

ROBERT ALEXY, A FÓRMULA RADBRUCHIANA, E A NATUREZA DA TEORIA DO DIREITO[#]

Brian Bix

Professor dos Departamentos de Filosofia e de Direito da Universidade de Minnesota, Estados Unidos da América.

Tradução

Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira

1. Introdução

Gustav Radbruch é conhecido por uma “fórmula” que trata sobre o conflito entre direito positivo e justiça, uma fórmula discutida no contexto da consideração de leis nazistas pelos tribunais no período pós-guerra, e das leis da República Federal da Alemanha e da Alemanha Oriental no período pós-unificação pelos tribunais alemães. Mais recentemente, Robert Alexy defendeu uma versão da fórmula de Radbruch, propondo argumentos que são distintos e mais sofisticados que aqueles que foram aduzidos pelo próprio Radbruch. Alexy também colocou a fórmula de Radbruch dentro de um contexto maior de análise conceitual e de teorias sobre a natureza do direito. Tanto Radbruch quanto Alexy alegam que suas posições são incompatíveis com o positivismo jurídico, e, por isso, funcionam como uma rejeição (e talvez, refutação) dele¹.

Neste artigo, eu tratarei sobre a fórmula radbruchiana e sobre a versão de Alexy sobre ela. Eu não pretendo me focar no mérito da fórmula de Radbruch-Alexy, nem em sua caracterização definitiva, ou em seu lugar próprio dentro de um contexto mais largo da filosofia do direito. Eu estou especialmente interessado na questão um tanto abstrata e metodológica do que as formulações de Radbruch e de Alexy – e

[#] Artigo publicado originalmente em inglês sob o título *Robert Alexy, Radbruch's formula, and the nature of legal theory*. Traduzido com a gentil permissão do autor. Em sua versão original, o artigo foi primeiramente apresentado na Conferência *Gustav Radbruch and Contemporary Jurisprudence*, ocorrida na Universidade de Bristol. O autor agradece aos participantes daquela conferência, e a Matthew Kramer, Stanley L. Paulson e Torben Spaak, por seus comentários nas versões iniciais deste artigo.

¹ Alexy coloca como subtítulo de um de seus livros, *An argument from injustice* (Oxford, 2002), a expressão “A reply to legal positivism”. Em um trabalho mais maduro, Radbruch dispensa o positivismo jurídico como uma posição que “tornou a profissão jurídica alemã indefesa contra leis que são arbitrarias e criminosas” e “incapaz de estabelecer a validade de leis” [G. Radbruch, *Statutory lawlessness and supra-statutory law* (1946), em: *The Oxford Journal of Legal Studies* (OJLS), 2006, p.6]; e ele falou favoravelmente da “luta contra o positivismo” (*Ibidem*). Para o argumento de que Radbruch estava sempre em sentido contrário a pelo menos algumas formas ou entendimentos do positivismo jurídico, ver: S. L. Paulson, *On the background and significance of Gustav Radbruch's post-war papers*, em: OJLS, 2006, pp. 32-38.

seus pontos positivos e negativos – podem nos mostrar sobre a natureza de teorizar sobre o direito.

2. A fórmula radbruchiana

Em um artigo escrito em 1946, Gustav Radbruch dizia o seguinte: “o conflito entre justiça e certeza jurídica pode ser bem resolvido do seguinte modo: o direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, tem prioridade mesmo quando o seu conteúdo é injusto e não beneficiar as pessoas, a menos que o conflito entre a lei e a justiça chegue a um grau intolerável em que a lei, como uma “lei defeituosa”, deva clamar por justiça²”.

E adiciona o autor: “é impossível traçar uma linha bem-definida entre casos de ilegalidade positivada e leis que são válidas apesar de seus defeitos. Uma linha de distinção, contudo, pode ser traçada com máxima nitidez: quando não há nem mesmo uma tentativa de fazer justiça, onde equidade, o âmago da justiça, é deliberadamente traído na essência do direito positivo, então a lei não é meramente uma ‘lei defeituosa’, ela perde completamente a real natureza de direito³”.

