

# DA (IM)POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO MORAL DO DIREITO<sup>1</sup>

João Marcelo Brito da Silva<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente trabalho almeja uma investigação acerca dos termos e limites da tese da pretensão de correção moral do direito propugnada por Robert Alexy. Conclui-se pela invalidade de tal tese na medida em que o argumento de Alexy carece de fundamentação justa, eis que inválido devido à sua circularidade. Começa-se por expor o argumento em defesa de mencionada tese, assim como formulado por Alexy, e, num segundo e terceiro momento firma-se um contraponto à tese inicial; primeiro, com os pressupostos irrecusáveis ou pragmático-transcendentais da argumentação prática racional; e, em terceiro lugar, em concomitância com o quarto e último ponto, abre-se caminho para a divergência teórica, primeiro, em Bulygin, após, pelo próprio autor no sentido de apresentar incongruências estruturais que levam a invalidez do argumento de Alexy.

**Palavras-Chave:** Teoria do Direito. Correção Moral. Possibilidade. Robert Alexy. Teoria da Argumentação.

## ON THE (IM)POSSIBILITY OF MORAL RIGHTNESS OF LAW

**Abstract:** The present work aims at an investigation towards the

---

<sup>1</sup> Este artigo é fruto de trabalho realizado como requisito para a conclusão da disciplina de Filosofia do Direito sob a regência da Senhora Professora Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves junto ao programa de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica da Universidade de Lisboa referente ao ano curricular 2020/2021.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Farias Brito. Mestrando em Ciências Histórico-Jurídicas na especialidade de Teoria do Direito pela Universidade de Lisboa. Advogado.

matters and limits of the claim to correctness thesis defended by Robert Alexy. Concludes afterwards for the invalidity of such a thesis in what Alexy's argument lack of just justification, though it is invalid due to its circularity. The present analyses starts by exposing the argument of the mentioned thesis so defended by Alexy and, in a second and third moment it is stated a counter-argument to the initial thesis; first, arguing with the irrecusable presuppositions or transcendental-pragmatic of practical rational argumentation; and, thirdly, concomitantly with the fourth point, a divergence is open, first with Bulygin arguments, and subsequently, by the own author in the way in the sense that structural incongruencies are shown to invalidate Alexy's thesis.

Keywords: Law. Moral Correctness. Possibility. Robert Alexy. Legal Theory. Theory of Legal Reasoning.

## 1. INTRODUÇÃO



Objetivo deste trabalho é o de saber se o direito levanta uma pretensão de correção moral nos moldes da tese sustentada por Robert Alexy. Conclui-se pela invalidade de tal tese na medida em que o argumento de Alexy carece de fundamentação justa, eis que inválido devido à sua circularidade. Começa-se por expor o argumento em defesa de mencionada tese, assim como formulado por Alexy, e, num segundo e terceiro momento firma-se um contraponto à tese inicial; primeiro, com os pressupostos irrecusáveis ou pragmático-transcendentais da argumentação prática racional; e, em terceiro lugar, em concomitância com o quarto e último ponto, abre-se caminho para a divergência teórica, primeiro, em Bulygin, após, pelo próprio autor no sentido de apresentar incongruências estruturais que levam a invalidez do argumento de Alexy.

Mediante a presente investigação, pôde-se averiguar que

a tese da correção moral do modo como é propugnada por Alexy baseia-se na inválida inferência de circularidade em que se toma como premissa a própria conclusão que se deseja fundamentar. Isto fica evidente quando se tem por conta que Alexy pressupõe que o direito injusto é direito defeituoso. Para sustentar o defeito na argumentação jurídica, Alexy se vale da tese da dupla natureza do direito (*Doppel Natur des Rechts*) a qual de modo breve assevera que o direito possui dimensão ideal ou crítica que é precisamente à sua dimensão moral, e, outra, a dimensão factual. O trabalho conclui, portanto, pela invalidade da tese de Alexy e pela insustentabilidade da tese não positivista nos termos em que Alexy a defende. O seguinte é que se segue da presente investigação.

