

**A DUPLA NATUREZA DO DIREITO EM ROBERT ALEXY**

**THE DUAL NATURE OF LAW IN ROBERT ALEXY**

**Ismael Guimarães da Silva**

Pós-Graduado em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Paraíba. Ex-bolsista de iniciação científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), resultando na publicação do livro "O Papel da Proporcionalidade na Jurisdição Constitucional". Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Tem interesse nas áreas de Direito Constitucional e Filosofia do Direito, particularmente no estudo das teorias contemporâneas do Direito, da jurisdição constitucional e da dogmática dos direitos fundamentais. Advogado e Consultor legislativo. E-mail: ismael\_jac@hotmail.com

**Informações de Submissão:**

Aceito em: 15/11/2019

Publicado em: 22/03/2020

**Palavras-chave:**

Direito. Moral. Positivismo Jurídico. Robert Alexy. Conceito de direito.

**Keywords:**

Law. Moral. Legal Positivism. Robert Alexy. Concept of law.

**Resumo**

Para além da teoria dos princípios e da regra da proporcionalidade, exaustivamente debatidos e trivializados na realidade brasileira, Robert Alexy, ao longo de sua carreira acadêmica, também elaborou uma teoria da argumentação jurídica e um conceito próprio de direito. Especificamente quanto ao conceito de direito, o presente trabalho visa demonstrar que Alexy defende uma proposta não-positivista, apresentando a teoria da dupla natureza do direito que compreenderia tanto um dever ser real quanto um dever ser ideal. Conclui-se que a simbiose entre essas duas dimensões resulta na necessária conexão entre o direito e a moral, por meio de uma pretensão de correção justificada pela teoria do discurso racional.

**Abstract**

Aside from the principle theory and the proportionality rule, which have been exhaustively debated and trivialized in Brazilian reality, Robert Alexy, throughout his academic career, elaborated a theory of legal argumentation and an his own concept of law. Specifically regarding the law concept, the present study intends to show that Alexy upholds a non-positivist perspective, presenting the dual nature of law thesis that comprises both a real and an ideal dimension. The paper concludes that the symbiosis between them would results in the necessary relation between law and morality, through a claim to correctness justified by the theory of rational discourse.

## 1 INTRODUÇÃO

A relação entre direito e moral, certamente, é o principal ponto de discórdia entre os jusfilósofos das mais variadas correntes de pensamento ao longo de toda a história da filosofia do direito. A razão disso é que sempre se mostrou problemática a determinação da autonomia do sistema jurídico diante de outros sistemas sociais.

As implicações morais no âmbito jurídico levaram a uma cisão no conceito de direito, resultando no surgimento do direito natural e do direito positivo. O primeiro reduz a validade do sistema jurídico a concepções metafísicas de justiça, enquanto o segundo reduz a justiça do direito à validade formal das suas normas.

Desde o direito natural de Aristóteles, até a versão refinada de positivismo jurídico de Herbert Hart, o conceito de direito tem sido constantemente reformulado. Em especial nas últimas décadas, o conceito positivista predominou na discussão jurídica, tendo o direito natural ficado reservado a algumas considerações particularistas.

Contemporaneamente, observa-se a análise mais detida quanto à relação entre direito e moral, como vem ocorrendo com as teorias positivistas modernas, em especial as inclusivistas, e as ideias de Robert Alexy, em especial por defender uma dupla natureza para o conceito de direito e que será detalhada nesse trabalho.

Dessa forma, conclui-se que o conceito de direito paulatinamente vem sendo construído, revelando, talvez, que esta seja a eterna atividade da filosofia jurídica.

## 2. A DUPLA NATUREZA DO DIREITO

Robert Alexy sustenta que o direito possui uma dupla natureza, consistente, basicamente, na afirmação de que seu conceito compreende tanto uma dimensão real quanto uma dimensão ideal.

Nessa definição de direito a dimensão real é representada pelos elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social, enquanto fatos sociais, ao passo que a dimensão ideal encontra suporte no elemento da correção moral.

Essa formulação acerca do conceito de direito adentra ao principal problema da filosofia jurídica, que é justamente a relação entre o direito e a moral. Mesmo se tratando de

---

---

uma discussão de mais de dois mil anos, remontando aos diálogos socráticos de Xenofonte, duas correntes fundamentais continuam em contraponto, quais sejam, a positivista e a não positivista.

O conceito positivista defende a tese da separação, argumentando que o conceito de direito deve ser estabelecido de modo a não incluir elementos morais, pois não há nenhuma ligação conceitualmente necessária entre direito e moralidade. Para as teorias positivistas restam apenas dois elementos de definição do direito: o da legalidade autoritativa, que se fundamenta na legalidade conforme o ordenamento, e a eficácia social. Mesmo entre as variadas teorias positivistas modernas prepondera o fator comum de que o direito é uma ordem normativa coercitiva dotada de eficácia social.

Por outro lado, o conceito não positivista defende a tese da vinculação, determinando que o conceito de direito deve ser estabelecido levando em consideração os elementos morais. Esta definição não exclui os demais elementos do conceito de direito - legalidade autoritativa e eficácia social, mas apenas inclui o terceiro elemento da correção moral ou correção material do seu conteúdo.

