

O PROJETO METODOLÓGICO DO NÃO POSITIVISMO DE ALEXY

Fernando Leal¹**Resumo**

Neste trabalho defendo que compreender a tese da dupla natureza do direito de Robert Alexy como um argumento metodológico – e não substantivo sobre propriedades essenciais do direito –, pode ser mais fecundo para tornar mais claro o projeto filosófico do autor sobre a natureza do direito e rebater algumas objeções. Para tanto, argumento que opções metodológicas são importantes para diferenciar projetos sobre a natureza do direito e exploro como essas opções podem ser úteis para (i) enfraquecer a tese da separação como tese central para diferenciar positivistas de não positivistas e (ii) desfazer as associações positivismo/descriptivismo e não positivismo/normativismo.

Palavras-chave: Dupla Natureza do Direito; Alexy; Fórmula de Radbruch Descriptivismo Normativismo; Positivismo Jurídico.

Certa vez, em uma das suas aulas, o professor Alexy disse que o debate entre positivistas e não positivistas tinha chegado a um tal nível de complexidade que seria necessária uma lupa para identificar os pontos exatos que os diferenciam. Essa imagem me parece bastante apropriada para ressaltar como as disputas que envolvem diferentes concepções substantivas sobre a natureza do direito nem sempre são tão facilmente apreensíveis como as versões que parecem dominar as visões de alguns acadêmicos e juristas práticos. De fato, não é raro encontrar no Brasil caracterizações de positivismo e não positivismo que tendem a caricaturas ou simplificações extremas² – e, portanto, problemáticas, ainda que possam ser compatíveis com teses positivistas e não positivistas. Isso é especialmente válido para o positivismo jurídico, comumente percebido como uma teoria absurda (especialmente quando associada a uma teoria compreensiva ou normativa da decisão judicial orientada em um tipo caricato de formalismo), completamente superada ou, no mínimo, irrelevante para compreender o direito. Por isso, entender as diferentes nuances que demarcam as fronteiras entre positivismo e não positivismo *em seus próprios termos* – se é que ainda faz sentido falar nessa distinção – é crucial para que se possam desfazer as confusões, identificar os pontos de desacordo entre aqueles que se definem como positivistas e não positivistas e, no fundo, para que se possam refinar e aprofundar as nossas visões sobre *o que caracteriza o direito e como*

¹ Doutor em Direito summa cum laude pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemanha). Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenador adjunto do mestrado em direito da Regulação da FGV Direito Rio. Professor da FGV Direito Rio. E-mail: farleal@gmail.com

² No caso de uma recepção “impura” da obra de Kelsen, v. LEAL, 2014.

desempenhar a tarefa de investigar a sua natureza.

O meu ponto até agora é bastante simples: se existe uma elevada complexidade em torno das discussões que opõem positivistas e não positivistas, essa complexidade não decorre apenas das compreensões inadequadas sobre o que, de fato, cada um dos lados defende. Há, na verdade, uma complexidade intrínseca ao próprio debate que precisa ser conhecida e explorada. Apresentar essa complexidade e mostrar como a proposta de Alexy se insere nela é o propósito principal deste trabalho. Para tanto, pretendo, em um primeiro momento, mostrar como a tese da separação pode – ao menos em uma versão geral – ser discutível como tese central para diferenciar positivistas de não positivistas; depois, na segunda parte deste texto, quero apresentar e tecer breves comentários sobre a dimensão metodológica do debate sobre a natureza do direito. Neste momento, tenho dois objetivos. Em primeiro lugar, pretendo justificar por que as associações positivismo/descriptivismo e não positivismo/normativismo são inadequadas; em segundo, quero mostrar como a proposta de Alexy pode contribuir para desfazer essas confusas associações; em um terceiro momento, finalmente, pretendo mostrar como a tese da dupla natureza do direito, entendida como um argumento *metodológico* – e não substantivo sobre propriedades essenciais do direito –, pode ser útil para que se possa entender melhor o projeto filosófico de Alexy e rebater algumas objeções.

O debate entre positivistas e não positivistas é tradicionalmente colocado como um debate a respeito das relações entre direito e moral no âmbito da definição das condições de validade de normas e/ou sistemas jurídicos. Esse debate não envolve, portanto, disputas sobre como casos concretos são e deveriam ser resolvidos. Ao contrário, teorias sobre a natureza do direito são *ortogonais* relativamente aos resultados de disputas jurídicas concretas, pois, não raro, um mesmo resultado pode ser explicado ou justificado por diferentes posições (BIX, 2006, p. 144). E a razão para tanto é simples: o positivismo jurídico e o não positivismo não são necessariamente teorias sobre a tomada de decisão jurídica. Ambos são, na verdade, teorias sobre a natureza do direito, o que significa dizer, no âmbito da tradição analítica, teorias preocupadas com a identificação das propriedades necessárias do conceito de direito, ou seja, o que permite caracterizar determinada prática social como “direito” em qualquer tempo e espaço.

Nesse cenário, positivistas, como se sabe, diferenciam-se tradicionalmente de não positivistas ao defenderem as teses da separação e dos fatos sociais. De acordo com esta última, a identificação do direito é fundamentalmente determinada por fatos sociais. Ao contrário, não positivistas defendem a concepção de que essa é, *no mínimo*, uma perspectiva incompleta para a identificação do direito válido. Tal tarefa, para eles, deve também incluir *necessariamente* critérios morais. Esse ponto amplamente compartilhado não impede, certamente, a defesa de diferentes concepções no âmbito do não positivismo. Partindo, no entanto, do referido consenso, as divergências entre não positivistas poderiam, no máximo, dizer respeito à necessidade de critérios

morais serem ou não complementados por fatos sociais para que se possa identificar o direito válido.³