## 2. A TESE DA CORREÇÃO MORAL DO DIREITO

O positivismo jurídico é uma filosofia do direito que se põe a pensá-lo a partir da validade exclusiva do direito positivo face à qualquer outra forma de manifestação jurídica dita não oficial, v.g., direito natural, e, além disso, a pensá-lo a partir da separação conceitual entre direito e moral. Interessa neste trabalho a parte da separação conceitual entre direito e moral. Pois bem, o positivismo jurídico subscreve a estas duas teses, é dizer, a tese do direito positivo como único direito válido e a tese da separação conceitual. Contra a tese da separação conceitual se insurge uma forma de não positivismo, assim defendido por Robert Alexy, que apregoa a necessária conexão entre direito e moral. Opta-se por chamar o a primeira forma de positivismo como positivismo clássico para fins deste trabalho e de não positivismo aquele se será tratado a partir de agora como o contestador da tese da separação conceitual. Isso posto, o positivismo clássico argumenta a fim de defender sua posição originária que o direito apenas pode ser definido em termos de sua separação do domínio da moral, de outro modo não seria direito, pois faltaria-

lhe-ia seu elemento essencial, quer seja a separação do domínio moral.

A fim de sustentar tal tese, Alexy propõe seja feita uma distinção entre o que ele chama de *hard connection thesis* e *soft connection thesis*. Para fins deste trabalho, opta-se por chamar aquela de tese da conexão moral forte e esta de tese da conexão moral fraca. Dito isso, a tese forte da conexão moral caracteriza-se por se pautar em termos de justiça normativa, o que não será objeto de discussão deste trabalho, mas se opta por ao menos explicar do que se trata. Tal tese busca ligar o direito à moral por meio de um apelo à injustiça da própria norma que em casos tais chegue a ser intolerável que se considere como uma norma de não direito uma norma tal terrivelmente injusta à semelhança da fórmula de Radbruch. No entanto, o objeto de discussão deste trabalho é saber se o direito levanta uma pretensão de correção moral para si. Portanto, ocupar-se-á da tese da conexão moral fraca também chamada de tese da correção moral do direito.

Whoever wants to demonstrate a conceptually necessary connection between law and morality from the perspective, can try to show that in the process of enacting and applying law, a claim to correctness is necessarily made by the participants, a claim which embraces a claim to moral correctness. The reasons for this thesis will be summed up as the “argument of correctness.” Although in both cases a conceptually necessary connection is at issue, that of the argument of injustice can be labelled “hard” while that of the argument of correctness can be labelled “soft.” (ALEXY, 1989, p. 173).

Segundo a tese da correção moral do direito, o direito levanta uma pretensão de correção moral ao ser proposto. Neste sentido, o direito ao ser proposto reclama para si uma pretensão de ao menos de se assemelhar a padrões universais de moralidade. Por este motivo, entende-se que a teoria do discurso leva em consideração uma teoria objetiva da moral. A fim de sustentar sua tese da correção moral do direito, Alexy se vale do conceito da dupla natureza do direito a qual é expressa na afirmação de que o direito possui uma natureza factual e outra ideal ou

crítica. Nestes termos, a natureza factual é determinada pela sua autoridade da promulgação do direito e pela eficácia social. Do outro lado, a natureza ideal do direito reside no caráter de o direito ter um plano ideal de correção moral. Tal plano de correção moral significa uma instância em que o direito adquire caráter de comparação como o de um reflexo de um espelho da moral. Nesta metáfora, o direito deve refletir sua face resplandecida pelo espelho da moral.

Em síntese, a tese da correção moral do direito se sustenta por meio de duas teses, a saber, uma primeira de que o direito é capaz de levantar pretensões ainda que não literalmente, mas metaforicamente. Segundo Alexy (2010, p. 168) “Law can and does raise a claim to correctness, for the claim is made by representatives.” Estes representantes do direito podem ser as pessoas que agem em seu nome, bem como qualquer pessoa que chegue a argumentar em nome do direito levantando argumentos jurídicos. Um segundo argumento, o qual defende que o direito necessariamente levanta tais pretensões e a maneira para se asseverar isso é a utilização da técnica da contradição performativa como instrumento do discurso prático.

Concorda-se que o direito pode, metaforicamente, levantar pretensões de justiça e, conseqüentemente, de moralidade por meio de quem em seu nome age. No entanto, a tese da correção moral do direito não se sustenta apenas por este ponto, mas, de igual forma, baseia-se na teoria do discurso, a qual é uma procedimental da razão prática. Portanto, a teoria do discurso enquanto teoria procedimental afirma que a validade de uma norma, sua correção moral, ou a verdade de uma proposição deriva de um procedimento que se pretenda racional.

