

A TESE DA DUPLA NATUREZA DO DIREITO DE ROBERT ALEXY

THE DUAL NATURE THESIS OF THE LAW BY ROBERT ALEXY

MARCIO AYALA PEREIRA FILHO

Promotor de Justiça
Ministério Público de Minas Gerais
marcioayala@mpmg.mp.br

RESUMO: Análise crítica e descritiva acerca da natureza dupla do Direito, conforme a teoria de Robert Alexy. Assim, a norma compreende a óptica de uma dimensão factual e outra de uma dimensão ideal. O Direito possui características de eficácia social, de autoridade e de coerção dentro de seu plano positivo, ao mesmo tempo que comporta elementos de pretensão de correção moral, no plano ideal. O artigo desenvolve o tema a partir do conceito-base de institucionalização da razão.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Pretensão de correção; Pós-positivismo.

ABSTRACT: This article develops a critical and descriptive analysis of the dual-nature thesis of the Law, such as described by Robert Alexy. Thus, the Law includes the perspective of a factual dimension and another of an ideal dimension. The law has characteristics of social effectiveness, authority and enforcement within its positive plan, while that entail the elements of the claim to correctness in the ideal dimension. The paper develops the theme of the institutionalization of reason and tries to set the basis of the solution of the problem of legal positivism.

KEYWORDS: Fundamental rights; Claim to correctness; legal positivism.

1. Introdução

Tanto do ponto de vista da teoria do Direito quanto da prática dos tribunais, é possível afirmar que o Direito brasileiro vem sofrendo profundas mudanças nos últimos anos. Apesar de ainda atrair muita desconfiança acerca do seu verdadeiro sentido e alcance, ao “neoconstitucionalismo” é atribuída a vocação de servir como causa principal para uma fundamental alteração na forma de se pensar e de se praticar o Direito.

Muito embora, do ponto de vista teórico, não seja possível afirmar que exista um consenso acerca das várias definições do fenômeno, já que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante hete-

rogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Alfonso Figueroa, Luís Prieto Sanchis, Manoel Atienza, entre outros, é possível afirmar que esse paradigma, no caso brasileiro, principalmente com o advento da Constituição de 1988, deflagrou uma série de novos pensamentos, assim sintetizados por Daniel Sarmento¹:

(a) no reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais²; (b) na rejeição ao formalismo, com advento de métodos mais abertos de raciocínio jurídico³, como ponderação⁴, tópica⁵ etc.; (c) na constitucionalização do Direito, sobretudo com a irradiação dos direitos fundamentais para todos os ramos do Direito⁶; (d) na reaproximação do Direito com a Moral, com a penetração da filosofia do Direito nos debates jurídicos⁷; e (e) no processo de judicialização da política, com significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo para o Poder Judiciário⁸.

Essa nova realidade indica que não é acertado afirmar que se trata de uma mera releitura de antigos conceitos, ou mesmo de um modismo performático típico do discurso constitucional⁹. Muitas

1 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

2 HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

3 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

4 ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

5 VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Sergio Antonio Fabris, 2008.

6 BODIN, Maria Celina. **Dilemas de Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2012.

7 MOREIRA, Eduardo. **Neoconstitucionalismo**: A invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

8 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Atualidades Jurídicas. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. n.4. Jan/Fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 maio 2014.

9 Ana Paula de Barcellos sintetiza o discurso tradicional do constitucionalismo a seguir: "O constitucionalismo, como se sabe, veicula a técnica, até aqui vitoriosa em boa parte do mundo, por meio da qual se conseguiu fazer coexistir ao menos três bens altamente desejáveis:

diferentes impressões desse fenômeno têm tomado o cenário da teoria do Direito, pois há quem corrobore de forma entusiasmada esse novo cenário, mas há também quem o critique.