Parece claro que Radbruch pretendia que o segundo excerto tornasse mais claro o primeiro trecho, mas o resultado, na verdade, são duas formulações completamente distintas⁴. A primeira formulação tem sido utilizada pelos tribunais⁵, em parte, pode-se assumir, porque a segunda formulação poderia ser difícil de aplicar, a menos que se leia de um modo que ela possa ser mais ou menos equiparada à primeira formulação. O que isso poderia significar para legislador: “nem mesmo tentar fazer justiça” ou “trair deliberadamente a equidade”? Em quase todos os casos, os legisladores procuram fazer o que é certo, sob sua visão de mundo e concepção do que poderia ser certo⁶. Entretanto, sob uma diferente e razoável leitura do texto, poder-se-ia / dever-se-ia falar mais das leis nazistas como “nem mesmo tentando fazer justiça” e “traindo deliberadamente a equidade” – mesmo que embora os legisladores envolvidos possam ter subjetivamente acreditado que aquelas leis seguiram suas próprias idéias nazistas de equidade e justiça – justamente porque as leis resultantes são claramente contrárias aos requisitos da justiça e da equidade.

² Radbruch, *Statutory lawlessness and supra-statutory law*, p. 7. Compare isso com a afirmação de Radbruch em 1932: “é o dever profissional do juiz de validar a reivindicação do direito pela validade, de sacrificar seu próprio senso de certo por causa do *commando* impositivo do direito, de perguntar apenas o que é jurídico e não se é também justo” (G. Radbruch, *Legal philosophy*, em: E. W. Patterson (ed.), *The legal philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Harvard, 1950, pp. 47-224, no §10, p. 119. Isso parece estar em um mundo fora da “fórmula” de Radbruch elabora em 1946; contudo, pelo menos um comentarista argumentou que o contraste entre o trabalho inicial e o trabalho mais maduro de Radbruch tem sido exagerado. Ver: Paulson, *On the background and significance of Gustav Radbruch’s post-war papers*.

³ Radbruch, *Statutory lawlessness and supra-statutory law*, p. 7.

⁴ Ver: S. L. Paulson, *Radbruch on unjust laws: competing earlier and later views?*, em: *OJLS*, n. 15, 1995, p. 491; *idem*, *On the background and significance of Gustav Radbruch’s post-war papers*, pp. 26-27.

⁵ Paulson, *On the background and significance of Gustav Radbruch’s post-war papers*, pp. 26-27.

⁶ Pode-se notar aqui a conexão com a “reivindicação da adequação” de Alexy, discutida mais adiante.

Poder-se-ia, também, argüir que a primeira (parte da) fórmula é dirigida aos tribunais, enquanto a segunda é (simplesmente) uma declaração sobre a natureza do direito – se tais declarações inevitavelmente têm consequências para como os tribunais devem decidir os casos é uma controvérsia, que será discutida logo mais. De qualquer modo, esse artigo irá, como muitos comentaristas (e tribunais), focar na primeira (parte da) fórmula, mais que na segunda.

Parece claro, a partir dos exemplos e das descrições no texto de Radbruch, que ele equipara a conclusão de que uma norma perde seu *status* jurídico (devido à extrema injustiça) com a conclusão de que a norma era inválida *ab initio*, ou pelo menos que ela não deveria ser aplicada em discussões jurídicas antes de um tribunal fazê-lo⁷. A fórmula radbruchiana, com efeito, tem sido repetidamente citada nas decisões da Suprema Corte alemã que recusam dar efeito a certas leis da época nazista e da Alemanha Oriental⁸.

Em um trabalho recente, Robert Alexy endossou a fórmula de Radbruch e a tornou uma peça central de sua teoria do direito⁹, construindo uma teoria do direito que combina a fórmula com a própria “tese de adequação” de Alexy¹⁰. As seções seguintes focarão mais no trabalho de Alexy, avaliando-a no contexto da teoria geral do direito.

3. Teoria do direito e prática jurídica

Começando no ponto mais básico: teoria do direito, em sentido estrito (e como a expressão será utilizada neste artigo), é uma teoria que busca explicar (a natureza de) o direito. Há mais que pode e que deveria ser dito, como, por exemplo: nós deveríamos defender (e, em caso positivo, por quê?) que há ou deveria haver um teoria do direito geral ou universal? Ou ainda: as teorias do direito são teorias sobre