Discourse theory is a procedural theory of practical rationality. According to discourse theory, a practical or normative proposition is correct (or true) if and only if it can be the result of a rational practical discourse. The Conditions of discourse rationality can be made explicit by means of a system of principles, rules, and forms of general practical discourse. This system comprises rules that demand non-contradiction, clarity of

language, reliability of empirical premises, and sincerity, as well as rules and forms that speak to the consequences, and to balancing, universalizability, and the genesis of normative convictions. (ALEXY, 2010, p. 172).

Portanto, é possível afirmar a partir de Alexy (1988, p. 44) que a teoria do discurso é parte da teoria procedimental a qual afirma em última análise que o resultado, seja da verdade de uma proposição, validade de uma norma, ou, ainda, sua correção moral, depende de um procedimento o qual se dá por meio do discurso. Por conseguinte, a fim de sustentar isso, a tese da correção moral do direito necessita de se valer da técnica da contradição performativa e é aqui que ela entra em questão, é dizer, como um meio que serve para demonstrar a pretensão moral implícita levantada por qualquer um que argumente em nome do direito.

A tese da correção moral do direito se há de se concluir pelo seu validade, i.e., pela correção moral do direito por meio do discurso jurídico, precisa, em primeiro lugar, assumir como necessário a existência de um argumentação jurídica; em segundo lugar, precisa demonstrar que tal argumentação jurídica, a qual Alexy entende ser um caso especial de argumentação prática, tem como necessário certos pressupostos do discurso e que tais pressupostos do discurso, por fim, levantam uma pretensão de correção moral entre o plano factual e o plano ideal do direito. Portanto, não basta afirmar que o direito possui uma dupla natureza (*Doppel Natur*), é preciso sustentar que esta dupla natureza está necessariamente contida no discurso jurídico que, por sua vez, levanta tal pretensão de correção moral.

Por conseguinte, a fim de se perscrutar os liames da tese da necessária pretensão de correção moral do direito, faz-se necessário estruturar o presente trabalho em duas partes, quer seja uma primeira referente ao uso discursivo da pragmática transcendental e uma segunda referente ao papel desempenhado pela contradição performativa como meio apto a se evidenciar os pressupostos transcendentais do discurso jurídico. Por fim, a tese

da correção moral do direito se relaciona com o direito por meio do discurso jurídico, precisamente porque é por meio deste discurso que se pretende ser uma espécie do gênero discurso prático. Importa notar ainda que o discurso jurídico e sua correspondente teoria da argumentação fazem referência à teoria da racionalidade prática a qual será mais bem explicada no próximo capítulo. Por ora, basta frisar que essa racionalidade prática tem que ver com a discussão da justificação do direito e sua natureza ideal em contraposição com seu plano factual.

### 3. A ÉTICA DO DISCURSO E A PRAGMÁTICA TRANSCENDENTAL

Para sustentar a tese da correção moral do direito, Alexy se vale da ética do discurso como meio de justificar a pressuposição de normas implícitas na argumentação jurídica. Nesse sentido, a tese da correção moral do direito pressupõe o uso discursivo da pragmática transcendental como elemento que a possibilita operar no campo teórico-prático. A razão de ser disso é que tal tese faz uso dos argumentos transcendentais para seu correto funcionamento. A seguir escolhe explicar o funcionamento do artifício utilizado por Alexy na formulação de sua teoria de modo que a pragmática transcendental encontra especial relevo quando consubstanciada como uma teoria da razão prática.

Alexy (1992, p. 239), afirma que o caráter universal da teoria do discurso reside num argumento pragmático-transcendental. Nesse tocante, argumentos pragmático-transcendentais são uma espécie do gênero argumentos transcendentais que possuem como parte de sua estrutura argumentativa uma premissa transcendental e, nesse sentido, estrutura-se na forma de um juízo sintético a priori, ou seja, é validamente necessário. Por conseguinte, escolhe-se partir de uma primeira premissa a qual afirma a escolha de uma matéria a qual será a base da estrutura do argumento transcendental. A partir disso, uma segunda

premissa é levantada para afirmar que uma série de pressuposições devem ser levadas em consideração caso se pretenda escolher a matéria afirmada na primeira premissa.