O termo neoconstitucionalismo¹⁰, vago do ponto de vista semântico e com propostas teóricas divergentes, é objeto de estudos críticos que não se conformam com a denominação de um mesmo constructo para situações diversas¹¹. É grande o número de objeções às implicações das mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo¹², as quais apontam principalmente os riscos à democracia e seus desenhos institucionais, principalmente com a transferência das instâncias de deliberação do Poder Legislativo para o Poder Judiciário¹³.

a limitação do poder político (inclusive das maiorias), a proteção (e em alguns casos até a promoção) dos direitos fundamentais e a consagração da democracia como regra geral no que diz respeito ao exercício do poder político. Há, entretanto, uma série de dificuldades que a enunciação relativamente simples que se acaba de fazer não revela à primeira vista (...)". BARCELLOS, Ana Paula de. **Um debate para o neoconstitucionalismo. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação**. Disponível em: <http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-papeis-direito-constitucional-fomento-controle-socia-democratico.pdf>. Acesso em: 13 maio 2014.

10 Nesse cenário de críticas à definição do que seja neoconstitucionalismo, Lenio Streck preleciona que a adoção do *nomen juris* neoconstitucionalismo certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos. Porém, em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa Ibérica. Isso porque o Brasil ingressou tardiamente nesse "novo mundo constitucional", fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense. Portanto, falar de *neoconstitucionalismo* implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasiliis*. STRECK, Lênio. **Contra o Neoconstitucionalismo**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan/Jun. p. 9-27.

11 FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional.

12 Humberto Ávila, por exemplo, tem sido, no contexto da teoria brasileira, um fervoroso crítico do neoconstitucionalismo, pois sustenta que seria absolutamente inadequado à realidade brasileira, já que privilegia princípios, e a Constituição de 1988 seria muito mais intervencionista e regulatória do que propriamente principiológica. Ver em: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

13 TATE; VALLINDER. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

É nesse cenário de releituras na forma de se praticar o Direito que se estabelece uma preocupação com aspectos fundamentais do processo de argumentação jurídica. O juiz, na construção do seu processo decisório, tem o dever de internalizar racionalmente critérios objetivos, compromissados com a razão. De igual maneira, o promotor de Justiça precisa recorrer a critérios de racionalidade na sua atuação profissional, de forma a não incorrer em casuísmos e em particularidades, evitando inclusive ares de seletividade. Portanto, por motivos teóricos e práticos, o dever de racionalidade argumentativa passa a ser a tônica do manejo do discurso do Direito.

Neste *locus* de teoria em vias de transformação, a obra de Robert Alexy é rica nos aspectos práticos e teóricos, pois oferece instrumentos argumentativos valiosos para o que o autor chamou de *institucionalização da razão*. Segundo o autor, é por meio do discurso racional que se revelam as dimensões possíveis da norma jurídica, gerando as suas leituras possíveis.

Muito além do que simplesmente diagnosticar a insuficiência do positivismo na aplicação e efetivação do Direito, Robert Alexy, na “dupla natureza do Direito”¹⁴, pretende demonstrar que sua visão dualista da norma jurídica é a questão central do próprio Direito. E, ao sugerir que a separação do Direito com a Moral¹⁵ pelo positivismo não seria suficiente para a revelação do Direito em todas as suas possibilidades, Alexy sustenta que o ponto nodal insito a toda norma jurídica é a sua pretensão de correção¹⁶.

Desde já, para fins essencialmente metodológicos, na linha do que já se indicou sobre a tendência neoconstitucional, para se admitir esse viés de correção moral na estrutura da ordem jurídica, é preciso destacar que tal forma de se pensar e de se praticar

14 De início, ainda que se admitam diferenças semânticas da tradução de “Law” como “Direito” ou “norma”, o presente artigo sustenta as nomenclaturas como equivalentes, uma vez que indiferentes para a ideia geral.

15 KELSEN, Hans. **A teoria pura do Direito**. Martins Fontes. São Paulo: 2012.

16 ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

o Direito pressupõe um modelo não positivista, pois essa ideia de correção moral residiria no próprio conteúdo da norma jurídica como sua característica mais embrionária¹⁷.

