

O PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY NAS DECISÕES CONTRA LEGEM

ROBERT ALEXY'S THOUGHTS ON DECISIONS AGAINST LEGEM

REFLEXIONES DE ROBERT ALEXY SOBRE LAS DECISIONES DE CONTRA LEGEM

 <https://doi.org/10.56238/arev7n11-329>

Data de submissão: 26/10/2025

Data de publicação: 26/11/2025

Aldy Hélia de Andrade Silva
Mestranda do Mestrado “Ciências Jurídicas-T9”
Instituição: Veni Creator Christian University
E-mail: aldyheliasilva@gmail.com

RESUMO

O presente artigo tem como objeto o estudo do pensamento de Robert Alexy nas decisões contra legam, sendo o pensamento do filósofo o marco teórico da pesquisa. Toda discussão, volta-se para estas decisões fundamentadas em extrema injustiça e fundadas em injustiça. O estudo dessas decisões nos leva a conclusão que elas fazem parte do conceito de direito defendido por Alexy. A metodologia utilizada foi a de análise, tendo como fontes de pesquisa livros. A análise nos leva a um resultado que é necessário conhecer que é possível aferir decisões judiciais que fujam do rito utilizado da aplicação da norma, ou seja, contrariam o texto da lei, para que se alcance a justiça e seja aplicado o direito dentro do direito, fundamentada na ideia do referido filósofo.

Palavras-chave: Alexy. Direito. Decisões. Extrema Injustiça. Injustiça.

ABSTRACT

The purpose of this article is to study Robert Alexy's thinking in contra legam decisions, with philosophical thinking being the theoretical framework of the research. Every discussion turns to these decisions based on extreme injustice and injustice. The study of these decisions leads us to the conclusion that they are part of the concept of law defended by Alexy. The methodology used was analysis, using books as research sources. The analysis leads us to a result that is necessary to know: it is possible to assess judicial decisions that deviate from the rite used to apply the norm, that is, they contradict the text of the law, so that justice is achieved and the law is applied within the law based on the idea of the aforementioned philosopher.

Keywords: Alexy. Right. Decisions. Extreme Injustice. Injustice.

RESUMEN

Este artículo se propone estudiar el pensamiento de Robert Alexy sobre las decisiones contrarias a la ley, utilizando el pensamiento del filósofo como marco teórico para la investigación. Toda la discusión gira en torno a estas decisiones basadas en la injusticia extrema y fundadas en ella. El estudio de estas decisiones nos lleva a la conclusión de que forman parte del concepto de derecho defendido por Alexy. La metodología empleada fue el análisis, utilizando libros como fuentes de investigación. El análisis nos lleva a un resultado que es necesario comprender que es posible evaluar las decisiones judiciales que se desvían del procedimiento establecido para la aplicación de la norma, es decir, que contradicen el texto de la ley, para lograr la justicia y aplicar la ley dentro de la ley, con base en las ideas del filósofo mencionado.

Palabras clave: Alexy. Derecho. Decisiones. Injusticia Extrema. Injusticia.

1 INTRODUÇÃO

Robert Alexy, nos trouxe dentro da filosofia todo o conhecimento a respeito da visão do direito. Sua linha de pensamento, foi estudada e discutida por muitos estudiosos e seus resultados encontram-se em um leque de importantes obras defendendo ou criticando o célebre filósofo.

De uma forma simples, trazemos neste artigo, o pensamento alexiano e as decisões contra legem. Seu pensamento representa momentos decisivos na história da justiça, independente de suas origens culturais ou orientação ideológica.

Configura-se, assim, um campo fértil para o debate a respeito da conduta, qual deve ser proibida ou permitida; qual o limite do legislador quando perguntamos diante da lei positivada: ainda que a lei seja aquilo que o legislador ou que a pessoa que está no poder diz que é, existe o limite para essa vontade? Qualquer coisa pode ser legislada pelo Estado?