⁷ Por exemplo: G. Radbruch, *Five minutes of legal philosophy* (1945), em: OJLS, n. 26, 2006, p. 14. (“Há princípios do direito, portanto, que têm mais peso que qualquer direito positivado, é que uma lei em conflito com eles não tem validade”.); *idem*, *Statutory lawlessness and supra-statutory law*, p. 9. (“Falando objetivamente, a perversão do direito existe onde nós pudermos determinar, sob a luz de princípios básicos que nós desenvolvemos, de que a lei aplicada não era de todo jurídica...”) Eu reconheço que há, para alguns propósitos, uma diferença prática entre afirmar que uma norma era “inválida *ab initio*” e dizer que ela era inválida ou invalidável e subseqüentemente invalidada por um tribunal (através da revisão constitucional ou por alguma outra base). Por exemplo, tem havido casos onde a lei, invalidada por uma decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos, tem-se mantido válida quando aquela decisão era subseqüentemente negada [v. 39 US Op. Atty. Gen. 22 (1937)]. Se aquela mesma norma tem sido sustentada como “inválida *ab initio*”, uma atitude subseqüente do tribunal não a deveria ter revisto [cf. *Norton v. Shelby County*, 118 US 425, 442 (1886)]. (“Um ato não constitucional não é direito; não confere direitos; não impõe deveres; não oferece proteção; não cria cargos; ele é, sob uma contemplação jurídica, tão inoperante quanto ainda que ele nunca tivesse sido formulado”.) O próprio Radbruch nem sempre parece ter distinguido invalidade e nulidade ao discutir sua fórmula. Ver: Paulson, *On the background and significance of Gustav Radbruch’s post-war papers*, p. 26, n. 69.

⁸ Paulson, *On the background and significance of Gustav Radbruch’s post-war papers*, p. 18.

⁹ R. Alexy, *A defence of Radbruch’s formula*, em: D. Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the rule of law (Hart)*, 1999, pp. 15-39; *idem*, *The argument from injustice*, pp. 28-31 e 40-81.

¹⁰ Sobre a “tese de adequação”, ver, por exemplo: R. Alexy, *Law and correctness*, em: *Current Legal Problems*, n. 51, 1998, p. 205.

o conceito de direito¹¹, e caso sejam, quantos conceitos há¹²? Todavia, neste artigo estas questões serão deixadas de lado, a fim de que possamos nos concentrar em diferentes problemas metodológicos básicos.

O foco tanto na fórmula de Radbruch quanto no uso de Alexy dela é um modo de proferir decisões judiciais: principalmente, a solução de discussões que tratam, ou que podem tratar, sobre a validade jurídica de uma lei má, e também outras onde a aplicação da “lei maior” pode afetar o resultado. Sob a abordagem de Radbruch e Alexy, leis extremamente injustas perdem sua característica de leis, não podendo ser aplicadas em discussões jurídicas, e, por isso, não afetando os direitos e obrigações jurídicos dos cidadãos. Sejam lá quais forem os méritos dessa alegação¹³, ela também tem sido apresentada¹⁴ como uma alegação sobre a natureza do direito, uma perspectiva não-positivista ou antipositivista oferecida como uma alternativa para ou uma reformulação do positivismo jurídico. A fórmula radbruchiana como uma teoria do direito (ou como central para uma teoria do direito) é completamente uma alegação separada da fórmula como instruções para um juiz, e as duas alegações devem ser avaliadas, diferentemente, em seus próprios méritos. (Como será discutido, pode um teórico afirmar que uma teoria do direito fornece ou deveria fornecer instruções aos juízes, mas não há nada na natureza da tarefa, “propor uma teoria do direito”, que faça tal conexão ser necessária ou óbvia. Qualquer conexão deve ser apresentada pelo teórico.)

Em que extensão pode (ou deveria, ou tem de) uma teoria do direito ter implicações para a resolução de discussões jurídicas concretas? Aqui os teóricos têm proposto uma grande variedade de respostas, que poderiam ser consideradas em uma sucessão de idéias. Em um extremo, Ronald Dworkin parece argumentar que uma teoria jurídica do juiz sempre tem um impacto na solução de casos individuais¹⁵.