Da mesma forma, o acordo em torno da tese dos fatos sociais não impede que a formulação ampla apresentada receba interpretações diferentes dentro da tradição positivista. Para positivistas inclusivos, por um lado, a tese dos fatos sociais significa que os critérios de validade em um dado sistema jurídico resultam da prática institucionalizada do direito. No âmbito dessa prática, a identificação do que é direito em uma sociedade depende especialmente do modo como autoridades – *i.e.* aqueles que em razão do ofício encaram o direito como vinculante e estão, por isso, dispostos a avaliar condutas de acordo com ele – decidem de fato disputas jurídicas (LEITER, 2001, p. 357).⁴ Em suma, positivistas inclusivos – seguindo a tradição hartiana – relacionam a tese dos fatos sociais ao que *constitui* a regra de reconhecimento de uma sociedade.⁵ Positivistas exclusivos, por outro lado, interpretam a tese dos fatos sociais de uma forma mais estrita, ou seja, como um limite para a identificação e para o próprio conteúdo do direito. De acordo com o positivismo exclusivo, os critérios de validade de um determinado sistema jurídico são determinados *apenas* por fatos sociais.⁶ Isso significa que a identificação do direito válido para um positivista exclusivo não inclui qualquer referência aos méritos morais de normas jurídicas, algo que, ao contrário, é aceito como *possibilidade* para os positivistas inclusivos. Basta, nesse sentido, que as convenções por meio das quais autoridades institucionais identificam o direito e decidem disputas no âmbito de um sistema jurídico incluam padrões de moralidade para que um positivista inclusivo associe à regra de reconhecimento a necessidade de avaliação moral de normas individuais como critério de validade *no caso específico deste sistema jurídico*. Essa associação, no entanto, permanece apenas como possibilidade, na medida em que é possível também conceber sistemas jurídicos em que a prática institucional do direito não incluía padrões substantivos entre os seus critérios de validade. Na leitura de Coleman, enquanto o positivismo exclusivo vincula necessariamente fatos sociais ao conteúdo do direito, o positivismo inclusivo estatui essencialmente uma proposta sobre o que

³Alexy, por exemplo, é um não positivista que não exclui a importância de fatos sociais para determinar o conteúdo do direito, ao enfatizar que o direito possui tanto uma dimensão ideal como uma factual. Excluir completamente fatos sociais dos critérios de validade, critica Alexy, implica uma sobrevalorização da dimensão ideal do direito. Equilibrar, ao contrário, as duas dimensões pressupõe que a dimensão factual do direito desempenhe também um papel fundamental para a identificação do direito de uma determinada sociedade. Por isso, por exemplo, nem todo o direito moralmente defeituoso, nessa perspectiva, é considerado direito inválido, mas apenas nos casos em que a sua incorporação implique injustiça extrema (fórmula de Radbruch). Essa versão do não positivismo é chamada pelo autor de “não positivismo inclusivo”, enquanto a versão que exclui completamente as fontes sociais dos critérios de identificação do direito válido é chamada de “não positivismo exclusivo”. V. (ALEXY, 2008, p.287-288). Há ainda uma versão chamada de “não positivismo super-inclusivo”, identificada com a filosofia do direito kantiana. O maior problema desta perspectiva é a sua sub-idealização da dimensão ideal do direito, na medida em que a positivação do direito é condição necessária para que o direito natural seja efetivo. V. (ALEXY, 2008, p. 288 e ss.)

⁴Essa visão expressa a tradicional concepção de Hart, de que a identidade e o conteúdo do direito devem ser determinados à luz do ponto de vista interno. V. a respeito Hart (1998, p 89-91, 242 e ss.) e Shapiro (2006).

⁵Sobre a regra de reconhecimento v. Hart (1998, p. 100 e ss.).

⁶Joseph Raz, o maior expoente do positivismo exclusivo, refere-se à tese dos fatos sociais como “a tese das fontes” (*the source thesis*). De acordo com ela “the identification of law never requires the use of moral arguments or judgements about its merit”. V. Raz (2007, p. 22) V. também Leiter (2001, p. 357) e Coleman (2007, p. 586).

constitui o conteúdo do direito (“a claim about the constituents of legal content”) (COLEMAN, 2009, p.384).⁷ Dessa forma, o positivismo inclusivo não interpreta a tese dos fatos sociais como um limite *direto* à identificação do direito, mas como um limite sobre os determinantes do conteúdo do direito. Apesar da diferença, não se pode dizer que a tese dos fatos sociais não é, em alguma medida, endossada por ambas as perspectivas juspositivistas.

Verdadeira discussão existe quando a *tese da separação* entra em jogo. Neste plano não há, sobretudo, consenso entre os positivistas a respeito da compatibilidade da tese da separação com todas as manifestações do positivismo jurídico. Em sua versão mais abrangente – e comumente reproduzida –, a tese da separação é um rótulo para condensar uma espécie de mantra: “não há conexão *necessária* entre direito e moral” (COLEMAN, 2009, p. 366). Repetido acriticamente, esse slogan seria capaz de diferenciar positivistas de não positivistas e, além disso, abranger todas as suas nuances. Vejamos o caso do positivismo inclusivo, o caso aparentemente mais difícil para a tese geral da separação.

O positivismo inclusivo, como vimos, reconhece a possibilidade dessa conexão e a compatibilidade desse ponto de vista com a tese dos fatos sociais. A existência de conexões entre direito e moral em um determinado sistema jurídico não implica, contudo, que algo a respeito do seu caráter *necessário* como propriedade do direito possa ser dito. Se padrões morais estão incluídos entre os critérios de validade de normas em um dado sistema jurídico, isso resulta da sua incorporação *naquele sistema*. As conexões entre direito e moral para um positivista permanecem, assim, meramente contingentes, já que elementos morais podem ou não estar incluídos entre os critérios de validade. Por conseguinte, elementos morais não têm nada de importante a dizer sobre o *conceito* de direito, já que eles não expressam nenhuma das suas propriedades necessárias. O conceito de direito positivista não incluiria, assim, elementos morais e disso se seguiria que leis moralmente reprováveis podem ser consideradas como direito. Nesses termos, a tese da separação parece sobreviver. Para positivistas inclusivos, afirmar que as relações entre direito e moral não são necessárias significaria dizer: “conexões entre os dois podem existir, mas nem sempre”; para positivistas exclusivos, por sua vez, sustentar que as relações entre direito e moral não são necessárias significaria apenas uma maneira branda de dizer que “elas nunca podem existir”.