A resposta para esses questionamentos, encontram-se em suas obras desde aquela que apresenta o conceito de direito, aquela que apresenta a teoria da argumentação jurídica. A sua tese defende que o direito deve ser observado dentro do conceito de direito, mesmo que a decisão venha ser deferida sem argumentos de uma lei positivada, na perspectiva do participante, o juiz, como centro dessa perspectiva, defendendo um direito não positivado.

O direito deve ser aplicado dentro do conceito de direito, nas decisões contra as normas que violão os direitos humanos, que se aplicadas a favor dessa violação, causam uma extrema injustiça.

A análise termina com o propósito de levar ao conhecimento o que o célebre Alexy nos trouxe a respeito das decisões contra legem, as principais diretivas para a justificação que foram utilizadas como ponto de partida para o estabelecimento dessas decisões.

2 O CONCEITO DE DIREITO

Um dos maiores problemas existentes em conceituar o direito encontra-se em mostrar que os elementos morais fazem parte desse conceito. França (2020) destaca que quando há uma investigação numa ordem normativa específica, pergunta-se qual o direito a seguir e quais as condutas humanas que devem ser ou não praticadas.

As condutas humanas sempre foram questionadas no decorrer dos séculos. Busca-se respostas para os critérios que irão definir como permitidas ou proibidas. O importante é que estas condutas permitidas ou proibidas irão fazer parte do conceito de direito, havendo ou não elementos morais:

“O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos¹, duas posições fundamentais continuam se contraponto: a positivista e não positivista” (Alexy, 2009, pag.03).

O filósofo alemão Alexy em seus questionamentos a respeito do que é o direito, afirma que o direito em seu conceito é formado pelos principais elementos: legalidade autoritativa, eficácia social e correição material. Para o renomado filósofo os elementos legalidade autoritativa e eficácia social fazem parte da linha positivista, enquanto que o elemento correição material diz respeito a linha não positivista do direito. Esses elementos e as duas linhas positivistas e não positivistas foram mostrados por França (2020) no seu livro “As decisões contrárias às leis na teoria de Robert Alexy”.

Como um dos problemas que se encontra ao conceituar o direito é a conexão ou não entre direito e moral, as duas linhas de pensamento com seus elementos irão mostrar a existência ou não dessa conexão no direito.

A primeira linha de pensamento diz respeito a linha positivista do direito formado pelos elementos legalidade autoritativa e eficácia social, excluindo o elemento correição material. Esses elementos fazem com que o conceito do direito se modifique de acordo com sua aplicação, criando, assim, uma pluralidade de conceitos.

França em seu livro defende que:

“Considerando esta dificuldade e objetivando demonstrar a insuficiência dos conceitos positivistas de direito, Alexy divide os conceitos positivista em dois grupos: conceitos de direito primariamente orientados para a eficácia e conceitos de direito primariamente orientados para a normatização. (França, 2020, p.32).

Os conceitos de direito primariamente orientados para a eficácia são conceitos que fazem parte das teorias sociológicas e realistas do direito, de acordo com Alexy (2009) essas teorias se distinguem conforme o aspecto externo ou interno de uma norma ou de um sistema normativo. O primeiro aspecto refere-se na regularidade da observância ou na sanção de sua não observância dentro numa norma. Objetivo desse aspecto é desenvolver um comportamento observável. São encontrados no âmbito da jurisprudência e no instrumentalismo pragmático. O segundo aspecto de uma norma encontramos na motivação de sua observância e aplicação do direito.

Nos conceitos de direito primariamente orientados para a normatização França, no seu livro, afirma que:

“Os conceitos de direito orientados para a normatização são encontrados no âmbito da teoria analítica do direito, nas correntes que se dedicam à análise lógica ou conceitual da prática jurídica. Um exemplo clássico deste conceito de direito orientado para a normatização é John Austin, que define o direito como a totalidade dos comandos de um soberano, que são reforçados pelas sanções (ALEXY,2011, p.20)”, (França, 2020, P.33).