¹¹ Recentemente, vários teóricos têm levantado questões sobre a destinação da análise conceitual para a filosofia em geral, e para a filosofia do direito em particular. Por exemplo: B. Leiter, *Beyond the Hart / Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence*, em: *American Journal of Jurisprudence*, n. 48, 2003, pp. 17-51; J. Fodor, *Water's water everywhere*, em: *London Review of Books*, vol. 26, n. 20, Oct. 21, 2004. A crítica básica levanta questões sobre quaisquer verdades significantes podem ser descobertas sobre conceitos (argumentando que a filosofia deveria se voltar em vez disso para a investigação naturalista / científica / empírica). Um ataque alternativo sobre a análise conceitual para a teoria jurídica argúi que há mais que um conceito sustentável ou teoria do direito, e que se deve utilizar a avaliação moral para escolher entre elas. Por exemplo: S. R. Perry, *Interpretation and methodology*, em: A. Marmor (ed.), *Law and interpretation*, Oxford, 1995, pp. 97-135.

¹² Ver, por exemplo: J. Raz, *On the nature of law*, em: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n. 82, 1996, p. 1; *idem*, *Can there be a theory of law?*, em: M. P. Golding / W. A. Edmundson (ed.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Blackwell, 2005, pp. 324-342; B. Bix, *Raz on necessity*, em: *Law and philosophy*, n. 22, 2003, p. 537; *idem*, *Raz, authority, and conceptual analysis*, em: *American Journal of Jurisprudence*, n. 50, 2005, pp. 311-316.

¹³ Como Alexy pontua, pode haver benefícios práticos para o fato de um tribunal ser capaz de dizer que uma regra injusta era inválida *ab initio*: (1) com uma lei negando reivindicações de propriedade, se a lei nunca for legalmente válida não será preciso que o Legislativo formule uma legislação retroativa; a propriedade simplesmente nunca terá sido perdida, embora seja, por certo, possível haver um decreto judicial invalidando a legislação; e, (2) tratando as normas como inválidas *ab initio* pode também ter uma vantagem em casos onde uma reivindicação deveria ter sido de outra maneira inoportuna. Ver: Alexy, *A defence of Radbruch's formula*, pp. 19 e 36.

¹⁴ Alexy, *The argument from injustice*. A atribuição dessa posição a Radbruch é menos certa. Ver: Paulson, *On the background and significance of Gustav Radbruch's post-war papers*, pp. 35-38.

¹⁵ Por exemplo: R. Dworkin, *Law's empire*, Harvard, 1986, p. 90; *idem*, *Legal theory and the problem of sense*, em: R. Gavison (ed.), *Issues in contemporary legal philosophy*, Oxford, 1987, pp. 14-15.

Alexy parece defender uma posição intermediária de que tal teoria jurídica – ou pelo menos a particular teoria do direito que ele defende – é decisiva em um pequeno número de casos, mas, de outro modo, tem pouco ou nenhum efeito¹⁶. No outro extremo está a visão que eu já defendi noutra lugar¹⁷: que tal teoria do direito não tem (ou não deveria ter) efeito na resolução de casos particulares.

Deixe-nos considerar a conexão entre a teoria do direito e a prática a partir de uma perspectiva diferente. Com frequência os teóricos que arguem uma teoria jurídica particular justificarão sua preferência com referência a casos reais: que a teoria preferida melhor se encaixa a resultados reais de casos (adequação descritiva), ou que a teoria preferida levaria a resultados melhores em certos casos (superioridade prescritiva). Entretanto, um desafio (ou ao menos uma resposta) a esse modo de conectar teorias do direito e a solução de disputas particulares é que o mesmo resultado jurídico pode ser caracterizado, racionalizado, ou justificado de diferentes maneiras. Ou seja, pode ser que as teorias do direito sejam freqüentemente ortogonais em relação aos resultados de disputas jurídicas porque a mesma resolução pode ser explicada ou justificada por muitas ou todas as teorias alternativas.

Isso não quer dizer que as disputas concretas não podem oferecer qualquer evidência. Considere o debate dentro do positivismo jurídico, onde o “positivismo jurídico exclusivo” interprete a tese de separação do positivismo jurídico como exigindo que a validade e o conteúdo de normas jurídicas sejam averiguáveis sem que se recorra a normas morais; enquanto o “positivismo jurídico inclusivo” permite que se recorra a normas morais, mas apenas quando tal recurso tiver sido autorizado dentro do sistema jurídico por fontes positivas¹⁸. A visão do positivismo jurídico inclusivo sobre o direito pode mais fácil e elegantemente explicar o que está acontecendo em certos casos de revisão judicial constitucional com fulcro em normas constitucionais de teor moral, do que deveria relatar o positivismo jurídico exclusivo – embora aquela evidência deva ficar longe da consideração conclusiva do debate inclusivo-exclusivo¹⁹.

