argumento da perversão e argumento do totalitarismo.

outra coisa senão a tese da vinculação relacionada a uma conexão classificadora. Aqui, deve-se perguntar, primeiramente, se a tese da vinculação, na forma do argumento da injustiça, é correta partindo-se da perspectiva do observador. Ao fazê-lo, há que se distinguir entre normas individuais de um sistema jurídico e sistemas jurídicos como um todo.

3.1. Normas individuais

A versão possivelmente mais conhecida do argumento da injustiça relacionado a normas individuais provém de Gustav Radbruch. Sua célebre fórmula diz:

"O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como 'direito incorreto', deva ceder lugar à justiça."³⁰

Essa fórmula está não apenas na base da decisão sobre a cidadania³¹ acima mencionada, mas também na de uma série de outras decisões do Tribunal Constitucional Federal e do Supremo Tribunal de Justiça alemão³².

A questão é saber se a fórmula de Radbruch é aceitável do ponto de vista de um observador. Novamente,

30. Radbruch, 1973c, p. 345.

31. BVerfGE 23, 98 (106).

32. Cf. BVerfGE 3, 58 (119); 3, 225 (233); 6, 132 (198); 6, 309 (332); 6, 389 (414 s.); 54, 53 (67 s.); BGHZ 3, 94 (107); 23, 175 (181); BGHSt 2, 173 (177); 2, 234 (238 s.); 3, 357 (362 s.).

pode servir como exemplo o 11.º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941, que, por motivos racistas, privou os judeus emigrados da cidadania alemã. O Tribunal Constitucional Federal, referindo-se a essa fórmula, julgou tal decreto nulo *ab initio*. Isso aconteceu a partir da perspectiva do participante. Como um observador contemporâneo do sistema jurídico nacional-socialista — um jurista estrangeiro, por exemplo — que pretendesse redigir um relatório sobre o sistema jurídico do nacional-socialismo para uma revista jurídica de seu país natal descreveria o caso do judeu A desnaturalizado? Qualquer pessoa em seu país natal entenderia o enunciado:

(1) A é desnaturalizado segundo o direito alemão,

sem que fosse necessário acrescentar quaisquer esclarecimentos. O mesmo não acontece com o enunciado:

(2) A não é desnaturalizado segundo o direito alemão.

Se a esse enunciado não forem acrescentadas outras informações, ou ele informará mal, ou levará a uma confusão.

Isso já mostra que, partindo-se do ponto de vista externo de um observador, aqui examinado, não se faz necessária, ao menos conceitualmente, uma inclusão de elementos morais. Pelo contrário, existe razão para perguntar se, a partir desse ponto de vista, tal inclusão é conceitualmente impossível. Suponhamos que o relatório de nosso observador contenha o seguinte enunciado:

(3) A não é desnaturalizado segundo o direito alemão, não obstante todas as autoridades e todos os tribunais alemães tratem A como desnaturalizado e se apoiem

no enunciado de uma norma que, de acordo com os critérios de validade do sistema jurídico vigente na Alemanha, é estabelecida conforme o ordenamento.

Como enunciado de um observador, essa construção encerra uma contradição. Para um observador, integra o direito aquilo que os tribunais e as autoridades fazem apoiando-se no enunciado de normas que, de acordo com os critérios de validade do sistema jurídico vigente em questão, são estabelecidas conforme o ordenamento. Desse modo, fica claro que existe um emprego da expressão "direito" na perspectiva do observador, segundo a qual uma inclusão classificadora de elementos morais no conceito de direito que se refira a normas individuais não apenas é conceitualmente desnecessária, como também conceitualmente impossível. Diante disso, não se pode objetar dizendo que nosso observador poderá concluir seu relatório simplesmente com a seguinte pergunta aberta:

(4) A é desnaturalizado de acordo com os critérios e o ordenamento vigentes na Alemanha, e a desnaturalização também é socialmente eficaz, mas pode ser considerada direito?