Tanto Alexy (2009) como França (2020) não deixam de trazer a frente, em seus livros, o conceito de Hart e Kelson sobre o que é o direito, mostrando quem são os principais positivistas jurídicos orientados para a normatização no século XX.

A segunda linha do pensamento é a linha não positivista que defende a conexão existente entre a moral e o direito. Formada pelo elemento correição material, que não exclui os elementos legalidade autoritativa e eficácia social.

Dentro desse contexto, formam-se dois grupos em defesa da relação entre direito e moral: os positivistas e os não positivistas.

Os positivistas defendem a ausência de conexão entre direito e moral, por meio da tese de separalidade e da tese de separação.

A tese de separalidade é a versão fraca do positivismo, sendo possível atribuir qualquer conteúdo ao direito, sem qualquer exigência de justiça. Não admite conexão conceitual entre moral e direito. Como enxerga apenas como caráter aleatório, nega a existência de uma conexão necessária entre o que o direito ordena e o que o direito deve ser (França, 2020).

A tese da separação é a versão forte que defende que o conceito de direito deve abranger elementos morais, ou seja, a correição material. França ao trazer a tese da separação baseada no filósofo alemão diz:

“Na perspectiva de Alexy (2010b, p.16), a tese da separação compreende somente dois elementos tradicionalmente definitórios do conceito de direito: a legalidade autoritativa e a eficácia social. O primeiro elemento, basicamente, refere-se às normas que fundamentam e definem a competência para o estabelecimento do direito. O segundo elemento refere-se às questões como costumes, ordens respaldadas pela sanção, convicções, sentimentos e opiniões. A eficácia social e a legalidade autoritativa, a depender das diferentes interpretações e atribuições de peso que se concede a cada um desses elementos definitórios, apresentam múltiplas variantes do positivismo jurídico.” (França, 2020, p.35-36).

Os não positivistas se contrapõem a estas teses e defendem a conexão entre direito e moral.

Explicar o que é direito, faz com tudo o que foi falado acima, de forma resumida, nos leva a trazer ao conhecimento de todos, que o filósofo alemão Alexy (2009) afirmava que a polêmica acerca do conceito de direito é uma polêmica sobre o que é o direito. Ele defende que nos casos comuns, não se discute o que é o direito; nos casos incomuns ou chamados “casos difíceis”, discute-se o conceito de direito.

Alexy (2009) traz a frente em um dos seus livros dois dos casos do Tribunal Constituinte Alemão, citados por França (2020). No primeiro caso, a decisão diz respeito a cidadania, que no §2 do 11º Decreto da Lei da Cidadania do Reich de 25 de novembro de 1941, determina a privação da cidadania alemã aos judeus emigrados. O referido Tribunal tinha o caso do advogado judeu que tinha

emigrado para Amsterdã, antes da Segunda Guerra Mundial deveria perder a cidadania alemão nos termos do Decreto a acima citado:

“O Tribunal Constituinte Federal alemão, ao analisar o caso, chegou à conclusão de que o advogado nunca havia perdido a nacionalidade alemã, por considerar que o 11º Decreto, que dispõe sobre a Lei da Cidadania do Reich, era nulo desde a sua origem. E o núcleo central da fundamentação é o argumento de que as disposições contidas naquela legislação, por violarem de modo veemente os princípios da justiça, não devem ser consideradas direito”. (França, 2020, p.3).

Alexy (2009) e França (2020) mostram o não positivismo na decisão do referido Tribunal que no final argumenta que uma vez estabelecida uma injustiça, a determinada norma que foi observada e aplicada não se torna direito:

“Esse é um argumento clássico do não positivismo. Uma norma estabelecida conforme o ordenamento e socialmente eficaz durante sua vigência tem sua validade ou – nesse ponto, a decisão não é unívoca – seu caráter jurídico negados porque infringe o direito suprapositivo.” (Alexy, 2009, p.8).

A outra decisão, diz respeito ao caso da Princesa Soraya onde o Supremo Tribunal de Justiça alemão concedeu uma indenização em dinheiro no valor de 15.000,00 marcos alemão, por lesões graves ao direito da personalidade, não acobertada pela legislação alemã, uma decisão contrária ao Direito Civil Alemão.