¹⁶ É importante notar que Radbruch, tanto em seus primeiros trabalhos quando em seus escritos mais maduros, propôs comentários sobre a natureza do direito que estavam separados de, se ainda tivessem alguma conexão com, sua fórmula. Por exemplo, ele escreveu: “o direito é somente aquele que ao menos procura servir à justiça. Justiça é a idéia de direito, determinando a real natureza do direito” (G. Radbruch, *Die problematik der Rechtsidee*, em: *Die Dioskuren. Jahrbuch für Geisteswissenschaften*, n. 3, 1924, p. 45), citado traduzido por: Paulson, *Radbruch on unjust laws: competing earlier and later views?*, p. 496; ver também: Radbruch, *statutory lawlessness and supra-statutory law*, pp. 6-7. Seu tratado de 1932 parece soar como um tema similar, embora em uma linguagem continental (nesse caso, neokantiana) que o torne mais difícil de entender para alguns leitores da tradição anglo-americana. Por exemplo: Radbruch, *Legal philosophy*, p. 52: “o conceito de direito não pode ser de outra maneira definido como aquela realidade cujo significado é a realização da idéia de direito. O direito pode ser injusto [...], mas é direito simplesmente porque seu significado é para ser justo. Sobre o neokantismo radbruchiano, ver: Paulson, *On the background and significance of Gustav Radbruch's post-war papers*, pp. 29-32.

¹⁷ B. Bix, *Legal positivism*, em: M. P. Golding / W. A. Edmundson (ed.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Blackwell, 2005, pp. 36-38.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 36-38.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 37-38.

O caso do “informante ressentido” no debate de Hart e Fuller, onde tanto H. L. A. Hart quanto Lon Fuller discutiram os méritos da abordagem de Radbruch²⁰, é outro bom exemplo de como a teoria pode ser ortogonal à prática. Conforme descrito no debate, o caso era o seguinte: durante o regime nazista, uma mulher utilizou-se de uma lei nazista para tentar ver seu marido morto. Sob um regime posterior, ela foi acusada de por em perigo os direitos civis do marido, e ela defendeu-se alegando que suas ações eram permitidas, se não necessárias, pela direito nazista. Fuller argüiu que o tribunal do regime posterior estava certo ao tratar a regra nazista como “não direito”, e, portanto, não haveria uma defesa possível à acusação que a mulher enfrentou. Hart teria preferido que o mesmo resultado fosse alcançado pela promulgação de uma legislação retroativa que tornasse o objeto da ação da mulher punível. (Como Fuller pontuou, não está claro porque, se a legislação retroativa é encorajada, poderia fazer muita diferença se ela fosse feita pelo Legislativo ou pelo Tribunal²¹.)

Quando um Tribunal afirma que uma norma particular é tão injusta para ser considerada legalmente válida²², essa atitude pode ser caracterizada de diferentes modos. A recusa dos juízes em aplicar a lei de acordo com seu significado comum, pode ser interpretando a lei sob a luz de seus propósitos e com o objetivo de: ou tornar toda a esfera do direito mais coerente; ou tratar a lei como uma obrigação inválida (ou nula e sem valor *ab initio*) por causa de sua inconsistência com as regras constitucionais ou com a “lei maior” que vai além das fontes positivas; ou usar seu poder legislativo para modificar ou repelir normas jurídicas existentes²³. Os Tribunais, é claro, tendem a propor explicações e caracterizações de suas próprias atitudes, mas os teóricos não precisam considerar essas características ao pé da letra (como, por exemplo: nós freqüentemente ignoramos as alegações feitas por juízes em épocas anteriores que em casos difíceis e que são pontos de referência eles estavam simplesmente “descobrimo” o direito, e não o fazendo eles mesmos).

Esse é um longo caminho para chegar a um pequeno ponto: que mesmo se houver uma conexão entre a teoria do direito e a resolução de casos particulares (o que eu explorarei adiante, na próxima seção), os argumentos baseiam-se em como os casos particulares são resolvidos, ou como nós pensamos que tais casos devam ser resolvidos, pode oferecer apenas uma evidência incerta pela escolha entre teorias alternativas.