Concepção oposta defenderia o não positivismo. Não positivistas, ainda de acordo com o mantra geral, defenderiam a existência de “conexões *necessárias* entre direito e moral” e isso influenciaria decisivamente a forma de conceituar o direito. Nesse sentido, a identificação de algo como direito não poderia ser feito sem a consideração dos seus méritos morais. Fundamento para tanto seria o fato de que a natureza do direito incorpora exigências substantivas, como demandas por justiça ou correção. Alexy, por exemplo, refere-se a essa conexão como expressão da ideia de que a essência do direito diz respeito não somente a fatos sociais (como concebe um

⁷ Para Coleman, o positivismo exclusivo, o jusnaturalismo e o positivismo inclusivo se diferenciam da seguinte forma: para o primeiro “necessarily only social facts are determinants of legal content”. Para o segundo “necessarily moral and social facts are”. vol.10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp.258-273 261

positivista), mas a fatos e ideais (ALEXY, 2007, p. 37).

Mas a que tipo de conexão entre direito e moral positivistas e não positivistas se referem? A amplitude do mote tradicional para enunciar a tese da separação (*i.e.* não há conexão necessária entre direito e moral) não permite claramente especificações imediatas. Ela, ao contrário, parece erigir uma pretensão de generalidade: de acordo com a tese da separação, positivistas não admitem *nenhum tipo* de conexão necessária entre direito e moral. Se for, no entanto, plausível afirmar que as conexões entre direito e moral podem existir, então a tese da separação é, em princípio, problemática, porque tende a ser, no mínimo, imprecisa. E, se algumas conexões existem necessariamente, é porque ela, naqueles termos muito gerais, é uma tese insustentável. Essa foi exatamente a ideia condutora na qual alguns nomes da tradição positivista como Raz e Coleman se orientaram para atacar e refutar a tese da separação. Para Raz e Coleman, a tese da separação em sua versão ampla não é capaz de diferenciar positivistas de não positivistas porque é *falsa* (COLEMAN, 2009, p. 383 e RAZ, 2007, p. 20). Gardner a considera enfaticamente um espantallo: “This thesis [there is no necessary connection between law and morality] is absurd and no legal philosopher of note has ever endorsed it as it stands” (GARDNER, 2001, p. 223). Até o ponto em que existem semelhanças entre direito e moral, nenhum positivista pode rejeitar, portanto, conexões necessárias entre ambos para explicar a natureza do direito (GARDNER, 2001, p. 223).⁸ Raz, reconhecido como o nome mais importante do positivismo exclusivo, enfatiza permanentemente que a pretensão de autoridade legítima levantada pelo direito é uma pretensão de natureza *moral* (RAZ, 2007, p. 19). Além disso, há relações inegáveis entre direito e moral que podem ser percebidas pelas possibilidades de se valorar moralmente o direito ou de se justificar moralmente restrições formais aos critérios de validade (RAZ, 2007, p. 21).⁹ E os principais nomes do positivismo jurídico atual não rejeitam conexões desse tipo. Assim, ainda que se possa divergir sobre a efetiva utilidade dessas conexões para o desenvolvimento de teorias sobre a natureza do direito, a possibilidade de se questionar – ou mesmo *refutar* – a tese da separação pode ser considerada no cenário atual o passo mais relevante para o desenvolvimento dos debates entre positivistas e não positivistas.

Uma leitura mais estreita, no entanto, é também possível e, neste caso, parece que a tese da separação pode ser mantida. Em uma leitura menos pretensiosa, a tese da separação pode ser compreendida como a expressão de um corte metodológico: o que o direito é e o que ele deve ser são questões diferentes (LEITER, 2001, p. 356).¹⁰ Positivistas, como vimos, admitem ser possível avaliar moralmente o direito de uma determinada comunidade. Tal possibilidade, no entanto, não desempenha nenhum papel para sustentar uma tese geral sobre a

determinants of legal content”. Para o terceiro “necessarily social facts determine the determinants of legal content” (COLEMAN, 2009, 384-385).

⁸ Ver também Coleman (2007, p. 583).

⁹ Neste último caso a referência é o que Fuller chama de “moralidade interna do direito”, *i.e.* “the morality that makes law possible”. Cf. Fuller (1964, Cap. II).

¹⁰ V. também Coleman (2009, p. 384).

identificação do direito. Se o direito que é deve manter o caráter de direito é simplesmente uma pergunta *posterior*, cuja resposta, ademais, depende necessariamente do conhecimento sobre o que está sob discussão. Sem que se saiba o que é o direito, não é possível empreender juízos de valor a seu respeito¹¹. Identificar o direito positivo é, assim, uma tarefa que não se confunde com o seu mérito ou demérito, ainda que este seja exatamente o objetivo de um teórico. Não se nega, assim, que valorar o direito positivo é uma tarefa legítima e tampouco que pensar o direito a partir de um ideal não seja útil para compreender a natureza do direito. Essas são apenas outras questões. Nesse sentido, a tese da separação é não apenas defensável, mas aceita pelos positivistas por ser uma tese verdadeira. Na verdade, *trivialmente* verdadeira. O problema da reformulação da tese da separação, por isso, está no fato de que autores como Coleman entendem que ela, nos novos termos, se torna tão óbvia que perde qualquer importância filosófica. Por conseguinte, ela é completamente irrelevante para distinguir positivistas de não positivistas (COLEMAN, 2009, p. 383). Em resumo, a posição de importantes nomes do positivismo – tenho em mente especialmente Coleman e Raz – em relação à tese da separação é que, ou ela é tão ampla que se torna falsa, ou tão obviamente verdadeira que pode ser considerada de menor importância.

Essa aparente redução da tese da separação é, então, suficiente para eliminar a sua centralidade no debate? Para Alexy, não. O ponto da discórdia diz respeito à possibilidade efetiva de se considerar como “direito” leis cujo conteúdo seja moralmente reprovável. É certamente correto afirmar que direito e moral mantêm as conexões necessárias alegadas por positivistas. Que o direito pode ser moralmente avaliado ou que pode haver restrições aos critérios de juridicidade moralmente justificáveis não é, porém, o que está sob discussão. Reconhecer relações necessárias dessa natureza, com outras palavras, não atinge o alvo quando o que se pretende defender é que existe algum tipo especial de relação necessária entre direito e moral defendida por não positivistas que positivistas não defendem.