Consoante a natureza dual do Direito, a norma jurídica possuiria uma natureza dúplice, de maneira que ela precisa ser analisada sob a óptica de uma *dimensão factual* e uma *dimensão ideal*. Segundo a lição de Alexy, o Direito possui características de eficácia social, de autoridade e de coerção dentro de seu plano positivo, ao mesmo tempo que comporta elementos de pretensão de correção moral, no plano ideal.

Na ideia central de Alexy, a teoria da dupla natureza permanece abstrata e formal¹⁸, mas necessita ser estudada dentro de um paradigma sistêmico que revele sentido e alcance num contexto de funcionamento do próprio Direito.

Portanto, o conceito-base desse sistema é a chamada *institucionalização da razão*¹⁹, que se consubstancia por meio do sistema político do constitucionalismo democrático. Sem a admissão apriorística desse referencial teórico, a ideia de dualidade da norma jurídica proposta por Alexy perde riqueza conceitual e viabilidade.

O sistema em que se desenvolveria a teoria proposta é constituído de três etapas fundamentais: *(i) o argumento a favor do reconhecimento da dimensão real do Direito*²⁰; *(ii) o argumento a favor da*

17 Id. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense: 2011.

18 ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

19 *In order to bring about the institutionalization of reason, not only does the problem of the confrontation of positivity and correctness at the border have to be resolved, but also positivity and correctness have to be connected inside the legal system. This is only possible in the political form of democratic or discursive constitutionalism.* ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, pp. 167-182, June 2010.

20 Construção teórica que não seria negada nem mesmo pelos positivistas mais inclusivos. Nesse sentido, ver: HART. H.L.A. **O Conceito do Direito**. Martins Fontes. São Paulo: 2009.

dimensão ideal do Direito; e (iii) a síntese desses dois argumentos, que pretende promover a conciliação do ideal com o real.

Seguindo um difícil esforço de síntese, o objetivo da teoria de Robert Alexy na “dupla natureza do Direito” é demonstrar que a norma, e em última análise a própria ordem jurídica, conteria uma dimensão ideal construída mediante argumentação jurídica. Com isso, o autor pretende apresentar bases para a comprovação da insuficiência do modelo positivista²¹ na revelação do conteúdo do próprio Direito.

2. A dimensão ideal do Direito

A dimensão ideal do Direito se evidencia pela pretensão de correção que uma norma necessita para que seja plenamente válida. O argumento gira em torno da tese de que a norma levanta necessariamente uma pretensão de correção moral, e que esta reivindicação compreende uma função moduladora de uma razão moral advinda dos agentes do Direito.

É exatamente dessa pretensão de correção que reside a relação necessária entre o Direito e a Moral²² tão combatida pelo ideal

21 É certo que o modelo positivista não pode ser reduzido a uma homogênea corrente do pensamento jurídico. Contudo, para os objetivos metodológicos deste trabalho, admitir-se-á tratá-lo sem considerar as várias correntes teóricas que o compõem. Assim, para um maior aprofundamento sobre o referencial teórico, verificar HART. H.L.A. **O Conceito do Direito**. Martins Fontes. São Paulo: 2009; KELSEN, Hans. **A teoria pura do Direito**. Martins Fontes. São Paulo: 2012; BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Edipro. São Paulo: 2014; e FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. Atlas, São Paulo. 2007.

22 A obra de Robert Alexy é muito utilizada como base teórica para o desenvolvimento da teoria neoconstitucionalista. Em termos sucintos, o neoconstitucionalismo, conforme preleciona Daniel Sarmento, possui suas características sintetizadas nos seguintes tópicos: (a) no reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais; (b) na rejeição ao formalismo, com advento de métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, etc.; (c) na constitucionalização do Direito, sobretudo com a irradiação dos direitos fundamentais para todos os ramos do Direito; (d) reaproximação do Direito com a Moral, com a penetração da filosofia do direito nos debates jurídicos; e (e) a judicialização da política, com significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo para o Poder Judiciário. Para um melhor entendimento, ver: SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009.

positivista. Para Robert Alexy, a pretensão de correção está necessariamente contida em qualquer norma jurídica, pois a pretensão de ser justa deve ser entendida como sua vocação mínima essencial. Trata-se de admitir essa pretensão de correção como pressuposto inarredável da razão de existir de qualquer norma, sem a qual a ordem jurídica não seria válida.