²⁰ H. L. A. Hart, Positivism and the separation of law and morals, em: *Harvard Law Review*, n. 71, 1958, pp. 615-621; L. L. Fuller, Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart, em: *Harvard Law Review*, n. 71, 1958, pp. 648-657.

²¹ Fuller, Positivism and fidelity to law, p. 649.

²² Outros exemplos são dados por: Radbruch, Statutory lawlessness and supra-statutory law, pp. 2-6.

²³ Enquanto isso, eu não entendo que isso é de todo conclusivo quanto a essa questão, nós não precisamos ter em mente o aviso de Fuller em relação ao tratamento de leis más de regimes antigos: “até onde os tribunais se preocupam, essas questões certamente não teriam sido úteis se, ao invés de dizer, ‘isso não é direito’, eles tivessem dito ‘isso não direito, mas é tão mal que nós nos recusamos a aplicá-lo’. Certamente a confusão moral chegou a esse ponto quando um tribunal recusou aplicar alguma coisa que ele admitiu se tratar de direito”. Ver: Fuller, Positivism and fidelity to law, p. 655.

4. Teorias do raciocínio judicial e teorias do direito

Há, é claro, um lugar – e é um lugar importante – para as teorias que podem guiar os juízes (tanto numa questão de direito quanto numa questão de moral) sobre como eles deveriam interpretar ou aplicar leis más²⁴ – leis más de seus próprios regimes ou as leis más de regimes passados. Entretanto, pode ser uma coisa completamente diversa equiparar essas teorias com as teorias sobre a natureza do direito, ao menos sem adicionar novos argumentos.

Conforme afirmado alhures, os teóricos dispõem de uma ampla gama de visões sobre as conexões (se houver alguma) entre teorias do direito e a resolução de disputas jurídicas particulares. Quando alguém como Dworkin alega que não há uma nítida distinção as duas, e uma posição pessoal em uma implica uma visão com relação à outra, ele apresenta argumentos substanciais para aquela conclusão; ele não defende simplesmente a conexão. Similarmente, eu entendo que o fardo inicial deve ser dado ao teórico que implicitamente afirma que uma teoria do raciocínio jurídico é sensível (ou mesmo relevante) a questões sobre a natureza do direito. Novamente, isso não quer dizer que a conexão não possa ser mostrada, e sim que ela precisa sê-lo.

Ao mesmo tempo, é uma justa questão a se fazer a Raz (e talvez a mim mesmo): se questionamentos sobre a natureza do direito e sobre quando alguma regra ou um sistema de regras merece os rótulos de “direito” e “jurídico” não estão intimamente relacionados à questão de que regras deveriam ser aplicadas pelos juízes ao decidir disputas, então qual é o ponto da questão? Raz deveria responder²⁵ que sua teoria simplesmente trilha nosso conceito de direito, e se a distinção “direito” / “não-direito” não trilhar sempre a distinção entre fontes aceitáveis / inaceitáveis para os juízes utilizarem na solução de disputas, isso é simplesmente uma reflexão tanto de nossas práticas lingüísticas quanto de nossas práticas jurídicas.

Na próxima seção, eu considerarei mais de perto a conexão entre o modo de proferir decisões judiciais e a teoria do direito no trabalho de Alexy.

²⁴ E para estender que nós focamos sobre as fontes e o raciocínio judicial, nós devemos considerar a discordância entre Dworkin e Raz em relação a se um juiz tem uma obrigação de aplicar a uma disputa jurídica cada norma que seja ou que se torne uma norma jurídica. Ver: J. Raz, *Legal principles and the limits of law*, em: M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and contemporary jurisprudence*, Rowman & Allenheld, 1983, pp. 73-87; R. Dworkin, *A reply by Ronald Dworkin*, em: *Ibidem*, pp. 260-263.

²⁵ Ver: Raz, *Can there be a theory of law?*

5. Análise conceitual

5.1. Reivindicação da adequação

O argumento de Alexy de que, para ser qualificado como jurídica, uma norma individual ou um sistema de normas, deve “alegar adequação²⁶” exibe uma forte semelhança com o argumento de Joseph Raz de que sistemas jurídicos necessariamente reivindicam às suas normas um *status* impositivo²⁷. Entretanto, Alexy deixa de fazer companhia a Raz quando afirma não apenas que um sistema jurídico que não reivindica a autoridade / adequação não é um sistema jurídico, como também quando afirma que um sistema jurídico (ou uma norma jurídica) que não tem bom êxito em ser correto / impositivo deveria ser por isso “defectivo²⁸”. Raz, ao contrário, deixa claro que um sistema que pretende ser impositivo, mas falha, ainda se mantém jurídico; de fato, Raz acredita que essa é a caracterização mais comum da maioria dos sistemas jurídicos²⁹.