Destarte, a defesa de que tão somente os fatos sociais isoladamente considerados determinam o que é e o que não é exigido pelo direito avaliza um conceito positivista de direito, como bem apontou Hans Kelsen ao enfatizar que todo e qualquer conteúdo pode ser jurídico. Sendo acrescentada a correção moral como um novo elemento necessário o cenário altera-se consideravelmente, emergindo um conceito não positivista de direito.

Por essa razão Alexy anotar que a tese da dupla natureza implica o não-positivismo, estabelecendo que o conceito de direito proposto possui três elementos definidores: a legalidade autoritativa, a eficácia social e a correção moral.

O fato de a legalidade autoritativa e a eficácia social pertencerem à dimensão real do direito não acarreta, necessariamente, que a correção moral, advinda da dimensão ideal, sempre prevaleça sobre o direito positivo. Em outros termos, não implica que toda vez que o direito positivo for injusto será considerado inválido, mas apenas que o direito deixa de ser válido quando a fronteira da injustiça extrema for alcançada.

Colocada nesses termos a tese da dupla natureza pode permanecer abstrata e demasiada formal. Visando alcançar um conteúdo concreto e uma estrutura delimitada, Alexy expõe essa tese dentro de um sistema sustentado pela ideia fundamental da institucionalização da razão. A forma política de manifestação desse sistema é o constitucionalismo democrático

---

---

ou discursivo, que é capaz de avançar pela defesa das dimensões ideal e real do direito, culminando na reconciliação de ambas.

### 3. O DEVER SER REAL

Tanto as regras quanto os princípios possuem uma função essencial na aplicação do direito. As regras expressam um “dever ser real”, ao passo que os princípios advêm de um “dever ser ideal” ou *prima facie*.

A dimensão real do direito exterioriza-se por meio da legalidade autoritativa e da eficácia social. Ao incluir esses dois elementos na dimensão do dever ser definitivo, ou factual, Alexy acaba reconciliando as doutrinas positivista e realista do direito.

O positivismo jurídico define o ordenamento jurídico como um conjunto de comandos emitidos por um soberano, elegendo a validade como requisito único de definição do conceito de direito, independentemente de essas normas serem ou não observadas pela sociedade. Dentro dessa perspectiva mais estrita de positivismo jurídico os elementos da validade e da eficácia social dissociam-se.

Em razão desse divórcio entre validade e eficácia, pois o positivismo jurídico considera como válida uma norma mesmo que não seja efetivamente aplicada, surgiu uma corrente teórica sustentando que se mostrou insuficiente definir o conceito de direito com fundamento único no requisito da validade, sendo necessária a inclusão da eficácia nessa definição. Essa doutrina é denominada como Escola Realista do Direito, para a qual o direito é uma realidade social e sua função é ser aplicado no seio dessa realidade de fato, de tal modo que se uma norma é solenemente ignorada pela sociedade, nesta incluídos os órgãos judiciários, não poderá ser considerada eficaz, carecendo, portanto, de juridicidade.

O maior expoente da teoria realista do direito foi o *justice* Oliver Wendell Holmes, magistrado da suprema corte norte americana por mais de três décadas, para quem o direito não seria apenas lógica, mas sim experiência. Sua famosa definição sintetiza perfeitamente o argumento dessa corrente: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”<sup>1</sup>.

A diferença entre a conceituação estritamente positivista e a realista surge, em última instância, da forma diversa que cada qual emprega para individualizar a fonte do direito.

---

<sup>1</sup> “As previsões sobre o que os tribunais efetivamente farão, e nada mais pretensioso que isso, é o que entendo por direito.” (POSNER, Richard. *The Essential Holmes*, Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 160 ss.)

---

---

Nesse sentido, Norberto Bobbio anota como os expoentes de cada escola encaram o fenômeno jurídico:

[...] os juspositivistas enfocam o direito pelo ângulo visual do *dever ser*, considerando assim o direito como uma realidade *normativa*; os realistas enfocam o direito do ângulo visual do *ser*, considerando assim o direito como uma realidade *fatual*.<sup>2</sup>

Portanto, a abordagem alexyana engloba na dimensão real do direito tanto os conceitos primariamente orientados para a normatização quanto aqueles voltados à eficácia social das normas, harmonizando as escolas positivista e realista.

O diferencial da teoria da dupla natureza do direito é a inclusão de elementos morais no sistema jurídico, a partir da pretensão de correção material das normas que se mostram injustas. Nesse particular, Alexy relembra decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento do 11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich* que preconizou a diretriz de que “o direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um ‘legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer’ significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas” (BVerfGE 3, 58 (119)).

#### 4. O DEVER SER IDEAL

A dimensão ideal do sistema jurídico decorre da tese de que o direito, necessariamente, erige uma pretensão de correção, e que nesta se inclui uma pretensão de correção moral. Desse reconhecimento advém o inescusável elo entre direito e moralidade.

Alexy sustenta que há uma conexão conceitual e normativamente necessária entre o direito e a moral. Enquanto no positivismo jurídico estrito o elemento da justiça é reduzido à validade da norma, na proposta da dupla natureza do direito a validade do direito perpassa pelo crivo da pretensão de correção moral, com base no argumento da injustiça dos conteúdos normativos.