As conexões entre direito e moral sustentadas por não positivistas são tais que condicionam *conteudisticamente* a validade de normas particulares. Autores não positivistas compartilham, de alguma maneira, uma visão sobre o conceito de direito que afeta as teorias *substantivas* que apresentam para caracterizar o direito. Por sua vez, as conexões reconhecidas por positivistas, no geral, dizem respeito essencialmente, ou às condições de possibilidade de valoração moral, ou ao reconhecimento de méritos *formais* vinculados a normas jurídicas (ALEXY, 2007, p. 43). É evidente que o alcance da expressão “conexão necessária” não está delimitado quando se afirma simplesmente “não há conexão necessária entre direito e moral”. Nesse sentido, positivistas têm razão quando rejeitam a tese ampla da separação ao fornecerem contraexemplos dessa conexão também aceitáveis por não positivistas. Mas em sua formulação estreita, a tese da separação não parece ser claramente óbvia a ponto de soterrar as objeções não positivistas.

¹¹ Para Farrell essa é uma vantagem do positivismo jurídico. Ao separar as questões “o que é o direito?” e “o direito deve ser”
vol.10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp.258-273 263

Até este ponto, temos, portanto, o seguinte quadro: se a tese dos fatos sociais parece ser amplamente aceita como central ao positivismo jurídico, a tese da separação – e a sua versão oposta, a tese da conexão – não seria suficiente para diferenciar positivistas de não positivistas. Não, ao menos, em sua formulação mais geral. Mas, se em uma visão mais restrita, essa tese pode continuar a desempenhar um papel importante para diferenciar os dois grupos, é porque a sua possível justificação pode estar para além das disputas de primeira-ordem/substantivas sobre o que é o direito e alguns de seus impasses. Este é o momento em que entra em cena a dimensão metodológica do debate entre positivismo e não positivismo.

A passagem das discussões mais simples sobre o que significa ou não defender a existência de conexões necessárias entre direito e moral para uma reformulação – ou até mesmo abandono – da tese da separação, além do surgimento de tantas espécies nas famílias “positivistas” e “não positivistas”, escancara por que a lupa mencionada por Alexy se torna cada vez mais necessária. A sofisticação do debate se tornou, na verdade, indispensável quando os debates substantivos a respeito da natureza do direito pareceram alcançar um tal nível em que não havia mais chance de progresso. Isso porque é neste ponto de aparente obstrução do debate de primeira-ordem, como ressalta Dickson, que o interesse por questões metodológicas aumenta (DICKSON, 2001, p.12).

O avanço das investigações sobre a natureza do direito depende, em larga escala, do reconhecimento de que muitas questões que afastam positivistas de não positivistas não dizem respeito apenas aos fundamentos de validade do direito. Elas são, no fundo, divergências sobre a própria *metodologia* da filosofia do direito. Em vez de se ocuparem de questões de primeira-ordem relativas às relações entre direito e moral para a definição do direito, as discussões passaram a se centrar no próprio modo de pensar o direito, notadamente pela indicação de méritos e problemas dos empreendimentos teóricos daqueles que pretendem investigar a sua natureza. As disputas substantivas sobre a tese da separação, na verdade, apenas contribuíam para obscurecer sobre o que, de fato, positivistas e não positivistas poderiam estar divergindo quando reconheciam, de um lado, que valorações são indispensáveis para se explicar o que o direito é, e, de outro, quando afirmavam que alguns tipos de juízos normativos seriam típicos do não positivismo. Perguntas como: “o que tentamos alcançar ao construirmos teorias sobre o direito e por meio de quais critérios podemos considerar essas teorias exitosas? ”; “os objetivos de uma teoria como uma teoria sobre a natureza do direito são descritivos, críticos ou justificatórios? ”; “é possível descrever o que o direito é sem pensar no que ele deve ser? ” são também cruciais para entender teorias positivistas e não positivistas, ainda que não digam respeito ao que é, de fato, o direito (DICKSON, 2001, p. 2). Com isso, percebe-se como a consciência de questões metodológicas inaugurou, no final do século passado e tendo como referência fundamental o trabalho de Hart, um novo e intenso *front* de discussões que alterou completamente o

eixo em torno do qual o tradicional debate entre positivistas e não positivistas tradicionalmente gravitava.

A utilidade central do debate metodológico consiste no fato de que ele permite esclarecer não apenas as divergências entre positivistas e não positivistas a respeito das propriedades necessárias do direito (*i.e.* de sua natureza), mas, sobretudo, os desacordos teóricos entre eles sobre os próprios objetivos da filosofia do direito e os caminhos mais apropriados para realizá-los. No primeiro caso, a questão fundamental está diretamente relacionada à compreensão da filosofia do direito como projeto de investigação sobre a natureza do direito de caráter *descritivo* ou *normativo*.¹² No segundo, as discussões giram em torno da seguinte pergunta: o instrumental oferecido pela filosofia analítica (especialmente a *análise conceitual*, tal qual tradicionalmente concebida) é útil ou suficiente para o empreendimento das pretensões da filosofia do direito? Como parece claro, essas discussões não se ocupam primariamente da natureza do direito, mas com a natureza de se teorizar sobre o direito (DICKSON, 2001, p 11).