Tantas as decisões dentro de uma norma, como, as decisões contra uma norma existente fazem parte do conceito de direito. Uma pode constar uma violação aos direitos humanos causando uma extrema injustiça, a outra, na perspectiva do participante da formação do direito, o juiz, como centro dessa perspectiva, decidir contrária a norma existente e aplicar o direito que está acima das leis positivadas. Para Alexy, existem leis e leis, existem os direitos, como também, existem as argumentações judiciais nas decisões judiciais.

3 A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL NAS DECISÕES JUDICIAIS

Segundo Alexy (2023, p.188), no seu livro Teoria da Argumentação Jurídica, “(...) a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente.” Existe uma oposição entre o direito ideal e o direito vigente. O direito real é aquele que idealizamos, ligado aos elementos morais, enquanto que o direito vigente está ligado ao direito positivado. O direito positivado é aquele que o Estado tem seu monopólio é responsável pela sua produção através do legislador.

Quando é utilizada a palavra argumentar dentro do direito, esta palavra é utilizada no sentido que existe uma ação verbal e que essa palavra pode ser usada de forma oral ou escrita para defender

uma tese, ou seja, uma opinião, uma posição, um ponto de vista particular a respeito de determinado fato. Para Shecaira e Struchiner:

“Argumentar não é exatamente um ato privado ou monólogo (afinal, argumentos jurídicos são produzidos characteristicamente no contexto de debates públicos), mas cada argumentador (por assim dizer) é responsável por seus próprios argumentos (Shecaira e Struchiner, 2016, p.12).

Não se pode falar em argumentação jurídica sem que esteja presente uma norma do sistema jurídico e um caso comum para ser aplicada a lei: na visão positivista, os elementos legalidade autoritativa (que são as normas) e eficácia social (que os costumes e outros), separam o direito da moral e não fazem parte da decisão; na visão não positivista existe uma conexão entre o direito e a moral e as decisões que podem ser contrárias a norma vigente.

As decisões judiciais são consideradas discursos jurídicos com proposições normativas, trazem traços fundamentais com dois aspectos de justificação: a justificação interna e a justificação externa. Na justificação interna observa-se se a decisão que se segue das premissas se expõe como fundamentação, já na justificação externa seu objeto é a correção dessas premissas (Alexy, 2023, p.195).

As premissas formuladas na justificação interna precisam de deduções indutivas dentro do argumento. Isso é o silogismo jurídico formado por estes tipos de premissas.

A justificação externa é composta por regras e formas de argumento classificadas em seis grupos por Alexy: (1) interpretação; (2) argumentação dogmática; (3) uso de precedentes; (4) argumentação geral prática; (5) argumentação empírica; (6) e formas especiais de argumentos jurídicos.

Além dessas justificações, o filósofo Alexy não esqueceu de falar sobre os precedentes em seus livros. Os precedentes são decisões que são utilizadas em julgamentos de casos parecidos. “Uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essências” (Alexy, 2023, p.237).

As decisões formadas por precedentes têm como fundamentação o princípio da universalidade, que dentro do direito, na concepção formal, trata de igual maneira ao igual. Alexy afirma:

“O que caracteriza as decisões judiciais que criam precedentes, ao contrário, é não serem os enunciados das decisões judiciais usadas apenas para a comunicação de propostas, mas também para execução de atos.” Alexy (2023, p.239).

Diante disto, o direito tem, hoje, a preocupação de construir métodos para avaliação das decisões judiciais, criando um direito quem transcenda a norma positivada, o conceito da razão prática está ocupando um lugar de destaque dentro da filosofia do direito contemporâneo.

Já existem estudiosos que defendem que o direito é em grande parte filosofia, havendo o rompimento da tese da autonomia da ciência do direito (Bustamante, 2005).