Mas o que seria essa pretensão de correção? Segundo Alexy, todo participante de um sistema jurídico, mormente legisladores e juízes, quando formulam proposições sobre esse sistema sempre erigem uma pretensão de que tais enunciados sejam corretos<sup>3</sup>. Por essa razão a

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995, p. 142-143.

<sup>3</sup> “Instituir uma pretensão de correção significa, entre outras coisas, asseverar implicitamente que a decisão é correta.” (ALEXY, Robert. *Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito*, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo-RDA, nº 253, 2010, p. 12-13)

---

---

pretensão de correção ser intrinsecamente conectada à justiça, pois esta é o parâmetro empregado no estabelecimento das pretensões jurídicas.

Levantar aquela pretensão significa, primeiro, que por meio dos atos institucionais deles, ou seja, com a aprovação de leis e decisões judiciais, está vinculado o ato não institucional de “asserção” de que o ato jurídico é correto quanto ao conteúdo e quanto ao procedimento<sup>4</sup>.

A dimensão do dever ser ideal, ao incorporar no sistema jurídico a tarefa de correção moral quanto ao seu conteúdo, retrata uma necessidade tanto conceitual quanto normativa de a pretensão de correção ser elemento essencial da definição de direito<sup>5</sup>.

Pelo argumento da necessidade conceitual Alexy aponta que a pretensão de correção é um elemento conceitualmente necessário para o conceito de direito porque quando o legislador edita determinado diploma normativo sempre pretende, fundamentalmente, que o seu texto seja correto, o que no caso do direito implica que seja justo. Nesse sentido, a pretensão de correção pode ser tomada como o fator essencial e definidor do próprio conceito de legislador. Alexy toma como exemplo um dispositivo constitucional hipotético que afirmasse “X é uma república soberana, federal e injusta”. A contradição performativa dessa norma decorre da discrepância entre o que é implicitamente pretendido quando se promulga uma constituição, ou seja, que ela é justa, e o que é explicitamente declarado, a saber, que ela é injusta. Esse exercício demonstra que o direito e a pretensão de correção são conectados por razões conceituais, e não apenas intencionais.

Especificamente quanto aos juízes, a pretensão de correção assume outros contornos, dado que estará inserida dentro de um contexto de argumentação jurídica e discursos práticos de validade que serão analisados mais adiante.

Por outro lado, pelo argumento da necessidade normativa, Alexy sustenta que o conteúdo das proposições jurídicas não deve ultrapassar um nível tolerável de injustiça, em especial nos casos de injustiça extrema. Disso decorre que a teoria da dupla natureza não considera como direito aqueles sistemas jurídicos extremamente injustos, rememorando a

---

<sup>4</sup> ALEXY, 2010, p. 10-11.

<sup>5</sup> “A necessidade normativa deve ser estritamente distinguida da necessidade conceitual. O fato de algo ser normativamente necessário quer dizer simplesmente que é ordenado. Pode-se contestar a validade de uma ordem sem incorrer numa contradição, mas não a existência de uma necessidade conceitual. Desse modo, fica claro que a necessidade normativa é apenas uma necessidade em sentido amplo” (ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 26)

---

---

clássica fórmula de Gustav Radbruch<sup>6</sup> - que após 1945 assumiu uma postura não-positivista - de que a injustiça extrema não é direito.

#### 4.1. A racionalidade da pretensão de correção e a teoria do discurso

A pretensão de correção como elemento integrador do conceito de direito sofre críticas por parcela da doutrina contemporânea e que merecem ser analisadas para seu melhor aperfeiçoamento.

A primeira objeção direcionada à pretensão de correção é esboçada por Neil MacCormick<sup>7</sup>, ao enfatizar que o direito não é capaz de erigir qualquer pretensão, pois os ordenamentos normativos são “estados de coisas”, e estados de coisas são incapazes de ter intenções ou levantar pretensões, diferentemente de pessoas<sup>8</sup>.

Alexy concorda com MacCormick no sentido de que o direito enquanto sistema normativo é incapaz de, literalmente, levantar pretensão, pois em sentido estrito apenas as pessoas que possuem capacidade de falar e agir é que podem erigir pretensões. Contudo, a teoria alexyana sustenta que a pretensão de correção é levantada, em nome do direito, por pessoas, em especial pelas autoridades públicas<sup>9</sup>. Não é o direito em si, ontologicamente considerado, que levanta uma pretensão, mas sim os seus representantes.

Outro crítico da teoria da pretensão de correção é Joseph Raz, que em seu duro ensaio intitulado “O argumento a partir da justiça, ou como não responder ao positivismo jurídico”<sup>10</sup>, sustenta, dentre outras refutações, que a pretensão de correção se refere exclusivamente à dimensão real ou autoritativa do direito, isto é, diria respeito apenas a fatos sociais, e não morais.

---

<sup>6</sup> “Uma vez ultrapassado o limiar da injustiça extrema a validade jurídica é perdida” (ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 254)

<sup>7</sup> MACCORMICK, Neil. *Why Law Makes No Claims*, in: *Law, Rights and Discourse*, G. Pavlakos (org.), Oxford, 2007, p. 59.