Dito isso, explica-se como Alexy opera com os conceitos trazidos no parágrafo anterior. O ponto de partida de Alexy são os atos de fala. Esta é sua primeira premissa de seu argumento transcendental. Sua segunda premissa refere-se com as teses que devem ser necessariamente pressupostas pelos atos de fala se é que se lhos tenha como primeira premissa.

A pragmática-transcendental exerce o papel de teoria da razão prática humana de modo que o objetivo desta modalidade de razão é o correto agir humano ou a correta tomada de decisão do curso de ação humana. Vale observar que a questão que se põe logo adiante é que a razão prática corresponde ao modo de tomada de ação humana, a qual se entenda correta, embora se deva levar em consideração que a teoria do discurso adota um pressuposto kantiano de razão prática. Explica-se. A teoria do discurso se vale da pragmática-transcendental como forma de expressão de sua racionalidade prática.

A ética do discurso é uma teoria procedimental da razão prática e, precisamente por isso, faz jus a um procedimento que almeja chegar a um resultado, quer seja a decisão e sua consequente justificação da tomada de decisão prática humana por meio da racionalidade. Diferentemente de teorias contratualistas, as quais são igualmente procedimentais, a ética do discurso visa a chegar a um resultado prático por meio do discurso e argumentação racional. A diferença reside, então, na espécie de procedimento. Ao passo que as teorias do discurso se valem da argumentação e seus pressupostos racionais, as teorias contratualistas se valem da tomada de decisão racional por meio do contrato social.

Portanto, quando se fala em teoria do discurso, o que se quer dizer é sobre um procedimento racional de justificação de normas as quais devem poder ser discutidas por meio desse



procedimento caso se queira falar em justificação racional de normas por meio do discurso. Assim, os pressupostos racionais universais da argumentação mantêm íntima relação com a pragmática transcendental, pois é precisamente por meio dela que se estabelecerá os pressupostos racionais e, portanto, necessários e universais do discurso prático racional.

Discourse or argumentation is a more exacting type of communication, going beyond any particular form of life. Discourse generalizes, abstracts, and sketches the presuppositions of context bound communicative actions by extending their range to include competent subjects beyond the provincial limits of their own particular form of life. (HABERMAS, 1988, p. 43).

Partindo para a conclusão do presente capítulo, expõe-se o que se entende por pragmática transcendental. A pragmática transcendental compreende um meio de se buscar os pressupostos universais e necessários do discurso enquanto forma de se evitar o problema exposto pelo trilema de Münchhausen. Mencionado trilema aduz que caso se pretenda dar uma fundamentação última ao conhecimento humano, aquele que o pretenda fazê-lo estará face a face com três opções as quais em última análise resultam no problema de se fundamentar de modo último o conhecimento humano. Tal problema da fundamentação última é expressa pelas seguintes tentativas de fundamentação falaciosas como o i) o regresso ao infinito (*regressus ad infinitum*), ii) argumento circular e iii) interrupção abrupta ou parada dogmática.

Por meio da prova indireta dos pressupostos transcendentais da argumentação, Karl-Otto Apel formula a base da pragmática transcendental, mais especificamente com o uso da contradição performativa como meio de prova indireta. Assim como Aristóteles já admitia a prova indireta como meio apto a se provar filosoficamente a validade do princípio da não-contradição, de igual modo, Agostinho se vale da prova indireta para demonstrar a validade da contradição entre a certeza do eu que fala e a certeza do eu não existir expresso em seu “Si fallor,

sum”. Não de modo diferente, Descartes se vale da prova indireta para sustentar a incompatibilidade lógica entre a certeza do eu penso e a certeza do eu não existir em seu famoso “Cogito.”