Raz tem a melhor visão nesse intercâmbio, considerando-a em sentido estrito. Não se segue, logicamente, do fato de que uma entidade deve reivindicar a adequação ou autoridade que sua falha em alcançar a adequação ou a autoridade significa que ele seja defectivo. Se o único modelo de legalidade é um tipo de reivindicação, então o único modo de falhar ao tentar alcançar a legalidade é em relação a algum modo de fazer essa reivindicação. (Ao mesmo tempo, trata-se de um movimento compreensível – mesmo que não seja logicamente pressuposto – de ir das reivindicações sobre adequação à preocupação sobre a sua realização.)

Numa temática similar, Alexy argúi que isso deveria ser “defectivo” e “absurdo” para a constituição anunciar a criação de uma “república injusta³⁰”. (Embora Alexy admita que esse critério possa excluir muito poucos sistemas de normas, como muitas regras demonstram pelo menos o fomento de alguma versão de justiça³¹.) Eu deveria argumentar que a análise de Alexy confunde um ponto geral sobre linguagem e advocacia por alguma coisa peculiar, ou essencial, ao direito. Se alguém está tentando vender, persuadir, ou encorajar, utiliza-se da linguagem

²⁶ Alexy, *The argument from injustice*, p. 35. Para uma visão crítica de uma tese da “reivindicação pela adequação” similar à de Alexy (dada por Philip Soper), ver: Matthew Kramer, *In defense of legal positivism*, Oxford, 1999, pp. 101-108.

²⁷ Raz, *Ethics in the public domain*, Oxford, 1994, p. 199.

²⁸ Alexy, *The argument from injustice*, p. 36. Mark Murphy discorre em termos similares: que leis que “falham em se adequar a modelos racionais” são “defectivas”. Ver: M. Murphy, *Natural law jurisprudence*, em: *Legal theory*, n. 10, 2003, p. 254. A abordagem de Murphy levanta muitas das mesmas questões e preocupações como as de Radbruch: é sensível ou sustentável ter uma idéia de “direito defectivo” que não seja reduzível nem à “legalmente válida embora imoral” ou “legalmente inválida”? Nigel Simmonds recentemente propôs uma abordagem completamente diferente para justificar uma conexão entre o direito e a moral, argüindo que a norma legal é um “arquetipo” ideal em relação ao qual um sistema normativo deve se aproximar em algum grau para ser considerado “direito”. Ver: N. E. Simmonds, *Law as a moral idea*, em: *University of Toronto Law Journal*, n. 55, 2005, pp. 85-86. Para uma crítica da visão de Simmonds, ver: Matthew Kramer, *Objectivity and the rule of law* (no prelo, Cambridge, 2007).

²⁹ Raz, *Ethics in the public domain*, Oxford, 1994, pp. 200-202.

³⁰ Alexy, *The argument from injustice*, pp. 36-37; *idem*, *A defence of Radbruch's formula*, p. 27.

³¹ Alexy, *The argument from injustice*, p. 127.

positiva. Para usar termos pejorativos em qualquer contexto que requeira sustentação ou persuasão é, ao menos inicialmente, paradoxal³². Esse é um ponto sobre linguagem e retórica, não sobre direito e moral.

Alexy poderia responder que mesmo se essa parte de sua variação da tese de Radbruch não é característica ao direito, ela é, não obstante, essencial ao direito. Contudo, eu não estou certo de que isso seja defensável. E se um país estivesse para dizer (em sua constituição, ou em algum outro lugar oficial) o seguinte: “nós não temos tempo para a tão aclamada ‘justiça’: isso é conversa de países fracos; nossa nação é, sobretudo, comercialmente eficiente e nós fazemos o melhor que podemos pelos cidadãos de nossa grande nação”. Deveria uma dispensa pública de justiça de um país significar que seu sistema de regras não deveria merecer o rótulo “direito”? Isso parece muito pouco convincente.