<sup>8</sup> Juan García Amado também espousa o mesmo entendimento: “é inevitável a impressão de que a ideia de pretensão de correção do sistema como um todo é um artefato teórico inconveniente, por ser enigmático e inútil. Enigmático porque não se entende como um sistema normativo enquanto tal pode pretender algo; ademais, falar de um autor do sistema jurídico enquanto aquele que ‘pretende’ é supor uma misteriosa fantasia: o poder constituinte? O povo? Os legisladores e, em caso positivo, quais deles? É inútil pelo que acabamos de dizer: porque a pretensão do sistema se exaure na pretensão de suas normas e decisões” (AMADO, Juan Antonio García. *Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 104, jan./jun. 2012, Belo Horizonte, p. 87-88)

<sup>9</sup> “Pessoas que levantam, em nome do direito, a pretensão de correção, podem ser caracterizadas como representantes do direito. [...] o direito pode levantar e de fato levanta uma pretensão de correção, porque a pretensão é feita por seus representantes”. (ALEXY, 2014, p. 222)

<sup>10</sup> RAZ, Joseph. *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in: *Law, Rights and Discourse*, G. Pavlakos (org.), Oxford, 2007.

---

---

Em resposta a essa objeção, Alexy argumenta que a pretensão de correção não se circunscreve apenas à dimensão factual do direito, mas implica também a sua dimensão ideal. No caso de decisões judiciais tomadas dentro de um sistema jurídico que permita mais de uma decisão, estabelecendo normas de “textura aberta”, a decisão a ser tomada não poderá ser fundamentada pelos padrões positivados, pois se pudesse ser baseada em tais padrões não seria uma norma aberta. E, devendo se basear em um padrão qualquer, para que não seja arbitrária e contrarie a pretensão de correção, deverá buscar fundamento em outros padrões normativos.

Decisões jurídicas frequentemente dizem respeito a questões de distribuição e compensação. Questões que versam sobre a distribuição e a compensação corretas são questões de justiça, pois a justiça não é nada mais que correção na distribuição e na compensação. Questões de justiça são contudo questões morais<sup>11</sup>.

Se o juiz deve recorrer a algum padrão de justiça ao decidir um caso cuja hipótese de incidência é uma norma de textura aberta, implica reconhecer que a pretensão de correção erigida na produção da decisão necessariamente não se refere apenas à dimensão real, mas também à dimensão ideal do direito.

E essa tese é válida mesmo nas hipóteses em que a norma jurídica permite apenas uma decisão, mas injusta. Nesses casos, Alexy sustenta que ou a pretensão de correção equivale à pretensão de que é moralmente justificado aderir a uma lei injusta por respeito ao valor moral da legalidade ou ela conduz à pretensão de que é moralmente justificado fazer uma exceção à norma, e até mesmo declará-la inválida, com base no fato de que, nesse caso, a justiça deve prevalecer sobre o valor moral da legalidade. Sendo assim, “a pretensão de correção do direito sempre se refere não só a fatos sociais, mas também à moralidade” (ALEXY, 2014, p. 224).

Ao estabelecer que o direito também se refere à moral, a teoria da dupla natureza do direito sofre outra censura, no sentido de que a pretensão de correção não seria nada mais que a expressão de uma ilusão ou um erro. Nesse particular, questiona-se a própria racionalidade da pretensão de correção.

Reconhecida como “objeção da irracionalidade”, essa crítica argumenta que os juízos morais ordinários podem incluir pretensões de objetividade, mas que na realidade são falsas. O anseio de objetividade da moral deve ser contrastado com uma teoria do erro, que sustenta que juízos sobre o que seria moralmente permitido, proibido ou comandado, bem como sobre

---

<sup>11</sup> ALEXY, 2014, p. 224

---



o que seria moralmente justo ou injusto, bom ou ruim, são absolutamente subjetivos, relativos ou simplesmente manifestam resultados de decisões arbitrárias. Por esse motivo que falta racionalidade aos argumentos morais, o que leva a ausência de correção e verdade quanto ao seu conteúdo.

A pretensão de correção no âmbito da moral, continua o repto, é a pretensão de que algo que não possa ser correto seja correto. Diante disso, a pretensão de correção do direito deveria ser restrita apenas à dimensão real, baseada no caráter autoritativo do direito, pois o contrário faria essa pretensão conectar o direito com a irracionalidade.

A solução à objeção da irracionalidade, segundo a tese da dupla natureza do direito, seria a Teoria do Discurso. A teoria do discurso sustenta que no embate entre probabilidade e arbitrariedade há uma terceira via, qual seja, a racionalidade.

Alexy apresenta a teoria do discurso como uma hipótese procedimental da racionalidade prática, que considera como verdadeira - ou correta - apenas as proposições práticas ou normativas que sejam resultantes de um discurso prático racional. As condições dessa racionalidade discursiva são estabelecidas através de um sistema de princípios, regras e formas do discurso prático geral, de tal modo que esse sistema abrange regras que exigem a não-contradição, clareza na linguagem, certeza das suposições e sinceridade dos participantes, bem como outros princípios e formas que definem as consequências e a universalizabilidade das pretensões.