Com essa pergunta, deixa-se a posição do observador e assume-se a do crítico. Com essa mudança de perspectiva, a expressão "direito" ganha outro significado³³. Por isso, forçoso é constatar que, a partir da perspectiva de um observador, não é possível apoiar a tese da vincula-

33. Nesse caso, a mudança do significado também se refere ao que é conceitualmente necessário ou analiticamente verdadeiro. Quanto à tese de que aquilo que é conceitualmente necessário ou analiticamente verdadeiro depende do uso, cf. Hamlyn, 1967, p. 108.

ção de Radbruch numa conexão conceitualmente necessária entre direito e moral.

A esse argumento conceitual ou analítico somam-se uma reflexão sobre a adequação e, com ela, um argumento normativo. Norbert Hoerster afirmou que, em primeiro lugar, existe uma necessidade de dispor de uma designação neutra do ponto de vista axiológico para normas estabelecidas conforme o ordenamento e socialmente eficazes, como é o caso do 11.º Decreto, e que, em segundo lugar, não existe uma alternativa utilizável para a expressão "direito"³⁴. Há que se dar razão a essa assertiva no que concerne à perspectiva do observador³⁵. Assim sendo, considerações tanto de cunho analítico quanto normativo levam à conclusão de que, do ponto de vista de um observador que contempla normas individuais e levanta questões acerca de uma conexão classificadora, a tese positivista da separação é correta. Partindo-se desse ponto de vista, o argumento da injustiça elaborado por Radbruch não pode ser aceito.

3.2. Sistemas jurídicos

O que é válido para uma norma individual não se aplica necessariamente a um sistema jurídico como um todo³⁶. Por isso, há que se perguntar se entre um sistema jurídico como um todo e a moral existe uma relação concei-

34. Hoerster, 1987, p. 187.

35. Todavia, não se deve concordar com o que a tese diz em sua conclusão, a saber, que aquilo que se aplica ao ponto de vista "que descreve a partir de uma perspectiva exclusivamente externa" também vale para todos os outros pontos de vista (Hoerster, 1987, pp. 187 s.). A pontos de vista diversos podem corresponder diferentes conceitos de direito, e a probabilidade de isso ocorrer é o que mostraremos mais adiante.

36. A esse respeito, cf. Hart, 1971, p. 46.

tualmente necessária. De novo, a pergunta deve ser feita a partir do ponto de vista de um observador que questiona sobre uma conexão classificadora, ou seja, que pretende saber se a infração de exigências morais de qual-quer ordem priva de um sistema normativo o caráter de um sistema jurídico.

É possível distinguir dois tipos de exigências morais que podem encontrar-se numa relação necessária com o sistema jurídico: formais e materiais. Um exemplo de teoria que sustenta uma relação necessária entre critérios morais formais e o sistema jurídico é a teoria da moral interna do direito (*internal morality of law*), elaborada por Fuller. Entre esses critérios, Fuller inclui os princípios do estado de direito (*legality*), como o da generalidade da lei (*generality of law*), o da promulgação (*promulgation*) e o da proibição da retroatividade (*retroactive laws*)³⁷. Em contrapartida, trata-se da conexão entre critérios morais materiais e o sistema jurídico quando Otfried Höffe assevera que sistemas normativos que não satisfazem determinados critérios fundamentais da justiça não são ordenamentos jurídicos³⁸. Ele define esses critérios fundamentais da justiça pelo princípio da vantagem distributiva, que compreende o princípio da segurança coletiva. Este último, entre outros, exige que se probam todos os membros da comunidade jurídica de cometer homicídio (dólolo ou culposos), roubo e furto³⁹.

Na discussão sobre tais conexões, há que se distinguir claramente entre conexões fácticas e conexões conceituais⁴⁰. O fato de um sistema jurídico que não contém

37. Fuller, 1969, pp. 46 ss.

38. Höffe, 1987, pp. 159, 170.

39. *Ibid.*, pp. 169 ss.

