

ROBERT ALEX Y

O CONCEITO
E A NATUREZA
DO DIREITO

Tradução

Thomas da Rosa de Bustamante

Estudo introdutório

Carlos Bernal Pulido

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

ESTUDO INTRODUTÓRIO: O CONCEITO E A NATUREZA DO DIREITO SEGUNDO ROBERT ALEXY – CARLOS BERNAL PULIDO	7
1. Uma nota biográfica sobre Robert Alexy.....	8
2. As principais teses de Robert Alexy sobre o conceito e a natureza do direito	9
2.1 Teses relativas à filosofia do direito	11
2.2 Teses relativas à metateoria do direito	13
2.3 Teses relativas ao conceito e à natureza do direito	15
3. Um olhar crítico sobre as teses de Robert Alexy	17
4. Adendo bibliográfico sobre a teoria do direito de Robert Alexy	22
4.1 Escritos de Robert Alexy.....	22
4.2 Literatura secundária sobre a teoria do direito de Robert Alexy...	24
4.3 Bibliografia do Estudo Introdutório	26

I

A NATUREZA DA FILOSOFIA DO DIREITO – ROBERT ALEXY	29
1. A natureza da filosofia	29
2. Pré-compreensões e argumentos.....	31
3. Três problemas.....	32
4. Quatro teses.....	33
5. Entidades e conceitos.....	34
6. Propriedades necessárias.....	36

7. Direito e moral	38
Bibliografia	40

II

A NATUREZA DOS ARGUMENTOS SOBRE A NATUREZA DO DIREITO – ROBERT ALEXY	41
1. Três dimensões e dois níveis de reflexividade	41
2. Os três principais problemas concernentes à natureza do direito	43
3. A natureza dos elementos do direito	43
4. Direito e coerção	44
5. Direito e moral	48
5.1 O argumento da correção	49
5.2 O argumento da injustiça extrema	54
Bibliografia	56

III

SOBRE O CONCEITO E A NATUREZA DO DIREITO – ROBERT ALEXY	59
1. O significado prático e teórico do debate	59
1.1 A injustiça legislativa e a fórmula de radbruch	59
1.2 A textura aberta do direito e o autoentendimento dos juristas	61
1.3 O conceito de direito como um conceito de tipo não naturalístico	62
2. Positivismo e não positivismo	62
2.1 A tese da separação e a tese da conexão	62
2.2 Positivismo exclusivo e inclusivo	63
2.3 O não positivismo exclusivo, inclusivo e superinclusivo	65
3. Conceito e natureza	69
3.1 A natureza	69
3.2 Conceito	70
4. O caráter dualista do direito	71
4.1 Coerção	71
4.2 Correção	73
5. O direito que <i>é</i> e o direito que <i>deve-ser</i>	75
Bibliografia	77

ESTUDO INTRODUTÓRIO O CONCEITO E A NATUREZA DO DIREITO SEGUNDO ROBERT ALEXY¹

CARLOS BERNAL PULIDO²

A explicação da natureza do direito e a conseqüente configuração de seu conceito tem sido um problema central da filosofia do direito desde a antiguidade. Ao enfrentar este problema, a filosofia do direito se ocupa, em seu âmbito de estudo, da questão fundamental da ontologia, ou seja, daquilo que existe e quais são suas propriedades. O volume que o leitor tem em mãos contém a tradução para o português de três ensaios de Robert ALEXY que representam seu pensamento mais recente sobre a resposta apropriada a essa pergunta ontológica fundamental no âmbito jurídico, ou seja, à pergunta: «o que é o direito?». Nesses ensaios, ALEXY esclarece e desenvolve com mais detalhe as teses mais emblemáticas de sua teoria do direito, algumas das quais já estavam estampadas na sua conhecida obra *O conceito e a validade do direito* (ALEXY, 1994).³ Nesse sentido, ALEXY situa sua teoria no marco da discussão atual sobre o conceito de direito. Em especial, dialoga com as conhecidas teses do positivismo exclusivo e inclusivo, ressalta as diferenças existentes entre

¹. Traduzido do espanhol por Thomas da Rosa de Bustamante. Publicado originalmente como estudo introdutório à versão espanhola deste volume: ALEXY, R., 2008: *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madri: Marcial Pons.

². Professor de filosofia do direito e de direito constitucional da Universidad Externado de Colombia (Bogotá).