Para bem compreender o impacto da teoria do discurso nesse ponto mostra-se indispensável recorrer ao teórico que melhor delineou seus fundamentos, o filósofo alemão Jürgen Habermas. Longe de esgotar a teoria do agir comunicativo nessa análise, a contribuição habermasiana para a insolúvel conexão entre direito e moral é de relevância ímpar, em especial por considerar que os processos de legitimação não são apenas formais, decorrentes de procedimentos legais, mas se baseiam, também, em um conjunto de valores intersubjetivamente aceitos e que revelam hipóteses de justiça.

A denominada ação comunicativa traduz o cerne da proposta de Habermas. O agir comunicativo é expresso como uma ação orientada para a compreensão e o entendimento entre participantes de um discurso realizado em uma situação ideal, na qual o acesso é garantido com iguais oportunidades de expressão e com a partilha de critérios discursivos comuns baseados na lógica do “melhor argumento”.

A comunicação pressupõe a paridade entre os participantes, restando fragilizada quando em vez de se buscar o entendimento com base em argumentos racionais são

---

---

contrapostos pseudo-argumentos baseados em razões emocionais, autoritárias, fideístas, dentre outras. O agir comunicativo orienta-se para a compreensão, não necessariamente para o sucesso, isso porque possui uma racionalidade interna que permite o confronto entre diferentes juízos de valor com fundamento em uma ética do discurso baseada no princípio da universalização<sup>12</sup>. Por este princípio toda pretensão deve possuir condições de obter o consentimento de livres participantes do discurso prático, sendo que a contraposição entre juízos de valor é possível desde que se distinguindo os interesses generalizáveis dos particulares. Isto é, por essa racionalidade deve vigorar na ação comunicativa o princípio moral de que cada participante se comprometa a invocar pretensões apenas se elas puderem ser transformadas em aspirações generalizáveis<sup>13</sup>.

O produto da ação comunicativa é a atribuição de uma objetividade *sui generis* aos juízos de valor, constituída com base no consenso racional. O recurso ao consenso, não necessariamente de fato, mas racional, refere-se a condições ideais de agir comunicativo proveniente do respeito a procedimentos prefixados. Apenas quando forem garantidas como resultantes de um discurso que atente para condições procedimentais específicas é que as conclusões argumentativas serão revestidas de legitimidade e validade. Deste modo, a teoria do agir comunicativo assenta-se em uma teoria procedimental orientada para o consenso com fundamento no melhor argumento.

A legitimação do direito não poderia mais ser explicada pelo simples fato de o Estado se ajustar a um sistema de regras positivas, isto é, seguir corretamente um procedimento de produção e aplicação do direito. Esse procedimento, por si só, não pode gerar legitimação, mas sim o próprio processo de estabelecimento de normas deve estar sujeito à obrigação de legitimar-se. A justificação das normas não vem dos valores morais que estão nelas inscritos, mas sim dos procedimentos de sua elaboração e aplicação serem considerados legítimos pelos participantes do discurso jurídico.

Por essa razão, Habermas sustenta que o princípio democrático deve levar ao estabelecimento de um procedimento para a legítima produção do direito, que se fundamente

---

<sup>12</sup> “Uma norma só é justa quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 203)

<sup>13</sup> “[...] a questão diferente, de que o respeito a procedimentos garante resultado substancial, decorre do fato de que, segundo Habermas, a verdade ou a validade das conclusões se resolve no respeito aos critérios procedurais que ele prescreve. Tais critérios são informados por um princípio moral, o do respeito e da participação da cada um, ou da autonomia, e é esse princípio moral que orienta o uso da racionalidade (pelo princípio da universalizabilidade). Isso de tal modo que o resultado do discurso não seja uma transação entre pretensões, decorrente da *vontade* das partes, mas um ato de *conhecimento*, com que estas chegam à decisão racionalmente melhor.” (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 359)

---

---

no consenso dos participantes admitidos no processo de formação das leis. Isso implica reconhecer que o princípio democrático torna-se o princípio fundamental do discurso racional, dentro das condições asseguradas pelo sistema jurídico.

Em linhas gerais, essa é a síntese da teoria do agir comunicativo e do discurso prático geral. Todavia, Alexy defende ainda a tese do caso especial, na qual o discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático geral.

#### 4.2. A tese do caso especial

Em sua obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, Alexy procura demonstrar em que consiste o discurso prático geral e o discurso jurídico, bem como a razão de este ser um caso especial daquele.

Para explicar o que é o discurso prático geral Alexy parte de diversas teorias existentes, passando pelo emotivismo, naturalismo, as teorias de Wittgenstein, Hare, Toulmin e Baier acerca do discurso como uma atividade direcionada por regras, a teoria do consenso racional de Habermas e a teoria argumentativa de Chaim Perelman. Não é possível esboçar no presente trabalho uma análise aprofundada sobre essa panorâmica, bastando constatar que Alexy enxerga uma diferenciação entre gênero e espécie para distinguir o discurso jurídico do discurso prático geral.