A razão prática dentro do pensamento positivista faz com que os casos difíceis para o direito, tenham um tratamento adequado, em razão de não serem explorados antes e vistos como casos excepcionais. Esses casos difíceis não tinham respostas à luz do direito positivo. O que diziam? O juiz, responsável pelas decisões, diante de um caso deste, não estava decidindo, mas, criando novas regras jurídicas.

As críticas do conceito positivista de direito feita por Alexy, leva-nos a um quadro conceitual onde a fundamentação da tese que existem conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativamente necessárias entre o direito e moral, foi apresentado pelo mesmo num quadro conceitual composto de cinco distinções. Onde, entre as cinco, apresentarei uma distinção, trazidas nas decisões contra legem: a perspectiva do participante.

A perspectiva do participante diz respeito ao juiz, como centro dessa perspectiva, que num sistema jurídico participa do que nele é ordenado, proibido, permitido e autorizado; e os demais: o jurista, o advogado ou cidadãos interessados no sistema normativo existentes apresentam argumentos contra ou a favor, aguardando em última instância a decisão como o juiz deveria decidir, se pretendesse decidir de uma forma correta ou não.

Um quadro bastante discutido é aquele em que as decisões são vistas através do centro da perspectiva do participante: o juiz. Nesta visão, a tese da separação, que separa o elementos morais do direito, não é adequada, mas a tese da conexão, ou seja, da vinculação, onde a decisão está com elementos morais, é a adequada para ser utilizada (Alexy, 2009,p.43).

A fundamentação da afirmação acima, Alexy(2009,p.43) afirma: “Para fundamentar essa afirmação, devem ser consideradas três argumentos: o da correção, o da injustiça e o dos princípios.”

3.1 ARGUMENTO DA CORREÇÃO

O argumento da correção, em si, já nos leva a uma visão que algo vai ser corrigido. Dentro desse argumento, encontra-se a base do argumento da injustiça e do argumento dos princípios. Pergunta-se o que pode ser corrigido? Para Alexy (2009,p.43), “(...) tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão à correção.”

Dentro dos sistemas jurídicos, Alexy nos mostra que: se eles não formulam explicitamente ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos (relevância classificatória) ou sistema que formulam essa pretensão mas não satisfazem, são defeituosos (relevância qualificadora). As normas jurídicas e as decisões jurídicas individuais são classificadas como relevâncias qualificadoras.

3.2 ARGUMENTO DA INJUSTIÇA

O argumento da injustiça, Alexy volta-se as normas individuais ou ao sistema jurídico como um todo. França (2020) apresenta tópicos baseadas na teoria do filósofo referente ao argumento da injustiça, que são: aplicação do argumento da injustiça às normas individuais, a aplicação do argumento da injustiça nos sistemas jurídicos e os princípios.

3.2.1 A aplicação do argumento da injustiça às normas individuais

O argumento da injustiça nas normas individuais está ligado ao conceito de direito não positivista, França afirma:

“No propósito de defender o conceito de direito não positivista e considerando as múltiplas posições defendidas na polêmica acerca da Fórmula de Radbruch, Alexy resume os argumentos contrários ao argumento da injustiça e busca refutá-los, quais sejam: o argumento linguístico; o clareza; o da efetividade; o da segurança jurídica; o do relativismo; o da democracia; o da inutilidade e o da honestidade.” França(2009, p.51).

O argumento da linguística tem sua base nos elementos morais, como exigida na extrema injustiça, como no caso do judeu alemão citado por Alexy (2009) que por ter emigrado para Amesterdã, após o início da Segunda Guerra mundial, devia perder a cidadania alemã de acordo com o §2 do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941. O Tribunal Constituinte Federal decidiu que o judeu alemão não perdeu sua cidadania alemã. A argumentação linguística é utilizada na visão da perspectiva do juiz adaptando a realidade apresentada, que pode decidir em aplicar o decreto acima ou razões suficientes para não aplicá-lo. No caso de aplicá-lo haverá razões jurídicas suficientes, que ocorrerá na violação dos direitos humanos, negando-lhe o caráter de jurídico, argumentando que a norma não é direito, de uma forma que não deixe dúvidas em razão da sua decisão, sendo sua sentença direito; no caso de não aplicar, pronuncia uma sentença que contradiga contra a norma. O juiz jamais dirá que o Decreto é direito na sentença proferida.