Neste momento eu quero me concentrar apenas no primeiro tipo de disputa, *i.e.* no que diferencia projetos metodológicos descritivos de normativos. Embora, como ressalta Perry, a definição do que fazem descritivistas e normativistas possa variar (PERRY, 2009), considero que, para uma perspectiva descritivista, que tem em Hart o seu mais claro exemplo, uma adequada teoria do direito não depende de considerações sobre o mérito de normas jurídicas ou sobre as razões que justificam a existência do direito como um tipo especial de organização social. Uma teoria sobre o direito não precisa, assim, estar comprometida com a garantia de que se possa inferir legitimidade moral da juridicidade (*legality*) (COLEMAN, 2002, p. 312). O direito pode, sob esse ponto de vista, ser analisado sem referência a valorizações. A análise empreendida em um projeto filosófico sobre o que é o direito é moralmente neutra e sem propósitos justificatórios. O que se propõe, na verdade, é simplesmente identificar e *explicar* as formas e estruturas que são designadas pelo conceito de direito compartilhado em uma certa comunidade, mas sem que haja qualquer avaliação a seu respeito ou tentativa de justificá-las (HART, 1998, p. 239-240). Com curtas palavras, o direito – notadamente o direito positivo – pode ser identificado apenas com base no que ele de fato é, mas não a partir de uma investigação semântica a respeito de como a palavra “direito” é aplicada. O tipo de empreendimento teórico executado por Hart envolve uma análise sobre o *conceito* de direito, *i.e.* uma tentativa de compreender o que é o direito a partir de reconstruções que recorrem ao modo como

¹² É de se ressaltar também a existência de uma alternativa *consequencialista* de fundamentação de uma determinada teoria sobre a natureza do direito, que não será aqui aprofundada em razão da sua importância menor no debate em comparação com as alternativas descritivistas e normativistas. Apesar disso, elas são certamente úteis para explicar que o debate metodológico não se esgota nessas duas possibilidades. Kantorowicz e Schauer são proeminentes defensores de uma perspectiva consequencialista. Ambos partem da tese de que diferentes definições do direito devem ser julgadas à luz das suas utilidades comparativas. Para esse tipo de visão, uma definição do direito não é apenas o resultado de uma investigação sobre a sua natureza, mas, sobretudo, uma simples escolha orientada instrumentalmente. É, por exemplo, em função das consequências positivas que o positivismo pode trazer para a promoção de objetivos como uma melhor operacionalização do direito e para o seu desenvolvimento enquanto fenômeno social que Schauer o defende. V. Kantorowicz (1958, cap. 1) e Schauer (1999). Ver também Schauer (2005) e Dickson (2001, cap. 5).

usamos e pensamos o conceito de direito (LEITER & LANGLINAIS, 2012, p. 4 e ss.). Este é o terreno da análise conceitual.

Normativistas, por sua vez, defendem a posição oposta. Para eles, uma teoria adequada do direito precisa garantir que, do reconhecimento do conteúdo jurídico de algo, infira-se, pelo menos em alguns casos, a sua legitimidade ou correção moral (COLEMAN, 2002, p. 313). Para normativistas não é possível desenvolver uma teoria apropriada sobre o direito sem que se justifique o que torna o direito um conjunto de razões para agir ou se questione o valor substantivo de se viver sob o direito (COLEMAN, 2002, p. 313). Invertendo o argumento típico do descritivismo, para o qual a análise do conceito de direito pode ser empreendida antes e independentemente de qualquer projeto normativo sobre o valor substantivo da estrutura de governança estatuída pelo direito (COLEMAN, 2011, p. 41), normativistas acham não ser possível entender o que o direito é sem que antes tenhamos uma perspectiva sobre o que ele deve ser (LEITER & LANGLINAIS, 2012, p. 14). Normativistas, por isso, tendem a conceber uma teoria do direito estritamente relacionada a uma concepção de moralidade política. A mera descrição do que o direito é, nesse contexto, é considerada, no mínimo, insuficiente para uma compreensão abrangente da sua natureza. Isso porque normativistas não acreditam ser possível caracterizar o direito sem lhe atribuir um propósito ou função justificatória à luz da qual ele pode ser adequadamente compreendido – e esse é um argumento fundamentalmente normativo porque não se pode especificar a função do direito sem se engajar em argumentos sobre qual *deve ser* essa função (LEITER, 2001, p. 367). Este é claramente o caso da proposta construtivista de Dworkin, para quem, em rápidos meios, o direito é um conceito interpretativo que só pode ser compreendido a partir dos valores ou propósitos a ele atribuídos – e, neste caso, o ponto ou função do direito é fornecer uma justificativa geral para o exercício da coerção estatal.¹³

Como se pode intuir, parece haver alguma relação entre, de um lado, descritivismo e positivismo e, de outro, normativismo e não positivismo. De fato, essa é a visão tradicional sobre a dimensão metodológica do debate (COLEMAN, 2010, p. 17). No entanto, mais uma vez a lupa de Alexy precisa entrar em cena. Essas associações, embora façam sentido quando determinados projetos metodológicos e visões substantivas sobre a natureza do direito são colocados sobre a mesa (Hart e Dworkin seriam exemplos de associações precisas), são ilusórias (COLEMAN, 2010, p. 19). Bastaria dizer, por um lado, que defensores de teorias substantivas que se autodeclararam positivistas partem de projetos metodológicos *normativos*¹⁴ de investigação da natureza do direito e que, por outro lado, não positivistas não desprezam ferramentas da filosofia analítica, notadamente algum tipo de *análise conceitual*, como fazem descritivistas, para desenvolver os seus projetos teóricos.¹⁵ Do lado positivista, não é difícil encontrar nomes capazes de desvelar o equívoco da relação com o descritivismo. Jeremy Waldron, Tom

¹³ Para Dworkin, “[a] conception of law must explain how what it takes to be law provides a general justification for the exercise of coercive power by the state”. (DWORKIN, 1986, p. 190)

¹⁴ Um claro exemplo pode ser encontrado em Waldron (2001).