Essa diferenciação, segundo Alexy, decorre do fato de que no contexto do discurso jurídico nem todas as questões estão abertas ao debate, como ocorre no discurso prático geral<sup>14</sup>, pois a discussão ocorre dentro de certas limitações.

A tese do caso especial sustenta que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral com base em três pressupostos. O primeiro pressuposto observa que a discussão jurídica, assim como a discussão prática geral, se ocupa daquilo que proibido, permitido ou comandado, isto é, diz respeito a questões práticas do agir. O segundo anota que tanto o discurso jurídico quanto o discurso prático geral levantam uma pretensão de correção. O terceiro pressuposto estabelece que a argumentação jurídica é hipótese de caso especial porque a pretensão de correção do discurso jurídico é distinta daquela do discurso prático

---

<sup>14</sup> No discurso prático geral, a observância das regras e princípios garante a probabilidade de acordos em assuntos práticos, mas não assegura que o acordo obtido seja irreversível. A razão disso é que as regras de racionalidade são concepções normativas historicamente dadas e, por consequência, são mutáveis, de tal forma que “até o ponto em que os resultados desse discurso não possam exigir nenhuma certeza final, é necessário que eles estejam sempre abertos à revisão. Essa exigência é apoiada pelas regras estabelecidas acima, em particular pelas regras de racionalidade, que estabelecem que toda pessoa, a qualquer tempo, pode disputar qualquer regra e afirmação normativa, inclusive as regras e afirmações que até aqui foram indisputavelmente respeitadas.” (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, São Paulo: Landy, 2001, p. 200)

---

geral, pois não se ocupa daquilo que é absolutamente correto, mas do que é correto no contexto de um ordenamento jurídico válido. Dentro de um sistema jurídico o que é correto depende, necessariamente, daquilo que é estipulado dogmaticamente e dos substratos fáticos que se encaixam nessas estipulações, ou seja, o discurso jurídico está vinculado às leis e aos precedentes, tendo ainda que respeitar a sistemática legal exteriorizada pela dogmática jurídica.

Dessas constatações extrai-se que a tese do caso especial implica reconhecer que o discurso jurídico é uma modalidade do discurso prático geral em razão de ambos levantarem uma pretensão de correção, embora o discurso jurídico possua uma característica que as outras formas de discurso não possuem, qual seja, o vínculo às leis, aos precedentes e à dogmática jurídica.

Dentro da teoria da dupla natureza do direito a pretensão de correção é exatamente o que conecta o direito à moral, o que confere a devida racionalidade a essa tese. Mas é importante anotar que Alexy não defende uma conexão trivial entre direito e moral, mas sim a conexão entre direito e moral dentro do contexto de uma teoria do discurso prático racional e, por consequência, do discurso jurídico. Portanto, na teoria da dupla natureza do direito a conexão entre direito e moral deve ser resultado de uma teoria do discurso racional com todas as suas regras e procedimentos formais.

A pretensão de correção do discurso jurídico, diferentemente do discurso prático geral, reivindica que mesmo diante das limitações estabelecidas pelo sistema jurídico o resultado da discussão será racionalmente justificável. Portanto, o juiz deverá demonstrar que sua decisão não se baseia em convicções pessoais, mas que pode ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica vigente.

Em complemento, a teoria da conexão sustentada por Alexy, no sentido de ponderar os princípios da segurança jurídica - dimensão real do direito - e da correção material ou justiça - dimensão ideal do direito, também decorre da tese do caso especial na forma da teoria do discurso e dos princípios.

O princípio da segurança jurídica é um princípio formal. Ele exige um compromisso com aquilo que foi estabelecido autoritativamente e é socialmente eficaz. O princípio da justiça é um princípio material ou substantivo. Ele exige que a decisão seja moralmente correta. Esses dois princípios, como princípios em geral, podem colidir, e de fato eles frequentemente colidem. Um nunca pode tomar o lugar do outro completamente, ou seja, em todos os casos. Ao contrário, a dupla natureza do direito exige que eles sejam considerados reciprocamente em uma proporção correta.

---

---

Na medida em que essa proporção correta é obtida, é alcançada a harmonia do sistema jurídico<sup>15</sup>.

Conclui-se que a teoria da dupla natureza do direito, derivada da tese do caso especial de discurso, constitui-se tanto da assertiva de que o direito possui uma conexão com a moral quanto da afirmação de que o conceito de direito resulta de uma ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da correção material, que no sistema jurídico implica em justiça dos conteúdos.

#### **4. A reconciliação entre o dever ser real e o dever ser ideal**

Na perspectiva da teoria da dupla natureza do direito a necessidade de positividade não implica necessariamente no positivismo jurídico exclusivo, dado que a pretensão de correção - justiça - não se esgota com a institucionalização do direito.

Nesse sentido, Alexy distingue dois níveis de correção, sendo eles de duas ordens. A correção de primeira ordem corresponde apenas à dimensão ideal, dizendo respeito ao princípio da justiça. A correção de segunda ordem é mais abrangente, pois engloba tanto a dimensão real quanto a ideal, o que implica reconhecer que ela diz respeito à segurança jurídica e à justiça.

O princípio da segurança jurídica apenas é atendido através da positividade, o que revela que a pretensão de correção, em especial a de segunda ordem, estabelece a conexão necessária entre o direito e os princípios da segurança jurídica e da justiça.