Assim como no paradoxo de Epimênides em que afirma que todos os cretenses são mentirosos, o argumentador não pode renunciar aos pressupostos transcendentais de seu próprio conhecimento sob pena de colocar seu próprio conhecimento em ruína. Neste sentido, a pragmática transcendental formula os pressupostos necessários e universais da argumentação em seus atos de fala ao mesmo tempo em que serve como fundamento para a teoria ética do discurso na qual Alexy se baseia para sustentar que o direito faz parte da tese do caso especial da argumentação em geral. Por isso, duas questões são deixadas de lado ao se tomar em consideração a utilização da pragmática transcendental como meio apto a evidenciar os pressupostos irrecusáveis do discurso. A primeira questão é a de que o projeto filosófico que busca uma fundamentação última para a filosofia não está perdido e que uma *prima philosophia* é possível na medida em que se considere tais pressupostos inerentes do discurso. A segunda questão é que a *prima philosophia* é possível na medida em que seja regida por um novo paradigma não mais o paradigma ontológico da metafísica clássica e, igualmente, não mais o paradigma da consciência solipsista tendo como maior expoente Kant.

A superação dos paradigmas da metafísica ontológica e da consciência se justifica na medida em que a metafísica ontológica buscava a totalidade do ser enquanto ser ao mesmo tempo em que ignorava que o ser não se apresenta sozinho, mas antes se apresenta a uma consciência. Ainda, segundo Oliveira (2020) o paradigma ontológico da metafísica considera o ente enquanto ente e, além disso, que todo o conhecimento para além da intuição dos pressupostos intuídos pela razão humana são dedutivos. Precisamente por causa desta fundamentação dedutiva, a metafísica ontológica é presa dentro do trilema de *Münchhausen*.

Para superar tal problemática imposta ao paradigma metafísico ontológico, faz-se necessário teorizar acerca da pragmática transcendental como meio de superação do paradigma da metafísica da consciência e seu maior expoente, Immanuel Kant, que falha ao fundamentar o conhecimento transcendental por incorrer numa petição de princípio quando, para fundamentar a experiência, recorre ao próprio fato da experiência gerando, assim, uma fundamentação circular do juízos sintéticos *a priori*.

Precisamente por isso, a pragmática transcendental é o meio apto para se considerar os pressupostos irrecusáveis do discurso, o qual passa a intermediar as relações humanas, visto não haver conhecimento não mediado pela linguagem. Desta feita, resta por superado o primeiro paradigma da *prima philosophia*, pois que o objetivo da filosofia não é o de fazer uma dedução de algo a partir de outro algo, ou seja, o conhecimento do mundo. De igual forma, há de se considerar a necessidade de intermediação linguística da consciência humana.

#### 4. O CONTRAPONTO DE BULYGIN

A argumentação jurídica é a parcela da argumentação prática, i.e., voltada à solução de casos práticos, que se distingue da argumentação prática em geral, pois que está vinculada i) ao direito vigente, ii) a questões de tempo e espaço que acabam por limitar a esfera de discussão dos participantes do discurso. Por causa disso, no processo judicial ocorrem as mais diversas limitações ao uso discursivo da argumentação jurídica.

A amplitude e os tipos de limitações são muito diferentes nas diversas formas. A mais livre é a discussão da Ciência do Direito. No processo se dão as maiores limitações. Aqui os papéis estão desigualmente distribuídos: a participação, por exemplo, do acusado não é voluntária e o dever de veracidade é limitado. O processo de argumentação é limitado temporalmente, sendo regulamentado por regras processuais. As partes podem orientar-se segundo seus interesses. Com frequência, talvez como regra, as partes não buscam exatamente a sentença correta ou

justa, mas a que lhe é vantajosa. (ALEXY, 2017, p. 204).

Aqui interessa discutir tão somente a argumentação jurídica como caso especial da argumentação prática, mais especificamente a tese da correção moral do direito e sua relação com a argumentação jurídica. A razão desta discussão é premente tendo em vista que se entende que a argumentação jurídica é uma argumentação prática, embora haja questões jurídicas como a História do Direito, Sociologia Jurídica, além da Teoria do Direito, que não necessariamente tratam da discussão de justificacão de proposições normativas que tenham como objetivo convencer alguém a agir de determinada forma, mas que o direito em si engloba questões práticas donde de intenta justificar racionalmente o curso da açãõ humana. O que acaba de ser dito é digno de um esclarecimento. A tese de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática encontra respaldo no que toca ao fato de que é justamente o direito uma forma de resoluçãõ de conflitos e que sua específica argumentação intenta justificar este meio de curso de açãõ humana de modo racional.