Campbell e Joseph Raz¹⁶, ainda que considerem irrelevante discutir a natureza do direito na chave tradicional positivismo/não positivismo, seriam defensores de propostas substantivas positivistas a partir de aspectos metodológicos, se não exclusivamente, ao menos parcialmente normativos (COLEMAN, 2011, p. 40). Do lado não positivista, porém, se considerarmos que Dworkin propõe uma ruptura radical com a tradição analítica ao (i) não erguer pretensões universalistas, (ii) conceber o direito como prática interpretativa e (iii) recorrer a uma *interpretação construtiva* – em substituição à análise conceitual – como metodologia de investigação sobre o direito (DICKSON, 2001, p. 21 e 22; COLEMAN, 2010, p.18)¹⁷, o projeto teórico de Alexy parece ser o principal contraexemplo da associação exclusiva entre não positivismo e normativismo que pretende manter um diálogo próximo com a maior parte das demais teorias sobre a natureza do direito e ainda sustentar a tese restrita da separação.¹⁸ Por esse motivo, entender o projeto metodológico por trás da teoria não positivista do direito de Alexy se revela crucial para se explorar os limites das discussões sobre a natureza do direito levadas adiante quando se reconhece que entender a natureza do direito e entender a natureza de teorizar sobre o direito são atividades complementares e mutuamente engrandecedoras.¹⁹

Alexy defende uma teoria sobre a natureza do direito que ele mesmo apresenta como não positivista. A base para a defesa dessa concepção é a tese de que o direito possui uma dupla natureza. De acordo com essa tese, o direito possui tanto uma dimensão factual ou real como uma dimensão ideal ou crítica (ALEXY, 2010, p. 167). A dimensão factual é representada pelos elementos da produção autoritativa (*authoritative issuance*) e da eficácia social. Ambos são fatos sociais. A dimensão ideal, por sua vez, se expressa na dimensão da correção moral. Para Alexy, se o conceito de direito fosse composto apenas pelos elementos da produção normativa e da eficácia social, o positivismo jurídico seria uma teoria substantiva adequada para explicar o que o direito é. No entanto, o elemento da correção moral leva necessariamente a um conceito de direito não positivista, na medida em que a identificação do direito válido depende de considerações morais sobre o que ele deve ser. Juridicidade (*legality*) e aprovação moral estão, portanto, conceitualmente vinculados, pois o direito “é uma parte da realidade que se refere necessariamente ao ideal” (ALEXY, 2007, p. 53).

A tese da dupla natureza, posta nesses termos, parece ser uma visão substantiva sobre a natureza do direito. Como “a propriedade singular mais essencial do direito” (ALEXY, 2010, p. 180 e ALEXY, 2008, p. 292), a dupla natureza faz parte necessariamente do que é próprio do direito. Essa natureza dual *define* conceitualmente, portanto, o que o direito é.

¹⁵ Assim, v. Alexy (2008, p. 291-292)

¹⁶ Reconheço não ser tão simples afirmar que Raz é um normativista. Em favor dessa visão, ver Coleman (2011, p. 42-43).

¹⁷ V. também Leiter & Langlais (2012, p. 20).

¹⁸ Finnis certamente possui um projeto teórico que o colocaria ao lado de Alexy. A rejeição aos epítetos “positivismo” e “não positivismo”, porém, o distancia de Alexy em um aspecto que, ao menos para este último, é central para se entender a natureza do direito. Agradeço a Fábio Shecaira por me fazer atentar para este ponto.

¹⁹ Assim Dickson (2001, p. 12).

Caracterizada como traço essencial do direito, a dupla natureza é alvo de críticas. A visão de que o direito possui uma dupla natureza é fundamentalmente atacada por ser considerada uma suposição (Finnis)²⁰ ou algo que exige maiores explicações (Bix)²¹. O ponto das objeções parece estar relacionado ao fato de que, no projeto teórico de Alexy, a dupla natureza do direito é, ao mesmo tempo, o ponto de partida e o ponto de chegada do seu projeto de investigação da natureza do direito. Ela é o ponto de partida porque parece ser aceita como uma *hipótese* sobre algo essencial sobre o direito e é o ponto de chegada porque parece ser o grande *resultado* de um sistema de proposições sobre questões fundamentais do direito, como as que dizem respeito à conexão entre direitos humanos enquanto direitos morais e direitos fundamentais enquanto direitos positivos, às relações entre regras e princípios e às relações entre jurisdição constitucional e atividade parlamentar.²² Ao mesmo tempo, a hipótese acabaria funcionando como o pressuposto para a justificação do resultado, enquanto o resultado, para ser justificado, exigiria a dupla natureza como pressuposto.

Para lidar com possíveis dificuldades de se entender o que a tese da dupla natureza significa no projeto teórico de Alexy, eu gostaria de explorar uma perspectiva diferente – e que não necessariamente a exclui como característica essencial do direito. Nesta parte, eu gostaria de explorá-la como uma reivindicação *metodológica*, colocando-a como o referencial básico para o desenvolvimento de uma teoria particular sobre a natureza do direito. Acredito que encarar a tese da dupla natureza sob essa perspectiva pode tornar mais claros os pontos centrais do projeto teórico de Alexy e as características que podem vincular à sua teoria do direito respostas singulares sobre como conceber um adequado projeto de investigação da natureza do direito.

Para Alexy, de fato, “as observações sobre definição, conceito e natureza dizem respeito a método” (ALEXY, 2007, p. 42).²³ Assim, se a dupla natureza é uma característica presente “em todas as questões fundamentais do direito” (ALEXY, 2010, p. 180), não há por que desconsiderar sua possível influência na metodologia de construção de uma teoria do direito. Considerada, nessa linha, como argumento metodológico, a tese da dupla natureza se torna central no projeto teórico de Alexy ao levantar a pretensão de colocar em relação de complementariedade as preocupações *explicativas* e *normativas* da teoria do direito. Essa não é uma pretensão fraca, se se leva em consideração que ambas estão vinculadas a aspectos importantes do direito, mas, estariam – pelo menos para Coleman – em uma natural relação *dicotômica*.

Perguntar-se sobre os passos teóricos necessários para explicar e justificar o direito pode ser uma forma de esclarecer essa dicotomia. De um lado, uma tarefa da filosofia do direito seria elucidar o que caracteriza o direito como fenômeno social e institucional – uma tarefa com pretensões explicativas, portanto; de outro, haveria uma

²⁰ (FINNIS, 2014, p. 90)

²¹ Este é o ponto de Bix quando se refere às tentativas de Alexy de fundamentar a fórmula de Radbruch como um aspecto da natureza do direito, e não uma simples teoria normativa da decisão judicial. V. Bix (2006, p. 148-149).

²² V. ALEXY (2010).