Em face dessa simbiose entre segurança jurídica e justiça a pretensão de correção de segunda ordem surge como uma pura atividade de ponderação. Isso demonstra que a ponderação possui papel relevante não apenas na criação e aplicação do direito, por meio da regra da proporcionalidade, mas também na própria gênese do sistema jurídico.

Mas essa correção de segunda ordem que estabelece o elo entre as dimensões real e ideal diz respeito à institucionalização da razão, que deve ser analisada sob os aspectos substantivo e procedimental.

No aspecto substantivo argumenta-se pela necessidade de um limite exterior do direito. Esse imperativo surge para rechaçar o argumento de Hans Kelsen de que qualquer conteúdo pode ser direito<sup>16</sup>. Para tanto, Alexy recorre à fórmula de Radbruch, cuja versão sintética anuncia que “a injustiça extrema não é direito”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> ALEXY, 2014, p. 312.

<sup>16</sup> “Segundo o direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos

---

---

O limite exterior ao direito, na forma como sustentado pela dupla natureza do direito, só é possível dentro de um contexto de não-positivismo inclusivo, em que os defeitos morais nem sempre minam por absoluto a validade das normas, mas que seguindo a fórmula de Radbruch tais defeitos viciam a validade do direito apenas quando o limiar da injustiça extrema for ultrapassado. Isto é, a injustiça abaixo desse limiar continua incluída no conceito de direito, mas como direito defeituoso e válido.

O aspecto procedimental serve como complemento do aspecto substantivo, pois o limite exterior ao direito é necessário mas não suficiente para a institucionalização da razão. Para que isso ocorra é necessária a ligadura entre a positividade e a correção dentro do sistema jurídico, na forma de um constitucionalismo democrático que possui como elementos constitutivos a democracia e os direitos fundamentais.

A democracia é o componente mais importante no aspecto procedimental da institucionalização da razão, dado que pode ser concebida, simultaneamente, como um procedimento de argumentação e de decisão. A decisão, baseada no princípio da maioria, revela a dimensão real da democracia. Por outro lado, o procedimento de argumentação, como discurso público racional, constitui a sua dimensão ideal. A única possibilidade de realização dos objetivos da teoria do discurso é a institucionalização de uma democracia que abranja ambas as dimensões, denominada de “democracia deliberativa”.

De outra banda, os direitos fundamentais são considerados como direitos humanos positivados em constituições de estados democráticos. Os direitos humanos são, acima de tudo, direitos morais. Como elementos morais, os direitos humanos são fundamentados com base na teoria do discurso, pois a atividade de discussão pressupõe liberdade e igualdade, maiores premissas dos próprios direitos humanos. Nesse sentido, Alexy aponta que os direitos humanos são discursivamente necessários.

Mas a questão que interessa para a dupla natureza do direito é que os direitos humanos, como direitos morais, pertencem exclusivamente à dimensão ideal do direito, de tal modo que sua transposição para a categoria de direitos fundamentais, isto é, em direito positivo, representa a necessidade de conexão entre a dimensão real e ideal.

---

condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como fora da ordem jurídica desses Estados.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 44)

<sup>17</sup> A fórmula de Radbruch pode ser encarada como uma versão moderna da clássica lição de Santo Tomás de Aquino quando preconizou que “*lex tyrannica, cum non sit secundum rationem, non est simpliciter lex, sed magis est quaedam perversitas legis*” (A lei tirânica, não estando de acordo com a razão, não é, absolutamente falando, lei; antes, é uma perversão dela).

---

Na prática de uma democracia ideal o processo democrático sempre respeitaria os direitos fundamentais, inexistindo conflito entre esses dois elementos essenciais do constitucionalismo democrático. Contudo, em uma democracia real esse conflito se instala rotineiramente, o que acaba exigindo o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade das deliberações legislativas realizado pelo Judiciário está mais próximo da dimensão ideal do direito do que está o Poder Legislativo, pois este se volta, essencialmente, para a dimensão real. Isso demonstra que a dialética entre o dever real e o dever ser ideal, ou seja, a dupla natureza do direito, se mostra presente até mesmo na relação entre o controle de constitucionalidade e o produto das decisões legislativas.

Um Estado democrático deve estabelecer parâmetros para a solução de problemas jurídicos, sendo que a legislação e o controle de constitucionalidade são as principais ferramentas para esse fim. Mas esse recorte institucional exige um elemento de ligação, o que é feito pelo discurso jurídico ou argumentação jurídica.

A argumentação jurídica decorre da tese do caso especial, que, conforme demonstrado anteriormente, sustenta que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Enquanto o discurso prático geral é uma discussão não institucionalizada sobre questões práticas, que compreende argumentos não autoritativos, ou seja, argumentos morais referentes à justiça, e argumentos éticos relacionados a argumentos pragmáticos que se baseiam em uma racionalidade meio-fim, o discurso jurídico está vinculado à lei, aos precedentes e à dogmática.

Esse cenário demonstra que a argumentação jurídica também possui uma dupla natureza, pois o discurso prático geral representa a dimensão ideal, enquanto o discurso jurídico representa a dimensão real ou autoritativa.