Extrai-se daí a noção de que a dimensão ideal do Direito comunicada à norma jurídica se traduz na sua pretensão de correção, que deve ser interpretada como uma vocação indeclinável para a promoção de uma ordem justa que norteia a padronização de um sistema jurídico. Entretanto, essa posição não está imune a críticas.

A norma jurídica, como simples “ordem normativa”, não deduz nenhuma pretensão, pois é um mero “estado de coisas” que não emana ou deduz nenhuma pretensão²³, ou mesmo intenções ou reivindicações. Contudo, Alexy admite que a norma jurídica, tal como é, não traz consigo demandas ou pretensões. Essas intenções são deflagradas pelos intérpretes e aplicadores do Direito, os quais, ao extraírem esse conteúdo intrínseco da norma jurídica, tornam-se seus representantes.^{24 | 25}

Outra crítica possível à teoria diz respeito à necessariedade da pretensão de correção como conteúdo da norma jurídica. Pondera-se que não há qualquer pretensão de correção como elemento marcante do Direito, de forma que essa questão seria uma questão empírica (tese de contingência).

Para Alexy, a melhor forma de responder a esse questionamento é lançar mão do método da contradição performativa. Se determinada Constituição, por exemplo, traz em seu conteúdo que o Estado

23 MACCORMICK, Neil. 2007. **Why Law Makes No Claims**. In *Law, Rights and Discourse*. Ed. George Pavlakos, p. 59–67. Oxford: Hart.

24 ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

25 Id. Ibid.

será “soberano, federativo e injusto”, essa assertiva traz consigo a demonstração evidente de sua invalidade, por contradizer a ideia primordial de um texto constitucional, isto é, que ele seja justo.

A conexão essencial provada por meio desse método de que o Direito tem necessariamente *a priori* a existência de uma dimensão ideal guiada por uma pretensão de correção não deve ser reduzida a casos específicos, como a legislação constitucional, a elaboração de princípios genéricos, a definição de Justiça. Essa conexão está presente em todo o sistema jurídico, e pode ser observada em decisões judiciais defeituosas como a sentença: “O acusado condenado à prisão perpétua, que é uma interpretação incorreta da legislação vigente”.

E essa contradição conduz à noção de que a pretensão de correção pertence, sim, ao Direito e não se trata de algo contingencial ou meramente especulativo. Dessa forma, decisões judiciais e leis absurdas estão fora do conceito apriorístico do Direito. Casos de extrema injustiça, portanto, não servem para compor a órbita do Direito, em razão da sua imanente pretensão de correção.

Alexy exemplifica que a sentença “*Em nome do povo, condena-se o senhor N a dez anos de privação de liberdade, mesmo que não haja boas razões para isso*”²⁶. Esse dispositivo, ainda que produza efeitos isoladamente, possui distorções claras. Questão diversa é a análise sobre em que medida a pretensão de correção é levada a sério e com quanta qualidade ela é concebida nas decisões judiciais²⁷.

A perspectiva ideal da pretensão de correção tem a intenção de ser universal. Destinada a todos que operam ou estudam o Direito, deve

26 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213.

27 Em outra oportunidade, Robert Alexy afirmou que: “a exigência de fundamentação e a pretensão de correção ligada a ela podem fundamentar-se também, ao menos no que concerne às decisões judiciais, mediante o direito positivo. Segundo o direito vigente na República Federal da Alemanha e talvez na maior parte dos Estados, os juízes estão obrigados a fundamentar suas decisões.”. Id. *Ibid.*P.212.

ser entendida do mesmo modo que uma pretensão à verdade. Nesse sentido, uma alegação que é dirigida a todos é, ao mesmo tempo, uma perspectiva de objetividade. Essa objetividade, não obstante o seu caráter formal, aponta para a dimensão ideal de direito.