²³ Para o autor “the remarks about definition, concept, and the nature concern *method*(...)”.

preocupação em determinar que diferença esse conjunto de instituições a que chamamos direito faz no domínio normativo (COLEMAN, 2009, p. 363). Essas preocupações, como anunciado, afetam a própria concepção do projeto metodológico dos que se preocupam prioritariamente em explicar o que é o direito ou justificar que diferença prática o direito faz. Para os primeiros, *explicar* o que é o direito é o centro do projeto metodológico. O aspecto explicativo possui uma espécie de prioridade organizacional na construção do edifício filosófico porque eventuais engajamentos teóricos voltados a determinar a diferença prática do direito pressupõem como primeiro passo a identificação do que o direito é. Para os segundos, porém, caracterizar a diferença normativa que o direito faz é o ponto de partida para que se possa selecionar e explicar o que é o direito. O caminho aqui é inverso (COLEMAN, 2009, p. 363). Por isso, haveria uma relação de oposição entre as duas preocupações centrais da filosofia do direito.

No plano metodológico, essa dicotomia se deixa notar quando se associa, segundo uma visão tradicional, positivismo jurídico com descritivismo e foco na explicação do que é o direito, de um lado, e não positivismo com normativismo e foco na justificação da diferença prática do direito, de outro. Citando Shapiro, Coleman diz que, enquanto o projeto teórico de positivistas estaria preocupado “com os *inputs* do direito, *i.e.* com os atos, atividades e instituições que podem ser consideradas ‘jurídicas’, o foco teórico central de não positivistas como Dworkin estaria na caracterização do direito como um *output* normativamente significativo” (COLEMAN, 2009, p. 362).

Como já dito, no entanto, a tese da dupla natureza como referencial metodológico básico para a colocação das preocupações centrais de um projeto teórico dilui essa ênfase em *inputs* e *outputs* que perspectivas descritivistas e normativistas dão nos processos de construção de teorias substantivas sobre o direito. Ela se torna, assim, uma perspectiva *pluralista* capaz de estabelecer uma ponte entre os espaços deixados pelo descritivismo e pelo normativismo para dar conta de todas as dimensões relevantes do direito.²⁴ Na perspectiva metodológica, o que a tese da dupla natureza estatui é que um projeto adequado de investigação da natureza do direito deve conseguir tanto *explicar* o que caracteriza o direito como fenômeno social como *justificar* a sua legitimidade moral; ela deve dar conta tanto da socialidade do direito quanto da sua normatividade.²⁵ E, para que essas tarefas possam ser realizadas harmonicamente, a tese da dupla natureza (i) aproxima as atividades de investigação da natureza do direito e do conceito de direito (ALEXY, 2008, p. 29), (ii) pressupõe que há propriedades necessárias do conceito de direito pertencentes tanto à dimensão real como à dimensão ideal (ALEXY, 2008, p. 29) e (iii) requer o uso tanto de argumentos conceituais como de argumentos práticos ou normativos para a determinação das propriedades necessárias do conceito de direito (ALEXY, 2003).

No primeiro aspecto, a tese da dupla natureza parte da visão de acordo com a qual existe uma relação próxima entre argumentos sobre a natureza do direito e argumentos sobre o conceito de direito. Isso porque a

²⁴ Essa perspectiva também inspira Perry. V. Perry (2009).

ideia de dupla natureza também se aplica a conceitos não naturais, como o conceito de direito. Isso quer dizer que, por um lado, conceitos como o de direito são paroquiais ou convencionais e, por outro, também pretendem captar a natureza daquilo a que se referem da maneira mais perfeita ou correta (ALEXY, 2008, p. 291). Investigar conceitos significa, por isso, não apenas explorá-los como produtos de culturas específicas e de regras relativas ao sentido de palavras, mas também tentar entender os objetos designados por eles em suas melhores luzes a partir das suas funções ou propósitos. Porque compreender adequadamente conceitos não naturais requer tanto o empreendimento de análises baseadas no uso da linguagem (tradicionalmente relacionadas a análises conceituais) como juízos sobre a correção ou verdade das proposições construídas com base neles (análises preocupadas com a identificação da natureza dos objetos designados por conceitos) seria possível tratar indistintamente propostas de análise do *conceito* de direito e da *natureza* do direito.

A meu ver, a visão de que conceitos possuem uma dupla natureza conduz à dimensão metodológica da tese da dupla natureza do direito. E se conhecer a natureza do direito significa, nesse sentido, explorar as dimensões convencionais e ideais a que o direito se refere, qualquer projeto de investigação da natureza do direito acaba facilmente endossando os outros dois pontos mencionados. Tomando por base a visão de Alexy, nada me leva a crer, pelo menos, que uma conclusão diferente possa ser extraída. Assim, poder-se-ia assumir que as duas dimensões do direito – real e ideal – possuiriam propriedades necessárias e que essas, por sua vez, deveriam ser identificadas e esclarecidas tanto por meio de argumentos conceituais como de argumentos normativos. Uma vez fixadas algumas dessas propriedades, a tese substantiva sobre a natureza do direito que se constrói – no caso de Alexy, uma teoria não positivista – torna-se o fruto de uma pretensão: a de construir o melhor *sistema* possível de proposições sobre a natureza do direito que satisfaçam as orientações metodológicas de explicar o direito como fenômeno social e justificar a sua normatividade. Este é o exato ponto em que a tese da dupla natureza representa um avanço em relação à distinção tradicional entre descritivismo e normativismo e às associações positivismo/descriptivismo e não positivismo/normativismo. De fato, essas são associações que apenas tendem a empobrecer as discussões sobre o que conta como uma teoria adequada do direito.