Habermas levantou consideráveis críticas em face da tese do caso especial, movido principalmente pela preocupação de essa tese conferir demasiado poder de decisão ao Poder Judiciário a ponto de fragilizar a legitimidade democrática.

Once the judge is allowed to move in the unrestrained space of reasons that such a “general practical discourse” offers, a “red line” that marks the division of powers between courts and legislation becomes blurred. In view of the application of a particular statute, the legal discourse of the judge should be confined to the set of reasons that legislators either in fact [have] put forward or at least could have mobilized for the parliamentary justification of that norm. The judge, and the judiciary in general, would otherwise gain or appropriate a problematic

---

---

Independence from those bodies and procedures that provide the only guarantee for democratic legitimacy<sup>18</sup>.

Alexy rebate essa crítica com base em dois pressupostos. Primeiramente, que a tese do caso especial não autoriza o juiz a mover-se livremente em um espaço vago de razões, mas sim que ela exige uma prioridade, *prima facie*, das razões autoritativas - dever ser real. Em segundo lugar, a proposta habermasiana de que o juiz deveria ficar delimitado ao conjunto de razões que o legislador apresentou ou poderia ter apresentado para a justificação da norma volta a discussão para a velha questão acerca da intenção real do legislador. Isso porque frequentemente há dificuldades na identificação da intenção do legislador, sendo que na maior parte das vezes ela é vaga ou inconsistente. A busca pela vontade hipotética do legislador, por seu turno, é ainda mais problemática, dado que pode servir como subterfúgio para disfarçar as intenções pessoais do juiz.

O objetivo de Habermas é tentar aumentar a influência da dimensão real do direito para fortalecer a democracia. Entretanto, Alexy realça que apenas a tese do caso especial permite a realização de uma adequada ponderação entre as dimensões real e ideal do direito na perspectiva da argumentação jurídica.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da dupla natureza do direito propõe que o sistema jurídico seja composto tanto por uma dimensão real quanto por uma dimensão ideal.

A dimensão real, dever ser real ou factual, compreende a legalidade autoritativa e eficácia social das normas, harmonizando, dessa forma, as propostas positivistas e realistas quanto à validade do direito.

Por seu turno, a dimensão ideal, dever ser ideal ou *prima facie*, corresponde à pretensão de correção, que estabelece a conexão conceitual e normativamente necessária entre o direito e a moral.

A operacionalização dessa pretensão de correção se dá por intermédio do discurso jurídico, considerado como um caso especial do discurso prático geral. Apenas por meio da

---

<sup>18</sup> Em tradução livre: “Uma vez que ao juiz é permitido mover-se no livre espaço das razões que tal ‘discurso prático geral’ oferece, uma ‘linha vermelha’ que divide os poderes entre cortes e legislação fica turva. No caso da aplicação de uma lei específica, o discurso jurídico do juiz deveria limitar-se ao conjunto de razões que o legislador de fato apresentou ou, pelo menos, poderia ter mobilizado para a justificação parlamentar daquela norma. O juiz e o Judiciário, em geral ganhariam ou se apropriariam de uma problemática independência em relação àqueles órgãos e procedimentos que constituem a única garantia para a legitimidade democrática” (HABERMAS, Jürgen, *A Short Reply*, in: *Ratio Juris*, n° 12, 1999, p. 445-453)

---



---

institucionalização da razão, com o emprego do constitucionalismo democrático, é que se mostra possível conferir racionalidade à pretensão de correção jurídica.

As teses de Alexy, por serem modernas e vanguardistas, sofrem duras críticas por parte considerável da doutrina contemporânea. Assim como ocorreu com Hans Kelsen, maior teórico do positivismo jurídico e que sofre críticas até mesmo na atualidade, as ideias de Alexy estão sendo amadurecidas pelo crivo das contestações.

Em face de sociedades hipercomplexas, em que os valores morais intersubjetivamente compartilhados são das mais variadas vertentes, imaginar que o direito deva respeito apenas à legalidade estrita parece não ser a melhor solução, fato esse que ressalta a relevância da teoria da dupla natureza do direito ao estabelecer, por meio de um processo discursivo racional, a necessária conexão entre o direito e a moral.

## REFERÊNCIAS

**ALEXY, Robert.** *Conceito e Validade do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria Discursiva do Direito*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Argumentação Jurídica*, São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. *Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito*, Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo-RDA, nº 253, 2010.

**AMADO, Juan Antonio García.** *Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas*, Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 104, jan./jun. 2012, Belo Horizonte, p. 53-127.

**BOBBIO, Norberto.** *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995.

**HABERMAS, Jürgen.** *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I e II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *A Short Reply*, in: Ratio Juris, 12, 1999, p. 445-453.

**KELSEN, Hans.** *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

**MACCORMICK, Neil.** *Why Law Makes No Claims*, in: Law, Rights and Discourse, G. Pavlakos (org.), Oxford, 2007.

**PALOMBELLA, Gianluigi.** *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

**POSNER, Richard.** *The Essential Holmes*, Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 160-177.

---

**RAZ, Joseph.** *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in: *Law, Rights and Discourse*, G. Pavlakos (org.), Oxford, 2007.