

(Des)Construindo o pensamento de Robert Alexy: a pretensão de correção e a violência do direito

(De) Construction the thought of Robert Alexy: the claim to correctness and the violence of law

Diogo Bacha e Silva *

Resumo: O presente trabalho busca reconstruir, de forma sintética, o importante trabalho de Robert Alexy para a Teoria do Direito. Desde seu projeto de argumentação jurídica enquanto parte dos discursos práticos gerais, perpassando pela construção de uma Teoria dos Direitos Fundamentais, até sua teoria não-positivista do direito baseada na imanente pretensão de correção do próprio Direito. Após, o artigo pretende desconstruir o trabalho teórico de Robert Alexy, apresentando como fundamento o pensamento de Jacques Derrida.

Abstract: This present work seeks to reconstruct, in synthetic form, the important work of Robert Alexy for the Theory of Law. From his project of juridical argumentation as part of the general practical discourses, going through the construction of a Theory of Fundamental Rights, to his non-positivist theory of law based on the immanent claim to correct the Law itself. After, the article intends to deconstruct the theoretical work of Robert Alexy, presenting as a foundation the thought of Jacques Derrida.

Palavras-chave: Pretensão de correção; Desconstrução; Justiça como aporia.

Keywords: The claim to correctness; Deconstruction; Justice as aporia.

Recebido em: 26.03.2022. Aprovado em: 26.07.2022.

* Doutor em Direito pela UFRJ, Mestre em Direito pela FDSM, estágio de pós-doutorado em direito na UFMG.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9748-0714>. E-mail: diogobacha@gmail.com.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E RACIONALIDADE: A BUSCA PELA CORREÇÃO DAS PROPOSIÇÕES NORMATIVAS. 2. A PONDERAÇÃO COMO SINÔNIMO DE RACIONALIDADE: REGRAS, PRINCÍPIOS, CLASSIFICAÇÕES E ONTOLOGIA CLÁSSICA. 3. A DUPLA NATUREZA DO DIREITO: NÃO-POSITIVISMO E A PRETENSÃO DE CORREÇÃO. 4. O CAMINHO DA DESCONSTRUÇÃO OU A DESCONSTRUÇÃO A CAMINHO: DIREITO E JUSTIÇA, DOIS CAMINHOS. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Robert Alexy é um daqueles juristas cujo relevo sobre o pensamento jurídico mundial dispensam apresentações formais. Professor da Universidade de Kiel, seu primeiro trabalho de relevo que marca sua trajetória acadêmica é o livro *Theorie der juristischen Argumentation* com o qual obteve o doutoramento pela Universidade de Göttingen no ano de 1976. Já com essa obra, Robert Alexy dá conta de conceitos chaves que serão utilizados em sua teorização sobre o direito. Ideias como a de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, que a tarefa de uma teoria da argumentação jurídica é de correção de enunciados jurídicos e a exigência de que os discursos jurídicos sejam fundamentados racionalmente são como vigas-mestras de sua teorização.

Sob forte influência de Hans Kelsen e Gustav Radbruch, Robert Alexy aponta como uma teoria da argumentação e uma teoria dos princípios pode desenvolver a atividade jurídica em geral, no ponto em que o positivismo normativo não avançou que é exatamente a argumentação jurídica.

A segunda obra, datada de 1984, é a *Theorie der Grundrechte* que, partindo de casos concretos julgados pelo Tribunal Constitucional Federal – TCF, procura aplicar sua dimensão analítico-normativa na argumentação jurídica para a resolução de casos concretos.

Obras posteriores (de)marcam também seu pensamento filosófico sobre o direito e sobre a teoria do direito. *Recht, Vernunft, Diskurs* publicada em 1995, *Begriff und Geltung des Rechts* de 2002 e também *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism* da mesma data, além de inúmeros artigos e conferências pavimentam a estrada teórica deste que é um dos mais importantes filósofos do direito no século XX e XXI.

Toda sua obra segue um fio condutor e coerente. Muito embora sua obra tenha sido apropriada por diversos interpretes ao longo do tempo e dos mais diversos países,

permanece umbilicalmente ligada como um projeto jurídico-filosófico herdeiro da filosofia analítica e com pretensões de conferir racionalidade à argumentação jurídica.

Sua aplicação e sua importância no cenário jurídico nacional e internacional merecem análises críticas das mais diversas matrizes do pensamento jurídico. Nosso intuito, é analisar um dos aspectos principais de seu pensamento naquilo que se traduz como anti-positivismo, uma busca pela superação do pensamento positivo.

No entanto, nossa abordagem não é meramente descritiva desse projeto teórico que é deveras conhecido por profissionais do direito, teóricos e juristas do mais amplo espectro. Em verdade, buscamos retirar seu projeto teórico da “zona de conforto” de uma tradição de pensamento analítica e submetê-lo a uma (des)construção à maneira derridiana.

Será que a pretensão de correção do direito é uma forma de pensar que condiz com as próprias pretensões do Direito e da Justiça? A resposta está por vir no presente artigo.

1. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E RACIONALIDADE: A BUSCA PELA CORREÇÃO DAS PROPOSIÇÕES NORMATIVAS

Adepto da Teoria do Discurso na Ciência do Direito, Robert Alexy procura estabelecer a racionalidade na fundamentação das decisões, a partir da constatação de que as proposições normativas singulares, expressas na forma de decisão judicial, não são o resultado das normas vigentes e dos enunciados empíricos verdadeiros, seja pela imprecisão da linguagem, pelo conflito entre normas, pela existência de casos que não tenham regulação jurídica ou, ainda, pela decisão que contraria expressamente a literalidade das normas¹. A exigência de fundamentação das decisões são partes cogentes do direito positivo, ao menos na maioria dos Estados, daí a necessidade de uma racionalidade com busca a pretensão de correção².