³. Além dos escritos que aparecem neste volume, também deve-se mencionar o texto: «Acerca de dos yuxtaposiciones: concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph RAZ» (cfr. ALEXY, 2005), como outro dos trabalhos recentes em que ALEXY desenvolve suas ideias acerca do conceito e da natureza do direito.

essas concepções e sua visão do não positivismo e tenta demonstrar por que esta última visão do direito oferece mais possibilidades de correção teórica e prática. Junto a isso, ALEXY também oferece uma caracterização da filosofia do direito e explica quais são as propriedades que melhor a definem como um ramo da filosofia que reflete sobre o fenômeno jurídico. Finalmente, leva a cabo um escrutínio acerca da natureza dos mais proeminentes argumentos utilizados na filosofia do direito. Nesse sentido, desenvolve as bases não somente de uma teoria do direito, mas também de uma metateoria do direito, ou seja, de uma teoria sobre a teoria do direito.

Este estudo introdutório tem quatro objetivos que serão desenvolvidos, respectivamente, nas quatro seções que o compõem. Na primeira seção se fará uma resenha biográfica muito breve de Robert ALEXY, que ajudará o leitor a dispor de uma compreensão maior do contexto da obra deste filósofo do direito. Na segunda seção, em um intento de síntese, se apresentarão brevemente as principais teses de Robert ALEXY que aparecem nos escritos que integram este volume. A terceira seção busca observar de maneira crítica as mais proeminentes dessas teses. Por último, a quarta seção oferece uma seleta lista bibliográfica dos melhores escritos em que Robert ALEXY desenvolve sua teoria do direito e de alguns dos melhores textos que foram publicados acerca de sua obra nas línguas em que o pensamento deste autor foi mais influente, ou seja, em alemão, inglês, espanhol e italiano. Essa lista bibliográfica pretende apresentar-se como uma ajuda para aqueles leitores que queiram estender os seus horizontes de conhecimento em relação à teoria do direito de Robert ALEXY.

1. UMA NOTA BIOGRÁFICA SOBRE ROBERT ALEXY

Robert ALEXY nasceu em 9 de setembro de 1945 em Oldenburg (Alemanha). Depois de concluir a educação secundária, serviu durante três anos no Exército Federal Alemão, no qual durante o último ano alcançou a patente de Tenente. No verão de 1968 começou os estudos de direito e filosofia na Universidade Georg-August de Göttingen. No âmbito da filosofia, estudou sobretudo com Günther Patzig.

Depois de superar o primeiro exame do Estado para concluir a licenciatura em direito, em 1973, trabalhou até 1976 com sua tese «Teoria da argumentação jurídica». Durante aquele tempo, bem como antes do mencionado primeiro exame, sua atividade de investigação recebeu financiamento da fundação *Studienstiftung des deutschen Volkes*. Em 1982, recebeu o prêmio da Academia de Ciências de Göttingen, na categoria de filologia e história, pela investigação conducente à «Teoria da Argumentação Jurídica», que foi publicada pela primeira vez no ano de 1978. Em 1976, iniciou sua prática jurídica, concluída em 1978, logo depois de superar o exame do Estado. Desde então, até 1984, atuou como assistente docente do professor Ralf Dreier no

departamento de Teoria Geral do Direito em Göttingen. Em 1984, concluiu sua habilitação em direito público e filosofia do direito na Faculdade de Direito da Universidade de Göttingen, com sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*.

A partir desse momento, Robert ALEXY se tornou professor, primeiro da Universidade de Regensburg e posteriormente da Universidade de Kiel. Depois de rechaçar uma proposta da Universidade de Regensburg, em 1986 aceitou a proposta da Universidade Christian-Albrecht de Kiel. Desde então, é catedrático de filosofia do direito e direito público dessa universidade. Em março de 1991, descartou a proposta da Universidade Karl-Franzens de Graz para ser o sucessor de Ota Weinberger. Entre 1994 e 1998, foi presidente da seção alemã da Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social (IVR). Em 1992, publicou a versão alemã do livro *O conceito e a validade do direito*, que representa a obra compreensiva de sua teoria do direito, aquela na qual plasmou pela primeira vez algumas das teses que se desenvolveram nos ensaios contidos neste volume. Em 1997, recebeu uma oferta da Universidade Georg-August de Göttingen (para ser o sucessor de Ralf Dreier). Em fevereiro de 1998, descartou essa oferta. Desde o ano de 2002 é membro da Academia de Ciência de Göttingen, na categoria de filologia e história.