Alexy pode recorrer à sua mais ampla “reivindicação pela adequação³³”. Por certo, um governo ou sistema de regra que não pretende estar fazendo alguma coisa, estar seguindo alguma teoria ou propósito, não pode ser caracterizado como “jurídico”. Entretanto, aqui eu entendo que nós apenas voltamos à comparação com a reivindicação de Raz pela autoridade legitimada, e ao argumento, resumido acima, de que é necessário não pressupor qualquer reivindicação objetiva de que o sistema jurídico em questão tenha êxito em ser uma autoridade legitimada, ou qualquer conclusão de que o sistema é “legalmente” ou “conceitualmente” defectivo (em oposição a moralmente defectivo – isto é, sujeito ao criticismo moral) caso ele falhe sob algum teste objetivo de adequação.

5.2. Embasamento

Qual é a base de – os embasamentos para – os julgamentos conceituais de Alexy (e para suas reivindicações analíticas)? A análise básica parece ser uma questão sobre quando e se uma atribuição de um *status* jurídico ou um caráter jurídico deveria parecer absurda ou contraditória³⁴.

Aqui, é preciso que se vá além – como faz Raz³⁵ – para considerar questões fundamentais da análise conceitual: por exemplo, se há um único conceito de direito, ou muitos conceitos de direito (e, no caso de haver muitos, como o teórico escolhe entre os conceitos de direito?); e se os conceitos de direito mudam com o tempo etc. Em *The Argument from Injustice*, de Alexy, encontra-se o começo da exploração

³² Alexy considera e rejeita a possível réplica de que isso é simplesmente uma convenção da constituição escrita. Alexy, *The argument from injustice*, p. 37. Entretanto, aquela resposta perde a generalidade do criticismo: de que é uma convenção, ou uma expectativa geral partilhada, de todo um discurso promocional. Muito mais perto está a concessão de Alexy de que o paradoxo da constituição injusta é como afirmar que “o gato está no tapete, mas eu não acredito”. *Ibidem*, p. 38, n. 66.

³³ Alexy, Law and correctness; *idem*, On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin’s critique, em: *Ratio Juris*, n. 12, 2000, p. 138; *idem*, *The argument from injustice*, pp. 32-39.

³⁴ Por exemplo: Alexy, A defence of Radbruch’s formula, pp. 25-26; *idem*, *The argument from injustice*, pp. 23-31.

³⁵ Por exemplo: Raz, On the nature of law; *idem*, Can there be a theory of law?

dentro e sobre a análise conceitual – na conexão (mencionada acima) entre a análise conceitual e o que faz sentido afirmar ou o que parece contraditório; e a asserção de que na teoria do direito pode-se precisar suplementar a análise conceitual com argumentos normativos³⁶ –, embora se devesse querer ouvir muito mais.

Retornando à análise de Alexy, aqui está um teste para ela: se nós estivéssemos para atravessar um país que decidiu não tratar sobre leis seriamente injustas como sugerem Alexy (e Radbruch) – os tribunais e outras autoridades jurídicas nesse país continuariam a tratar as leis más como válidas e vinculantes (até serem mudadas por um processo legislativo normal) – o que se diria? Poder-se-ia certamente dizer que isso era uma maneira imprudente de administrar um sistema jurídico, e provavelmente uma maneira imoral de administrar um sistema jurídico, embora se pudesse dizer que as autoridades estavam todas apenas equivocadas – que elas pensaram que as leis eram válidas, mas elas estariam todas erradas? Ou deveria Alexy (e Radbruch) nos ter dito que o que nós encontramos era um sistema normativo que não merecia o rótulo “jurídico”? (No segundo caso, eu poderia apenas responder que eu não encontro a tal linha desenhada justificada.)

6. Conclusão

A análise conceitual em geral, e as teorias sobre a natureza do direito em particular, podem ser problemáticas no mais das vezes, e se elas estão para serem todas justificadas, é importante que suas bases sejam exploradas. Ademais, é importante que qualquer e todas as conexões pretendidas entre teorias sobre a natureza do direito e teorias sobre como decidir casos sejam explicadas e justificadas. A famosa fórmula de Gustav Radbruch – tanto a original quanto a utilizada por Robert Alexy – oferece uma importante declaração sobre o modo de tomar decisões judiciais, mas ela é indubitavelmente muito mais improvável e infundada quando re-lançada como uma teoria sobre a natureza do direito.

³⁶ Alexy, *The argument from injustice*, pp. 22-23 e 40.