A objetividade existe a partir do momento em que se assume o argumento da pretensão de correção como elemento essencial ao conceito de Direito, uma vez mais evidenciando abstração e universalidade a qualquer observador de uma conexão conceitualmente necessária entre o Direito e a Moral.

Essa afirmação se torna clara nos casos em que há mais de um fundamento para as decisões judiciais²⁸. O argumento com o qual Alexy tenta balizar como fundamento a união entre Direito e Moral - uma vez que a pretensão de correção é vista como pretensão de Justiça - é o da insuficiência do poder de regular todas as possibilidades dentro do direito positivo, já que a indeterminação necessita de interpretação especificamente de problemas de lacunas e de colisão de normas²⁹.

Em situações de várias possibilidades, a decisão é uma questão normativa que não pode ser baseada em normas de direito positivo. Assim, quando uma decisão singular não segue as normas pressupostas nem os enunciados de um sistema e seus precedentes, bem como não se fundamenta por regras de metodolo-

28 Ronald Dworkin assevera que o Direito pode ser compreendido a partir de um conceito interpretativo. No entanto, esta teoria da interpretação, ou seja, a atividade de interpretar o Direito é uma dinâmica não uniforme. Assim, determinados juízes e aplicadores do direito interpretam de forma diversa o direito, por meio de decisões e argumentações em casos considerados difíceis. Nesse contexto, verificar: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Martins Fontes, São Paulo: 2010.

29 Mesmo no positivismo jurídico existe a possibilidade de antinomias e momentos em que a mera subsunção não apresenta resultados satisfatórios, de forma que estas questões devem ser solucionadas mediante a admissão de que o ordenamento jurídico deve ser dotado de unidade, completude e coerência. Nesse diapasão, Norberto Bobbio, na sua teoria do ordenamento jurídico, discorre sobre as técnicas para a solução das antinomias, por meio dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Edipro. São Paulo: 2014.

gia jurídica (como os cânones de interpretação), caberá ao intérprete, por meio de um juízo de valor (uma espécie de valoração), a escolha entre várias soluções não determinadas ulteriormente, sendo a função do aplicador do Direito valorar autonomamente a norma vigente e decidir como legislador.

No entanto, essa posição de *colegislador* necessita ser baseada em um padrão, pois, do contrário, será considerada uma decisão arbitrária, que se estabelece em contradição com a pretensão de correção. Essas decisões judiciais se referem regularmente a questões de distribuição e compensação, que são, em sua essência, a busca pelo conceito de Justiça. Nesse contexto, percebe-se que as questões de justiça são essencialmente questões morais.

Para o pensamento de Alexy, a textura aberta de determinadas normas implica que a pretensão de correção se refira ao real ou factual da decisão judicial e à dimensão ideal e crítica. Isso demonstra que a pretensão de correção do Direito tem sempre relação não somente com os fatos sociais, mas também com questões sobre moralidade.

Os julgamentos sobre o que é moralmente obrigatório, proibido ou permitido, ou sobre o que é moralmente justo ou injusto, são julgamentos subjetivos, relativos e ponderáveis, ou resultados de meras decisões circunstanciais. Portanto, a crítica aponta para a dificuldade de se fundamentarem racionalmente essas escolhas, sobretudo diante do perigo possível de se causar insegurança jurídica ou até mesmo de aumento da discricionariedade do intérprete em determinado caso concreto.

A resposta a essa crítica foi elaborar uma teoria de argumentação jurídica que se concentra no desenvolvimento da teoria do discurso, que é uma teoria processual da racionalidade prática. De acordo com a teoria do discurso de Alexy, uma proposta prática ou normativa está correta (ou é verdadeira) se, e somente se, ela puder ser o resultado de um discurso prático racional. As condições

de racionalidade discursiva são um conjunto de princípios, regras e formas que compõem um sistema de discurso prático geral³⁰.