40. Kelsen refere-se a uma conexão meramente fáctica quando designa um "mínimo de segurança coletiva" como "condição de uma eficácia relativa-

normas gerais, ou que contém somente normas secretas ou exclusivamente retroativas, ou ainda que não protege nem a vida, nem a liberdade, nem a propriedade de seus membros não ter a possibilidade de uma vigência permanente diante das características do mundo e das pessoas e, nesse sentido, não poder ter uma existência durável, é uma realidade empírica simples, mas importante, que não será aprofundada aqui. Trata-se, antes, de saber se tal sistema ainda se enquadra no conceito de sistema jurídico.

Existem dois tipos de ordenamento social que, independentemente do fato de poderem ou não desenvolver uma vigência permanente, não são sistemas jurídicos já por razões conceituais: os ordenamentos absurdos e os ordenamentos predatórios ou rapaces. Tem-se um ordenamento *absurdo* quando um grupo de indivíduos é dominado de tal modo que é impossível tanto reconhecer finalidades consistentes do(s) dominador(es) quanto perseguir de forma duradoura a finalidade dos dominados. Imagine-se uma grande quantidade de pessoas dominada por um grupo de bandoleiros armados. Os dominados não têm direito algum. Dentro do grupo dos indivíduos armados, toda forma de exercício da violência é permitida. Além dessa norma permissiva, não vigora outra norma geral⁴¹. Os indivíduos armados dão aos dominados ordens individuais por vezes contraditórias e sempre cambiantes, por vezes inexecutáveis. Se os dominados obedecem a uma ordem, é exclusivamente por medo da violência. Um ordenamento assim, já por razões conceituais, não é um sistema jurídico.

mente duradoura" (Kelsen, 1960, pp. 49 s.), mas não como elemento moral necessário do conceito de direito.

41. Nesse caso, Kelsen nem sequer falaria em "bando de saqueadores", já que, devido à ausência da proibição de violência, os bandoleiros não formariam uma comunidade e, portanto, não existiria "bando" (Kelsen, 1960, p. 48).

O ordenamento absurdo transforma-se em ordenamento *predatório* ou rapace quando os bandidos tornam-se bandidos organizados. Isso pressupõe, no mínimo, que se introduzam uma proibição de violência e uma hierarquia de ordens entre os indivíduos armados. Além disso, supõe-se que se decrete, para os dominados, um sistema de regras cuja única finalidade é cuidar para que eles continuem sendo objetos susceptíveis de exploração por muito tempo. Para escolher um exemplo extremo: uma das principais fontes de rendimento dos bandidos consiste em matar regularmente os dominados para vender seus órgãos. Para cumprir essa finalidade, precisam dispor de vítimas em perfeita saúde, o que os leva a proibir aos dominados que fumem, bebam ou pratiquem qualquer forma de violência. Essas regras não fundamentam direitos em relação aos bandidos. A finalidade da exploração é clara para todos, e os bandidos não fazem o menor esforço para escondê-la. Pode-se discutir se o sistema normativo vigente entre os bandidos é um sistema jurídico; em todo caso, o sistema em sua totalidade não o é já por razões conceituais⁴². Para fundamentar essa afirmação, deve-se considerar agora um terceiro ordenamento.

A longo prazo, o ordenamento predatório mostra-se inadequado. Por isso, os bandidos esforçam-se por uma legitimação. Transformam-se em dominadores, e, desse modo, o ordenamento predatório torna-se um *ordenamento de dominadores*. Estes persistem na exploração dos dominados. Todavia, os atos da exploração aconte-

42. O sistema dos bandidos é um caso em que o argumento do bando de salteadores de Santo Agostinho leva à contestação da qualidade jurídica. Cf. *idem*, 1979, p. 222: "Remota inique iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna?"

cem mediante uma prática regrada. Afirma-se perante todos que essa prática é correta por servir a uma finalidade superior, por exemplo a do desenvolvimento do povo. Homicídios e saques contra dominados individuais, que, na realidade, servem apenas ao interesse dos dominadores na exploração, continuam possíveis a qualquer tempo, mas são punidos se não forem realizados segundo determinada forma, por exemplo com base na decisão tomada em comum acordo por três membros do grupo dos dominadores, e se não forem publicamente justificados pela finalidade de promover o desenvolvimento do povo.