Entretanto, Bulygin lança um ataca à tese de Alexy de que o direito levanta uma pretensãõ de correçãõ moral no curso da argumentação jurídica discursiva, eis que Bulygin entende que a tese de correçãõ moral do direito pressupõe um elo conceitual entre qualquer sistema jurídico e a moral universalista pressuposta pela ética do discurso. Daí concluir que todo ato de elaboraçãõ normativa performativamente levantar tal pretensãõ de correçãõ moral do direito.

Now, the thesis of the necessary connection between law and morality implies that there is a conceptual link between any legal system, on the one hand, and one and the same morality, not just any moral system, on the other. In the case of Alexy it is the universalistic morality, based on a procedural discourse ethics. The alleged fact that all norm-issuing acts performatively imply a claim to justice does not prove that there is a necessary connection between all legal system and this specific morality. (BULYGIN, 2000, p. 134).

A respeito disso, a tese da correção moral falha ao considerar uma dimensão ideal, de um lado, e, factual, do outro lado, porque a dimensão dita ideal ou crítica do direito parece ser apenas uma idealização de uma ética universalista a qual o argumentador jurídico tem de seguir caso queira performar corretamente sua proposição jurídica. No entanto, Alexy considera como necessária, e não contingente, a relação entre o direito e a moral, o que leva a entender que entre o direito e a moral há uma relação conceitual e, portanto, necessária que se realiza no plano ideal, mas que no plano factual apenas se pode afirmar que é tida como uma direção ao plano ideal por meio da técnica discursiva da contradição performativa.

A crítica de Bulygin reflete certa espécie de rejeição à tese da correção moral por Alexy. A fim de que tal crítica possa ser corretamente entendida e mais bem compreendida, importa expandi-la para uma outra dimensão, quer seja a dimensão do cognitivismo ético e de seu correspondente realismo. Explique-se. O exercício da ética do discurso pressupõe não somente a validade da pragmática transcendental e seus correlatos pressupostos irrecusáveis do discurso, conforme já se verificou anteriormente, mas pressupõe de igual modo a validade de uma moral universal, especificamente expressa na crença de um realismo ético e sua necessária concepção cognitivista dessa mesma moralidade. Isso porque somente ao pressupor a validade de uma moral universal é que se faz possível fazer referência a uma pretensão de correção moral universal e que, portanto, é passível de cognição objetiva.

A defesa de uma moral universal deve se fundamentar numa moral objetiva e, além disso, passível de cognição universal, o que implica defender a tese do cognitivismo ético. É preciso saber, no entanto, e em que medida o cognitivismo ético se relaciona com a ética do discurso e em última instância com a pretensão de correção moral do direito. Por isso, passa-se a tratar desta, i.e., da relação entre o cognitivismo ético e a pretensão de

correção moral do direito.

É sabido que a tese da pretensão de correção moral do direito afirma que para toda forma discursiva de argumentação jurídica há uma pretensão sendo levantada quando se trata de aspecto moral. Alexy exemplifica dizendo que a afirmação de que “X é uma república soberana, federal e injusta” comete uma contradição performativa. Ora, é sabido, conforme afirmado anteriormente que o recurso à contradição performativa serve para evidenciar uma contradição entre o que é semanticamente expresso e o que é intencionalmente performado, e.g., executado pelo ato de fala, enquanto pressuposto do ato de fala levantado.

Não de outro modo, a utilização da contradição performativa por parte de Alexy juntamente com sua tese da dupla natureza do direito (*Doppel Natur des Rechts*) realiza papel fundamental no que toca a uma pressuposição de uma moral natural, por assim dizer, visto que a pretensão de correção moral do direito se relaciona com sua dupla natureza que, por sua vez, é revelada mediante prova indireta quando por ocasião da contradição performativa. Portanto, o objetivo do próximo capítulo será o de investigar esta relação e entender como ela se dá.