Na tentativa de demonstração da estrutura racional que compõe o discurso jurídico, Alexy afirma que este é um caso especial da teoria do discurso jurídico, que é uma parte singular do discurso prático geral, mas ambos são correção de enunciados normativos. O primeiro se diferencia na medida em que se desenvolve sob uma série de condições limitadoras: sujeição à lei, aos precedentes e à doutrina. Assim, ao se fundamentar racionalmente um enunciado jurídico, é necessário que se esteja de acordo com essas limitações.

Portanto, o discurso jurídico se baseia em questões práticas sobre o que pode ser feito, omitido ou necessita da pretensão de correção. Diante das condições de limitação, esse tipo de discurso pode ser analisado em duas bases fundamentais.

A pretensão de correção não é sempre acionada na aplicação do Direito, uma vez que, na grande maioria dos casos, o direito positivo resolve a questão sobre a incidência da norma pela simples subsunção, com razoável sensação de racionalidade, objetividade e justiça, sem lacunas e ponderação de interesses. No entanto, deve-se compreender que a pretensão de correção é elemento constitutivo da práxis da fundamentação e da decisão jurídica. A exigência da pretensão de correção está na necessidade de fundamentação das decisões judiciais mediante a utilização do direito positivo, ainda que de fácil aplicação concreta.

Isso permite inferir que quem pretende fundamentar algo deseja que a sua fundamentação seja acertada e esteja correta. Ademais, mesmo que possam existir algumas decisões judiciais válidas com falta de pretensão de correção, elas são necessariamente defeituosas.

Além disso, cabe analisar a segunda ponderação à tese da teoria do caso especial, no que concerne especificamente à possibili-

30 Ver. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

dade de caracterizar as limitações vigentes na discussão jurídica como mero “discurso”. Assim, seria possível negar que as limitações existentes nas discussões jurídicas se relacionem com as formas específicas de discurso no âmbito do Direito.

Em um litígio, por exemplo, as partes não procuram necessariamente um juízo correto ou justo, mas um juízo vantajoso para elas. Nos discursos, ainda que apenas persigam interesses subjetivos, os advogados pretendem que toda pessoa racional possa ou deva estar de acordo com suas assertivas. Logo, necessitam fundamentá-las com certa pretensão de correção.

Portanto, o objetivo da teoria da argumentação jurídica é apresentar instrumentos suficientes para que um juiz decida sem arbitrariedades ou casuísmos. A pretensão de correção da decisão do juiz ou do promotor de Justiça precisa se referir, ainda que num plano ideal, a todos os outros casos de mesma natureza, de maneira objetiva e clara, sempre ancorado em precedentes, na doutrina e no direito positivo.

Na dupla natureza do Direito, deve-se observar tanto a *dimensão ideal* quanto a *dimensão real*. Depois de analisar a etapa da dimensão ideal do que se entende pelo conceito de Direito dentro de uma perspectiva dicotômica, é necessário prosseguir. Na segunda fase, os procedimentos legalmente regulados asseguram o cumprimento de uma decisão, garantem aplicação e eficácia, identifica o direito positivo e suas características de eficácia social e poder de coerção, demonstra que a insuficiência da dimensão ideal exige como seu complemento a existência do real, isto é, a dimensão positiva do Direito.

No entanto, a necessidade da dimensão real do Direito não anula a pretensão de correção inerente, pois ela não desaparece, uma vez que a lei é institucionalizada, sendo essa a base da afirmação contida no artigo de Alexy³¹.

31 The problem of practical knowledge requires that one leave the first stage, defined exclusively by the ideals of correctness and discourse, and proceed to a second stage, where

A pretensão de justiça continua implícita, mesmo na lei positivada. Segundo Alexy, ainda que a lei civil não tivesse previsto que as partes devem guardar entre si o dever de boa-fé contratual, esse dever jurídico exsurge da dimensão ideal do Direito, ainda que os seus aspectos coercitivos se materializem na tipificação.