Com essa etapa do desenvolvimento, transpõe-se um limiar. Não há dúvidas de que o sistema é extremamente injusto. Não obstante, do ponto de vista conceitual, já não se exclui que ele seja designado como "sistema jurídico". Trata-se, portanto, de saber em que reside a diferença entre o sistema dos dominadores e o sistema dos bandidos e dos bandidos. Essa diferença não reside na aplicação de regras gerais de qualquer tipo. Isso já acontece no sistema dos bandidos. Tampouco reside no fato de o sistema dos dominadores ser igualmente vantajoso para todos, ainda que apenas no plano mínimo da proteção da vida, da liberdade e da propriedade, pois nele os homicídios e saques cometidos contra os dominados também continuam possíveis a qualquer tempo. O ponto determinante é, antes, o fato de que, na prática do sistema dos dominadores, está ancorada uma *pretensão à correção*, correção essa que é exigida de todos. A pretensão à correção é um elemento necessário do conceito de direito. Essa tese será designada como "argumento da correção" e fundamentada na próxima seção. Aqui, antecipando-se a essa fundamentação, há que se constatar que sistemas normativos que não formulam

explícita nem implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico implica uma pretensão à correção⁴³. Nesse sentido, a pretensão à correção tem uma importância classificadora. Somente em sentido indireto ou figurado poderá um observador designar como “sistema jurídico” um sistema normativo que não formule explícita nem implicitamente uma pretensão à correção.

Essa designação tem poucas consequências práticas. Sistemas normativos efetivamente existentes costumam formular a pretensão à correção, por menos justificada que ela seja. Os problemas relevantes na prática começam a surgir apenas quando a pretensão à correção é formulada, mas não satisfeita. Todavia, são relevantes as consequências sistêmicas da pretensão à correção. Tal pretensão limita um pouco mais a tese positivista da separação já na perspectiva do observador. Embora ela se aplique a essa perspectiva de forma limitada quando se trata de normas individuais, no caso dos sistemas jurídicos esbarra – ainda que apenas em casos extremos e improváveis na realidade – num limite definido pela pretensão à correção. Essa pretensão retrocede do limite para o centro quando se trata da perspectiva do participante. Assim, a pretensão à correção representa um nexo entre as duas perspectivas.

4. A PERSPECTIVA DO PARTICIPANTE

Ficou demonstrado que, a partir da perspectiva do observador, a tese positivista da separação é, em sua es-

43. Esse enunciado constitui o ponto de partida de uma reconstrução racional do enunciado um tanto obscuro de Radbruch: “O direito é a realidade que tem por sentido servir aos valores e à ideia de direito” (Radbruch, 1973a, p. 119).

sência, correta. Apenas no caso extremo e, na realidade, improvável de um sistema normativo que nem sequer formule uma pretensão à correção é que ela esbarra num limite. Um quadro totalmente diferente surge quando se contempla o direito a partir da perspectiva de um participante, por exemplo, de um juiz. Partindo-se dessa perspectiva, a tese da separação é inadequada, e a vinculação, correta. Para fundamentar essa afirmação, devem ser considerados três argumentos: o da correção, o da injustiça e o dos princípios.

4.1. O argumento da correção

O argumento da correção constitui a base dos outros dois argumentos, ou seja, o da injustiça e o dos princípios. Ele afirma que tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão à correção. Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos. Nesse sentido, a pretensão à correção tem uma relevância classificadora. Do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão mas não a satisfazem são defeituosos. Nesse aspecto, a pretensão à correção tem uma relevância qualificadora. Cabe a ela uma relevância exclusivamente qualificadora quando se trata de normas jurídicas e de decisões jurídicas individuais. São juridicamente defeituosas quando não formulam ou não satisfazem a pretensão à correção.

Contra o argumento da correção pode-se objetar que não seria correto afirmar que uma pretensão à correção está necessariamente ligada ao direito. Para enfatizar essa objeção, consideremos dois exemplos. No