## 5. O PROBLEMA DA CORREÇÃO MORAL DO DIREITO

É sabido que para Alexy o direito possui uma dupla natureza representada, por um lado, pela sua dimensão ideal ou crítica e, do outro lado, pela sua dimensão factual ou real. Embora a dimensão factual seja o direito positivado pela ordem jurídica estatal, ele possui a dimensão ideal que é acessada ou revelada pelo uso da contradição performativa, recurso discursivo em que o argumentador ao performar um ato de fala este entra em cotradução com seus pressupostos. Portanto, a contradição performativa exerce um papel essencial na tese de Alexy de que o direito, mais especificamente a argumentação jurídica, levanta uma pretensão de correção moral. Um exemplo de cotradução

performativa é a afirmação “eu não existo”, pois que para que alguém sequer possa afirmar que não existe, faz-se necessário antes de tudo que tal pessoa exista.

Todavia, é possível afirmar que a contradição performativa por si só não autoriza a sustentação da tese de Alexy, porque ela apenas evidencia os pressupostos inerentes da prática discursiva enquanto tal em nada contribuindo para uma material justificação, sendo apenas um recurso formal do discurso jurídico. Desta feita, é necessário que haja outros elementos aptos a justificar tal tese. Em caso de não haver tais elementos, a tese de Alexy se mostra, então, não justificada.

Por meio da necessária relação entre direito e moral expressa na relação conceitual entre ambos percebe-se que ao menos para Alexy a pretensão de correção moral do direito possui natureza necessária, não contingente, o que leva ao entendimento de que a existência de um leva a conclusão da outra. Surge, então, um problema. Como justificar a pretensão de correção moral do direito sem incorrer em uma conclusão inferencialmente inválida? Dito de outro modo, entende-se que a defesa de Alexy em favor de sua tese incorre em circularidade, o que acaba por invalidar seu argumento em favor da correção

Qual é o argumento demonstrativo da presença inevitável, no âmbito jurídico, dessa pretensão de correção? É que incorre em contradição performativa quem diz que produz deliberadamente um direito, uma norma ou uma decisão judicial injusta. Com isso o próprio conceito de direito ou de jurídico que se utiliza seria contraditório, caso se usasse uma expressão do tipo “isto é direito, mas é injusto”, já que a conexão entre direito e pretensão de correção como justiça é conceitual e, como tal, inevitável. Assim, permanece definitivamente válida também, para Alexy, a ligação inevitável entre direito e moral, e teríamos aí o argumento determinante para a crítica dirigida ao positivismo jurídico e à sua tese da separação conceitual entre direito e moral. (AMADO, 2012, p. 56).

Decerto que um juiz de direito ao julgar uma causa em que ponham diante dele questões jurídicas deve argumentar a fim de que possa motivar sua decisão judicial e evitar a

arbitrariedade. Outrossim, a argumentação é o meio pelo qual se expressam as razões pelas quais o julgador imparcial apresenta suas razões convincentes para determinar o conteúdo e efeito prático de sua decisão.

Tome-se como exemplo, mais uma vez, o suposto artigo da Constituição fictícia do Estado X em que se observa que “X é uma república soberana, federal, e injusta.” Alexy leva em consideração uma relação conceitual entre direito e justiça ao defender a posição de que ou a norma jurídica N é moralmente justa, ou a norma jurídica N é injusta moralmente e juridicamente defeituosa ou simplesmente não é direito. Isso fica claro quando da afirmação por parte de Alexy de que é absurdo considerar como que sem contradição o direito injusto. Em outras palavras. O direito injusto é direito defeituoso, visto que falha com sua pretensão de correção moral.

This article is somehow absurd. Its absurdity results, as often in the case of the absurd, from a contradiction. The explicit content of the resolution, the Injustice clause (X is [...] unjust state”), contradicts the claim to correctness which is necessarily raised with the act of laying down a constitution. The claim to correctness in a resolution that is passed as a constitutional provision is essentially a claim to justice. Contradictions between the content of an act and the necessary presuppositions of its performance can be designated “performative contradictions.” (ALEXY, 2000, p. 139).

Ainda, Alexy reluta em aceitar a tese da separação conceitual entre direito e moral de modo que sua tese a favor da necessária relação entre direito e moral apenas pode ser afirmada em termos em que se admita a fuga por via da contradição performativa como via eleita para sustentar a incompatibilidade de tal separação conceitual. De igual modo, O argumento de Alexy em defesa da correção moral do direito carece de fundamentação válida, visto ser a validade a qualidade do argumento referente à capacidade de transmitir até sua conclusão a verdade de suas premissas, pois, em última instância, Alexy toma por premissa sua própria conclusão de que o direito levanta uma pretensão de



correção moral.