A aplicação da norma jurídica em questões judiciais envolve dois mecanismos básicos: subsunção e balanceamento de interesses (colisão e ponderação de princípios). A legitimidade do balanceamento de interesses reside na percepção da racionalidade da escolha entre os princípios envolvidos no caso concreto. Logo, quanto mais racional for o balanceamento de interesses em uma deliberação jurídica, maior a sua legitimidade. Princípios exigem que algo seja realizado com o mais alto grau possível em relação a ambas as possibilidades factuais e jurídicas.

Nesse sentido, a adequação de um princípio se refere às possibilidades factuais e circunstanciais. A lógica do balanceamento de interesses mostra que o equilíbrio pode ser dividido em três etapas. A primeira envolve estabelecer o grau de não satisfação do primeiro princípio. A segunda, a importância de satisfazer o princípio concorrente que está também em jogo. A terceira refere-se a compreender se é importante satisfazer o último princípio em detrimento do primeiro princípio ou não ³².

O estudo focado na institucionalização da razão baseia-se, em primeiro momento, no seu aspecto substancial, que leva em con-

legally regulated procedures, first, guarantee the achievement of a decision and, second, provide for their enforcement. This is the step to positivity as defined by authoritative issuance and social efficacy (Alexy 2002a, 3). The insufficiency of the ideal dimension *qua* decision procedure necessitates as its complement the existence of the real, that is, the positive dimension of law. This necessity stems from the moral requirements of avoiding the costs of anarchy and civil war and achieving the advantages of social coordination and cooperation. ALEXY, Robert. **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

32 Essa lei do balanceamento faz parte dos estudos de Alexy, ver: ALEXY, Robert. **The Weight Formula. Studies on Philosophy of Law – Frontiers of the economic analyses of Law**, Poland, Krakow, Uniwersytetu Jagiellonskiego, 2007.

ta a tese sobre o limite externo do Direito. Robert Alexy faz referência à tese de que “*injustiça extrema não pode ser lei*”³³.

O neoconstitucionalismo considera-se compatível com a natureza dual do Direito, pois essa corrente de pensamento pressupõe que nem todos os defeitos morais retiram a validade jurídica de uma norma. Ao mesmo tempo, a depender das circunstâncias concretas, essa validade pode sim estar em risco. Alexy descreve a necessidade de se operar o Direito em um sistema político propício para a instrumentalização da razão. Isso só é possível na forma política de constitucionalismo democrático ou discursivo, sendo a democracia e os direitos constitucionais os principais elementos desse regime.

A democracia é o elemento mais importante sob o prisma processual da institucionalização da razão e pode ser concebida, ao mesmo tempo, como um *processo de decisão* e como um *processo de argumentação*. Sob uma perspectiva de dupla natureza, a democracia, pelo lado real, traduz o processo de decisão nos moldes do princípio da maioria. Pela faceta ideal, é todo o processo de argumentação e deliberação de ideias e conceitos na arena democrática.

Nesse viés teórico, Alexy sustenta que a única possibilidade para a realização política dos ideais da teoria do discurso é a institucionalização de uma democracia que una ambos os lados. O nome dessa unidade é “democracia deliberativa”³⁴.

Ao se descrever o sistema político ideal para a institucionalização do constitucionalismo democrático, os direitos constitucionais

33 **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

34 No original: The only possibility for the political realization of the ideals of discourse theory is the institutionalization of a democracy that unites both sides. The name of this unity is “deliberative democracy.” **The Dual Nature of Law**. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

exercem o principal papel: o de efetivar a transformação dos direitos em lei positivada.