2. AS PRINCIPAIS TESES DE ROBERT ALEXY SOBRE O CONCEITO E A NATUREZA DO DIREITO

Nos três ensaios que compõem este volume, Robert ALEXY reitera algumas das ideias capitais que integram sua teoria do direito, as defende contra as objeções mais sobressalentes e as desenvolve em certos aspectos que haviam sido apenas mencionados na obra *O conceito e a validade do direito*. Nessa linha, expõe pela primeira vez algumas de suas reflexões sobre o objeto e o método da filosofia do direito.

É possível entender os dois primeiros escritos contidos neste volume («A natureza da filosofia do direito» e «A natureza dos argumentos sobre a natureza do direito») como contribuições relativas à definição do objeto e do método da filosofia do direito. A filosofia do direito é uma disciplina filosófica similar à metaética, mas com um objeto distinto. Seu objeto de estudo não é a moral, mas o direito. Nesse mesmo sentido, a diferença entre a dogmática jurídica e a filosofia do direito parece ser análoga à diferença que existe entre a moral normativa e a metaética. A teoria moral normativa se ocupa de problemas morais clássicos como aqueles aos quais se referem as perguntas: «O que é devido do ponto de vista moral? Que tipo de ações são corretas ou incorretas? Que classe de pessoas devemos ser?» ou, em grandes linhas, «O que é dotado de valor moral?» ou «Como devemos viver nossa vida?» Como sustenta COPP (2006: 4), responder a essas perguntas implica levar adiante afirmações de

tipo moral, ou, em outros termos, afirmações acerca do que é válido do ponto de vista moral.

Diferentemente, a metaética se ocupa de perguntas relativas às afirmações do tipo moral que se fazem no âmbito da teoria moral normativa. A metaética se pergunta, por exemplo, se existem verdades morais ou se o que existe é apenas um amálgama de sentimentos e atitudes humanas acerca dos problemas morais, já que não existe nenhuma propriedade que possa indicar se ditos sentimentos ou ditas atitudes são corretas ou incorretas. A metaética se ocupa do problema de saber se existem propriedades morais que permitam decidir acerca da correção ou falta de correção das afirmações que se fazem no âmbito da teoria moral normativa ou, em outras palavras, de saber se é possível um conhecimento moral. Noutros termos, indaga se é possível justificar as afirmações de conteúdo moral. Dessa forma, enquanto a teoria moral normativa implica emitir juízos de primeira ordem, a metaética implica emitir juízos de segunda ordem, ou seja, juízos acerca dos juízos de primeira ordem.

Uma relação análoga é a que existe entre a dogmática jurídica e a filosofia do direito. A dogmática jurídica – em suas diferentes áreas: direito constitucional, civil, penal, mercantil etc. – ocupa-se, essencialmente, da questão relativa ao que é válido do ponto de vista jurídico e de perguntas relativas a isso, tais como, «qual é a solução que o direito outorga a cada caso concreto?» ou «quais são as ações juridicamente permitidas, proibidas ou ordenadas?». Por sua parte, a filosofia do direito se ocupa de perguntas cuja resposta é por vezes necessária para responder às questões postas no âmbito da dogmática jurídica. A filosofia do direito se pergunta, por exemplo, «em que tipo de entidades consiste o direito? O que é que as conecta para fazê-las formar o conjunto denominado direito? Quais são as propriedades que caracterizam cada uma dessas entidades e tudo aquilo que denominamos direito?» As respostas a essas perguntas se expressam mediante juízos de segunda ordem, ou seja, juízos acerca dos juízos que se expressam na dogmática jurídica. A título de exemplo, pode-se dizer que, para responder, mediante um juízo de primeira ordem, à pergunta acerca do que é que o direito ordena para certo caso concreto, é necessário responder, mediante um juízo de segunda ordem, à questão sobre se certas entidades que regulam dito caso concreto pertencem ou não ao direito, e, portanto, devem ser consideradas como aquelas que expressam o dever jurídico atinente ao caso referido.

Pois bem, é possível inclusive pensar em um terceiro nível de reflexão, no qual, diga-se de passagem, certas vezes se situam as reflexões de ALEXY. Trata-se do âmbito da metateoria do direito. As reflexões no âmbito da metateoria do direito se expressam por meio de juízos de terceira ordem, ou seja, juízos acerca dos juízos que se emitem no âmbito da filosofia do direito. Desse modo, a metateoria do direito se ocupa de perguntas tais como: Que tipos de problemas são aqueles com os quais a filosofia do direito deve se confrontar?