O argumento da clareza é um argumento que conforme Alexy (2009) é o segundo na polêmica acerca da fórmula de Radbruch, que encontrou uma formulação clássica em Hart.

A falta de clareza faz com o cidadão comum numa decisão de extrema injustiça, ache que aquela decisão é direito. O que falta nesse cidadão? Que ele saiba colocar uma linha divisória entre normas que são extremamente injustas e normas que não o são.

O argumento da efetividade apresentado por Alexy é formado por duas teses:

“(...) A primeira afirma que um conceito não positivista de direito não pode desenvolver efeito algum contra a injustiça legal. A segunda diz que um conceito não positivista de direito comporta o risco de legitimar a injustiça legal de forma acrítica. (...)” Alexy (2009, p.56-57).

O argumento da segurança jurídica é um argumento contra o conceito não positivista. As variantes existentes no conceito não positivista que têm como base a tese da vinculação, mostra que toda injustiça leva uma perda da qualidade jurídica. A avaliando a questão, Alexy defende:

“(...) A fórmula de Radbruch diz respeito a uma ponderação que, em princípio, dá prevalência à segurança jurídica, invertendo a hierarquia somente em casos extremos. Contra isso só pode objetar aquele que considera a segurança jurídica um princípio absoluto⁷³, o que, como qualquer perseguição de um princípio absoluto, contém certa dose de fanatismo.” (Alexy, 2009, p.64).

O argumento do relativismo traz os argumentos da segurança jurídica e da efetividade:

“o não positivismo pressupõe uma ética não relativista minimamente rudimentar” e rebate à preocupação de Hoerster, que afirma que o juiz pode recorrer a uma “moral nazista” diante de leis justas e democraticamente bem-sucedida. Se o juiz aplica dentro de um Estado com tradição de direitos humanos ou que para ele se tenha aberto, a decisão cairia por terra perante a realidade de um amplo consenso sobre os direitos fundamentais. Fazer mau uso do conceito de direito aplicando a “moral nazista”, mostra que o Estado tornou majoritariamente adepto da “moral nazista”. Se no Estado toda “moral nazista” predomina, todas as leis contrárias em extremo a esta moral, não se sustentem por muito tempo.” (Alexy, 2009, p.65).

O argumento da democracia é contra o conceito não positivista de direito, em razão de que as decisões contra legem contrapõem o direito positivado pelo legislador democraticamente constituído, havendo uma intervenção do judiciário no legislativo: “Tal objeção perde sua força quando se considera que o conceito não positivista de direito só admite a supressão do caráter jurídico em casos de injustiça extrema. (Alexy, 2009, p.68).”

O penúltimo argumento é o da inutilidade, segundo Alexy:

“(...) existem duas razões que, fora do âmbito do direito penal, enfraquece o argumento da inutilidade e falam em favor da necessidade de um conceito não positivista de direito: o respeito pelos direitos do cidadão e a pretensão. (Alexy, 2009,p.71).”

O último argumento é o da honestidade. É o argumento mais forte contra o conceito não positivista de direito. Mesmo assim, ele não o derruba. (Alexy2009,p.73-74)

3.2.2 A aplicação do argumento da injustiça nos sistemas jurídicos.

O argumento da injustiça não é aplicado apenas nas normas individuais, mas também, no sistema jurídico. Alexy conclui:

‘Desse modo, é forçoso constatar que a aplicação do argumento da injustiça a um sistema jurídico como um todo não traz consequências que vão além daquelas de sua aplicação a normas individuais.’(Alexy, 2009, p.83).

3.2.3 Os princípios

Os princípios têm como base três teses: tese da incorporação, tese da moral e tese da correção.