Simultaneamente, a pretensão de justiça e o princípio de segurança jurídica estão em potencial colisão dentro da dimensão real do Direito. A natureza dúplice da norma obriga o intérprete a buscar a proporção correta entre os dois princípios em equilíbrio. A partir desse pressuposto teórico, os direitos humanos são compreendidos como morais, universais, fundamentais, abstratos e têm prioridade sobre todas as outras normas e fontes de direito. A validade, contudo, depende da sua fundamentação, e só existem se são justificáveis. Portanto, os direitos humanos e os direitos morais pertencem exclusivamente à dimensão ideal de direito.

Quando se concebe a sua transformação em direitos constitucionais, ocorre o processo de reconciliação entre a dimensão ideal e a dimensão real. Segundo Alexy, em uma democracia ideal, o processo democrático sempre mostrará respeito suficiente pelos direitos constitucionais. Logo, não haverá, em princípio, conflito entre a democracia e os direitos constitucionais, uma vez que esse diálogo institucional será fomentado pela argumentação e pelo pluralismo de ideias.

3. Conclusões

Na “dupla natureza do Direito”, Alexy desenvolveu uma concepção dualística da natureza do Direito que só pode ser utilizada devidamente se estudada dentro de uma lógica sistêmica singular que tenha a finalidade de institucionalizar a razão. Nesse sentido, todo o esforço intelectual da teoria deve ser empreendido com o objetivo de evidenciar a conexão entre Direito e Moral de forma racional, por meio da pretensão de correção.

Sem qualquer ufanista pretensão de síntese sobre a extensa obra do autor, e referendando a posição de esgotamento do modelo

positivista, Alexy analisa os critérios de argumentação que precisam estar inseridos no debate democrático, o que possibilita a harmonização do direito positivado com aspectos fundamentais sobre a moral.

Portanto, as decisões judiciais e políticas, no *locus* de uma democracia constitucional, devem refletir a ponderação entre os interesses e argumentos possíveis dentro do discurso jurídico³⁵.

O instrumento da argumentação jurídica deve aperfeiçoar o mecanismo de escolha entre a pretensão natural de justiça ideal e a situação fática específica. Nesse verdadeiro embate entre o ideal de justiça e o princípio de segurança jurídica, verifica-se novamente a natureza dupla do Direito na distinção entre as regras positivadas e princípios como expressão de sua contraparte ideal.

A reaproximação do Direito com a Moral e a rejeição do formalismo, desdobramentos inevitáveis do modelo pós-positivista, sugeriram, num aspecto defeituoso de suas concepções, uma indeterminação de métodos capazes de fomentar o casuísmo e a arbitrariedade, sobretudo nas decisões judiciais. Entretanto, a teoria do discurso e a argumentação jurídica, baseadas na institucionalização da razão, oferecem um instrumental teórico fundamental para a objetividade, previsibilidade e clareza da aplicação do Direito.

4. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

35 O Núcleo da tese do caso especial consiste em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento jurídico vigente, possa ser racionalmente fundamentada. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 217.

_____. ALEXY, Robert. *The Dual Nature of Law*. USA, Blackwell Publishing, Ratio Juris, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, June 2010.

_____. ALEXY, Robert. *The Weight Formula. Studies on Philosophy of Law – Frontiers of the economic analyses of Law*, Poland, Krakow, Uniwersytetu Jagiellonskiego, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Atualidades Jurídicas. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. n.4. Jan/Fev. 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Edipro. São Paulo: 2014.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BODIN, Maria Celina. *Dilemas de Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: 2007.

HART. H.L.a. *O Conceito do Direito*. Martins Fontes. São Paulo: 2009.

_____. MACCORMICK, Neil. 2007. *Why Law Makes No Claims*. In *Law, Rights and Discourse*. Ed. George Pavlakos, 59–67. Oxford: Hart.

KELSEN, Hans. *A teoria pura do Direito*. Martins Fontes. São Paulo: 2012.

MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2009.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Sergio Antonio Fabris, 2008.

Artigo recebido em: 12/9/2018

Artigo aprovado em: 30/10/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20180017