## 6. CONCLUSÃO

Mediante a presente investigação, pôde-se averiguar a tese da correção moral propugnada por Robert Alexy. O não positivismo jurídico defendido nos termos de Alexy não se sustenta devido à forma inválida como se busca fundamentar a tese da pretensão de correção moral do direito ao se tomar como premissa a conclusão que se pretende justificar. Alexy é persistente em seus escritos ao tentar se desvencilhar da tese positivista da separação conceitual entre o moral e apela para a defesa de sua tese oposta, quer seja a tese da necessária relação conceitual entre direito e moral. Neste sentido, a contradição performativa envolve importante instrumental teórico a fim de apontar para a dimensão crítica, ideal, e, portanto, moral do direito.

No entanto, ainda que seja lançado mão do recurso da contradição performativa, ela por si só é insuficiente para a fundamentação da tese da correção moral do direito. Isso porque a contradição performativa exerce função estruturante na evidência dos pressupostos irrecusáveis do discurso, mas que, ao final, se limita a isso, não levantando Alexy outros argumentos em favor de sua tese a não ser a afirmação de que um direito injusto é um direito defeituoso na medida em que se toma como necessária a relação conceitual entre direito e moral.

Precisamente falando, é justamente esta pressuposição de que o direito possui uma dimensão crítica e outra factual combinado com o fato de que um direito injusto como no exemplo da cláusula de injustiça constitucional performam uma contradição performativa que justifica afirmar a circularidade argumentativa por parte de Alexy e, por consequência, a invalidade de seu argumento em defesa da correção moral do direito. Ainda, tal circularidade se evidencia quando a conclusão “o direito performa uma pretensão de correção moral” é tomada como

premissa inicial por Alexy quando se pressupõe que o fato de o direito ser injusto implica a contradição performativa, visto que de outra forma não haveria condição de se concluir diferente de que o direito performa uma pretensão de correção moral. Devido a isso, a defesa de tal pretensão cai por terra devido à sua incoerência lógica.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason. *Ratio Juris*, v. 5, n. 3, p. 231-251, 1992.
- ALEXY, Robert. On necessary relations between law and morality. *Ratio Juris*, v. 2, n. 2, p. 167-183, 1989.
- ALEXY, Robert. On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, p. 138-147, 2000.
- ALEXY, Robert. On the Concept and the Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 21, n. 3, p. 281-299, 2008.
- ALEXY, Robert. Problems of discourse theory. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofia*, p. 43-65, 1988.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALEXY, Robert. The special case thesis. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, p. 374-384, 1999.
- ALEXY, Robert. The Special Case Thesis and the Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, v. 31, n. 3, p. 254-259, 2018.
- AMADO, Juan Antonio García. Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 104, p. 53-128, 2012.

- BULYGIN, Eugenio. Alexy's thesis of the necessary connection between law and morality. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, p. 133-137, 2000.
- GONZAGA, Drauzio Rodrigo Macedo. Pragmática Transcendental e Ética do Discurso:: Tópicos sobre a comunidade de comunicação em Karl-Otto Apel. *ALCEU*, v. 19, n. 38, p. 198-218, 2019.
- GÜNTHER, Klaus. Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis". *Ratio Juris*, v. 6, n. 2, p. 143-156, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. Morality and ethical life: Does Hegel's critique of Kant apply to discourse ethics. *Nw. UL Rev.*, v. 83, p. 38, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. Once again: On the relationship between morality and ethical life. *European Journal of Philosophy*, v. 29, n. 3, p. 543-551, 2021.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Karl-Otto Apel: A pragmática transcendental enquanto proposta de uma nova configuração da filosofia. *ethic@-An international Journal for Moral Philosophy*, v. 19, n. 3, p. 592-615, 2020.
- PAVLAKOS, George. Correctness and Cognitivism. Remarks on Robert Alexy's Argument from the Claim to Correctness. *Ratio Juris*, v. 25, n. 1, p. 15-30, 2012.
- ROTOLO, Antonino; ROVERSI, Corrado. Norm enactment and performative contradictions. *Ratio Juris*, v. 22, n. 4, p. 455-482, 2009.