É claro que a dupla natureza do direito não é, em si, o método de investigação das propriedades necessárias do conceito de direito. Ela deve ser complementada por diferentes metodologias para que se possa determinar – e, eventualmente, explorar – as propriedades necessárias do conceito de direito, como, no caso alexyano, a prescrição de que a teoria do direito deve levar em conta tanto o ponto de vista de quem quer saber como questões jurídicas são de fato solucionadas em um determinado sistema jurídico (a perspectiva do observador), como o ponto de vista daqueles preocupados com a identificação da resposta correta para uma

²⁵ Nesses termos, e em concordância com essa visão, Coleman (2009, p. 393).

determinada questão jurídica (a perspectiva do participante).²⁶ Mas esses são aspectos que estão para além do meu ponto neste trabalho. Até este ponto, reconheço que uma leitura *metodológica* da tese da dupla natureza só justifica por que a análise conceitual deve ser complementada por argumentos normativos, ou, em outra visão, por que, ao contrário do que se possa entender sobre as visões substantivas sobre o direito, a perspectiva metodológica é – e deve ser – eminentemente pluralista ou amplamente compreensiva. Mas isso não me parece pouco. Ao contrário, essa perspectiva é útil para (i) esclarecer em que versões a tese da separação não pode ser sustentada e (ii) mostrar como as disputas entre positivistas e não positivistas podem ser muito mais sutis do que aparentam ser. Assim, ainda que se queira sustentar que investir na distinção entre positivismo e não positivismo faz sentido²⁷, o avanço dos debates sobre a metodologia da filosofia do direito continua sendo central para que a lupa de Alexy possa, em um mundo repleto de confusões e disputas aparentes, jogar luzes sobre o que é efetivamente relevante para se entender o que é o direito.

Abstract

In this paper, I argue that understanding Robert Alexy's dual nature of law thesis as a methodological claim – and not as a substantive claim about law's essential properties – can be more fruitful to clarify his philosophical project and to rebut some objections against it. With this objective, I point out that methodological options are relevant to distinguish philosophical projects about the nature of law and I explore how these options can be useful to (i) undermine the separability thesis as the main distinction between positivism and non-positivism, and (ii) erode the binaries positivism/descriptivism and non-positivism/normativism.

Keywords: Dual Nature of Law; Alexy; Radbruch's Formula; Descriptivism; Normativism; Legal Positivism.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. An Answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007.

_____. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, v. 21, p. 281-299, 2008.

_____. Some reflexions on the ideal dimension of law and on the legal philosophy of John Finnis. **The American Journal of Jurisprudence** 58, p. 97-110, 2013.

_____. The Dual Nature of Law. **Ratio Juris**, Vol. 23, Issue 2, p. 167-182, 2010.

_____. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas, PAULSON, Stanley L. & POGGE,

²⁶ V. Alexy (2013, p. 103). A perspectiva do observador está prioritariamente confinada a fatos sociais, enquanto a do participante se ocuparia de argumentos morais sobre o que o direito deve ser. Especificamente em relação à perspectiva do participante, Alexy – parece-me, assim como Finnis – prescreve que as análises devem se concentrar nos casos centrais de direito, *i.e.* nos casos em que, *grosso modo*, o direito é caracterizado como um ideal moral. Mas, não só isso, do ponto de vista metodológico, a perspectiva do participante também exige que uma teoria do direito se concentre nos casos em que a atribuição do epíteto “jurídico ou legal” pareçam absurdo ou contraditório. Esse seria o aspecto que vincularia a fórmula de Radbruch necessariamente à natureza do direito. Em favor dessa possível visão, v. Bix (2006, p. 148).

²⁷ Em sentido contrário, do lado positivista, Coleman (2009, p. 391) e Raz (2007, p. 35). Do lado não positivista, v. Perry, (2009, especialmente p. 8), e Finnis (2014, p. 96 e ss).

Thomas Winfried Menko (eds.), **Rights, Culture, and the Law: Themes From the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 3-16

BIX, Brian. Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory. **Rechtstheorie**, Vol. 37, p. 139-149, 2006.

COLEMAN, Jules. Beyond inclusive legal positivism. **Ratio Juris**, v. 22, p. 359-394, 2009.

_____. Beyond the separability thesis: moral semantics and the methodology of jurisprudence. **Oxford Journal of Legal Studies** 27: 581-608, 2007.

_____. Methodology. In: COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott J. (eds.) **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. The Architecture of Jurisprudence. 121 **Yale Law Journal**, p. 2-80, 2011.

_____. **The Architecture of Jurisprudence**: part I. 1st conference of philosophy and Law: Girona, Maio de 2010. Disponível em: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/jules_coleman.pdf. Acesso em 29/12/2015.

DICKSON, Julie. The Beneficial Moral Consequences Thesis and an Introduction to Dworkinian Methodology. In: DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

_____. What's the point of jurisprudence? In: DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FARRELL, Martin. Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico? **Doxa** 21-II (1998), p. 121-128.

FINNIS, John. Law as fact and as reason for action: a reply to Robert Alexy on law's ideal dimension. **The American Journal of Jurisprudence** 59, 2014.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1964.

GARDNER, John. Legal positivism: 5 ½ myths. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 46, 2001.

HART, H.L.A. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.

KANTOROWICZ, Hermann. **The Definition of Law**. New York: Cambridge University Press, 1958.

LEAL, Fernando. O formalista expiatório: leituras impuras de Kelsen no Brasil. **Revista Direito GV** 19 (2014), pp. 245-268.

LEITER, B. Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis. In: COLEMAN, Jules (ed.). **Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. & LANGLINAIS, Alex. The Methodology of legal philosophy. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper** No. 407, 2012. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/398/. Acesso em 29/12/2015.

PERRY, S. Beyond the Distinction between Positivism and Non-Positivism, 22 **Ratio Juris** 311, 2009.

SHAPIRO, Scott. What is the internal point of view? **Fordham Law Review** 75 (2006), pp. 1157-1170.

SCHAUER, Frederick. Positivism as pariah. In: GEORGE, Robert P. (ed.) **The Autonomy of Law: Essays on**
_____. vol.10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp.258-273 272

Legal Positivism. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Dickson. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 25, nº. 3, 2005.

RAZ, Joseph. The argument from justice, or how not to reply to legal positivism. In: PAVLAKOS, George (Ed.). **Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy.** Oxford: Hart Publishing, 2007.

WALDRON, J. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (ed.) **Hart's Postscript.** New York: Oxford University Press, 2001.

Trabalho enviado em 05 de julho de 2016.

Aceito em 19 de dezembro de 2016.