A tese da incorporação afirma que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios (Alexy, 2009,p.86).

A tese da moral aplica-se quando, entre os princípios a serem considerados em casos duvidosos para a satisfazer a pretensão à correção, encontra-se sempre aqueles que integram uma moral qualquer (Alexy, 2009, p.91).

A tese da correção é quando se consegue fazer uma conexão entre o direito e a moral correta.

4 AS DECISÕES CONTRA LEGEM

Existem vários autores que defendem que pode haver uma decisão contra a norma de um sistema jurídico. Entre os autores que defendem esta tese temos o Alexy, que sua teoria vem sendo discutido nos títulos já desenvolvidos acima, como também, mostrado por França em seu livro, que defende a teoria alexiana, citado neste artigo.

De acordo com o renomado filósofo na sua teoria do direito, as decisões contra legem são classificadas em injustiça extrema e fundadas em injustiça.

As decisões contra legem fundadas em injustiça extrema é um caso atípico do direito, ocorridas em regime totalitário. Alexy em sua teoria defende o uso da fórmula de Radbruch para estas decisões.

França ao falar sobre a tese de Radbruch afirma:

“A Fórmula de Radbruch na teoria do direito de Alexy exerce uma dupla função, comportando tanto com um sentido de elemento do conceito de Direito, como também de uma prescrição judicial (OLIVEIRA, 2014, p.140). Apesar de esses sentidos se interligarem, o que interessa neste momento é a incorporação da Fórmula de Radbruch pela teoria do direito de Robert Alexy como uma faceta de prescrição judicial. Isso quer dizer que, dentro da teoria do direito

de Robert Alexy, a referida fórmula funciona como meio de orientação para decisões, tratando dos denominados casos difícieis".(França, 2009, p.50-51).

Isso pode ser esclarecido, através da decisão do Tribunal Constituinte Alemão, referente a um caso de cidadania, já citado anteriormente. Alexy conta o fato:

"Por motivos racistas, o §2 do 11º Decreto da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941 (RGB1.(Reichsgesetzblat, Diário oficial do Reich) I, p.722), privava da nacionalidade alemã os judeus emigrados. O Tribunal Constitucional Federal tinha de decidir se um advogado judeu, que havia emigrado para Amsterdã pouco antes da Segunda Guerra Mundial, deviam perder a cidadania alemã de acordo com esse dispositivo. Em 1942, o advogado foi deportado de Amsterdam. Nada se sabia sobre seu destino ulterior. Por isso, era de supor que havia morrido, o que significa que se devia excluir a possibilidade de ele recuperar a cidadania alemã nos termos do art.116, § 2 da Lei Fundamental. (Alexy, 2009, p.7.)"

O Tribunal Constituinte Alemão julgou que a decisão era nula ab initio, que 11º Decreto violava direitos humanos. Não se poderia dizer que o referido decreto era direito e na visão do participante cria uma pretensão a correção. Dentro do conceito de direito do não positivista, o terceiro elemento, conexão entre direito e moral, nas normas de um regime injusto, quando analisada, faz com que a decisão seja contrária a lei positivada. A conexão entre direito e moral faz parte da visão não positivistas do conceito de direito da teoria alexiana.

França afirma:

"A decisão contra legem fundada em injustiça extrema caracteriza-se por ser uma decisão que insurge contra a lei sob o argumento da ocorrência de uma injustiça extrema, tomando a Fórmula de Radbruch como diretriz decisória para determinado caso, sendo o limiar da injustiça extrema atingido, no âmbito da teoria do direito de Robert Alexy, quando viola direitos humanos intercionalmente reconhecidos.(França, 2020, p.153.)"

As decisões fundadas em injustiça são casos típicos da justiça. É formada pela visão do participante – juiz – que numa sentença, decide contra um enunciado de uma lei. Uma admissibilidade da formação do direito. Como exemplo, temos o caso da Princesa Soraya, ex-mulher do último xá do Irã, trazido por Alexy e citado também por França, contando que uma revista publicou uma entrevista, relatando fatos da vida particular da Princesa, entrevista esta que nunca ocorreu. A Princesa Soraya açãoou o Tribunal Federal Alemão, requerendo indenização por danos imateriais em pecúnia, por ter sido lesionado gravemente o direito da personalidade. O §253 do BGB(Burgerliches Gsetzbuch, Código Civil alemão), exclui-se a indenização em dinheiro por danos imateriais, salvo nos casos estritamente delimitados e previstos em lei. O Tribunal Federal Alemão decidiu em favor da Princesa e determinou o pagamento em pecúnia da indenização. A revista recorreu através de uma reclamação ao Supremo Tribunal de Justiça alemão alegando que a decisão estava contra a legislação vigente, divisão

dos poderes e o juiz estava usando analogia. O Supremo Tribunal de Justiça alemão manteve a decisão do Tribunal Federal, determinando que fosse pago a Princesa à indenização requerida.

Sobre o fato, França se manifesta, baseado na teoria alexiana:

“No caso da princesa Soraya, é possível visualizar claramente o conflito entre um princípio formal e um princípio material, no qual este último apresentou maior peso e prevaleceu, tendo sido utilizado como meio para correção do direito, por isso, uma decisão contra legem fundada em injustiça. Os princípios colidentes são o princípio material da personalidade e o princípio formal da separação dos poderes, tendo prevalecido o primeiro, pois, se a decisão acatasse o exposto no § 253 do BGB, o que atenderia ao princípio da separação dos poderes, tendo prevalecido o primeiro, pois, se a decisão acatasse o exposto no § 253 do BGB, o que atenderia ao princípio da separação dos poderes, não seria uma decisão justa e, por consequência, não satisfeita a pretensão de correção.” (França, 2009, p.178).

E conclui:

“A partir desse caso, verifica-se a importância das decisões contra legem para a formação do direito, principalmente na ocorrência de casos duvidosos, a fim de alcançar a justiça, mas, sem ser arbitrário, em decorrência do método racional utilizado.” (França, 2009, p.178).

Tanto no argumento da injustiça extrema como da fundada em injustiça, as decisões não criam um novo direito, não violam o princípio da separação dos poderes e nem do princípio democrático, mas alcançam a justiça, para isso atendem aos requisitos gerais para serem aplicados nas decisões contra legem.

5 CONCLUSÃO

Robert Alexy foi um filósofo que se dedicou ao direito, a conceitua-lo. Mostrou que com o conceito de direito é formado por três elementos: legalidade autoritativa, eficácia social e correção material.

Na sua teoria, volta-se a correção material, sem descartar os outros elementos, para mostrar que dentro do conceito de direito, cabe a conexão entre direito e moral. Tese não aceita pelos positivistas.

A partir disso, busca pela aplicação de um direito justo, defende a fórmula de Radbruch, utilizada para analisar decisões pós Alemanha nazista, levando-nos a uma visão que pode ocorrer decisões contra legem, tendência defendida pelos não positivistas.

Os casos apresentados, mostraram os tipos de decisões contra legem existentes: decisões de injustiça extrema e decisões fundadas em injustiça. A primeira utilizou a fórmula de Radbruch, usada em análise de decisões em regimes totalitários, caso atípico; a segunda, não utiliza a fórmula, aplica um direito que não está positivado, caso típico da justiça.

Diante dos tipos de decisões contra legem apresentadas, a teoria alexiana trouxe um equilíbrio, partindo do conceito de direito, a utilização da fórmula de Radbruch até e as decisões contra legem defendidas pelo renomado filósofo, estabelecendo, assim, as diretivas necessárias para aplicá-las.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito, 1. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. 7.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

BOBBIO, Norberto. O positivo jurídico. 1.Ed. São Paulo: Edipro, 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima França. As decisões contrárias às leis na teoria de Robert Alexy. 1. Ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. Teoria da argumentação jurídica. 1. Ed. Rio de Janeiro: PUC – Rio, 2016.