Para Alexy, as decisões jurídicas não podem prescindir de uma análise lógica, isto é, muito embora não sejam sinônimos o conceito de fundamentação e de consequência lógica, já que a primeira abrange um espectro maior, é a segunda que oferta seja uma proposição analiticamente verdadeira, ou seja, que faz com que a fundamentação seja considerada

¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19-20.

² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 212.

correta, acertada ou boa, ou então, falsa, não acertada ou ruim. Desse modo, “como condição mínima para uma fundamentação, que dá bom resultado, de uma sentença judicial deve ser exigido que a decisão seja reconstruível de modo que a sentença resulte logicamente das proposições citadas nos fundamentos, juntamente com proposições lá pressupostas, em que essas proposições (ex falso quodibet) devem ser livres de contradição”³.

Dessa forma, suas premissas teóricas estão assentadas em uma filosofia analítica de base lógica. A argumentação jurídica – entendida a partir da filosofia da linguagem e teorias da argumentação – pode contribuir de maneira decisiva para a estrutura lógica dos argumentos e a racionalidade dos discursos jurídicos, fazendo avançar a ciência do direito. Não por outra razão, Robert Alexy estabelece, já em sua primeira obra, que suas pretensões teóricas são do tipo analítico-normativa para o discurso jurídico⁴.

Tratando da correção de enunciados normativos, Robert Alexy centra sua teoria sobre a tese do caso especial, enunciada da seguinte forma: “o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”⁵. De uma forma geral, a argumentação jurídica se diferencia da argumentação prática em geral pela vinculação que tem a argumentação jurídica ao direito vigente. Isto é, o processo argumentativo é limitado temporalmente e regulado por uma série de regras processuais⁶ de tal forma que há determinados de argumentos que são tomadas como referência e outros que são excluídos, embora os argumentos enquanto razão devam ser procedimentalizados através de regras, ainda que a custo de conteúdo⁷.

A relação entre a argumentação prática geral e a argumentação jurídica pode ter, segundo Alexy, três significados diferentes: a tese da secundariedade, a tese da adição e a

³ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19-20.

⁴ Segundo o autor, “ a perspectiva é analítica se nela se trata da estrutura lógica dos argumentos realmente efetuados ou possíveis. É, finalmente, normativa se estabelecem e fundamentam critérios para a racionalidade do discurso jurídico” (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 31).

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 31

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 210.

⁷ ATIENZA, Manoel. Entrevista a Robert Alexy. *Revista Doxa*. n 24, 2001, p.685.

tese da integração. Pela primeira, “o discurso jurídico, em todos os casos em que a solução não pode ser obtida exclusivamente da lei, não seria outra coisa senão um discurso prático geral com uma fachada jurídica”⁸. A segunda tese afirma que, ao chegar em determinada ponto da discussão, já não são possíveis argumentos jurídicos, entrando no cenário os argumentos práticos gerais. A terceira tese, adotada pelo autor, é aquela que busca conciliar em todos os níveis os argumentos práticos gerais com os argumentos jurídicos⁹.

As duas espécies argumentativas – ou os usos diferentes de argumentos – são conciliados na medida em que ambos se referem e buscam uma razão prática, isto é, têm a necessidade de produção de convicções a respeito da correção das condutas, estabelecendo o que é permitido, proibido ou obrigatório. Ambos, portanto, pretendem a correção dos enunciados normativos¹⁰. As pretensões de correção normativa são distintas para a argumentação jurídica e a argumentação prática em geral, já que as decisões judiciais, de um modo geral, são submetidas ao escrutínio dos próprios participantes e dos não participantes na medida em que discutem longa e seriamente se a decisão foi uma decisão correta¹¹.

Uma das principais críticas tecidas à teoria do caso especial é como caracterizar os discursos práticos gerais e qual conceito se deve ter dos mesmos. Tanto autores ligados à teoria positivista do direito¹², quanto jusnaturalistas¹³ e até mesmo adeptos da teoria do discurso¹⁴ criticaram a ausência de uma definição clara daquilo que poderia ser concebido

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 35.

¹⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Processo Constitucional**. 3ª edição. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 82.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 214.

¹² “La tesis del caso especial, núcleo de la teoría de la argumentación jurídica, es ambigua y por ello puede ser interpretada de modos diversos. En este trabajo he tomado como central la versión de la tesis del caso especial como una tesis descriptiva que vincula el razonamiento jurídico al razonamiento moral crítico y que reproduce el punto de vista de los participantes, según el cual los jueces «hacen justicia según derecho» cuando ejercen su labor jurisdiccional” FIGUEROA, Alfonso García. **La tesis del caso especial y positivismo jurídico**. *Doxa*, 22, 2009, p. 195-220. p. 220.

¹³ FINNIS, John. *Natural Law and the ethics of discourse*. **The American Journal of Jurisprudence**, 1998, 53-73. Embora as críticas de John Finnis sejam dirigidas a ética discursiva habermasiana, o autor considera que a procedimentalização de argumento conduz, necessariamente, ao estabelecimento de direitos naturais, não havendo diferença substancial entre regras discursivas práticas e direitos naturais.

¹⁴ Aqui a referência é feita a Jürgen Habermas.

como argumentos práticos gerais, chegando alguns a conectar argumentos práticos gerais com argumento moral, seja uma moral crítica ou social.

Jürgen Habermas um dos autores que, segundo o próprio Alexy, tem o mesmo objetivo geral de seu pensar o direito¹⁵, desfere críticas substanciais ao modo como Alexy concebe a tese do caso especial. Para Jürgen Habermas, a tese advogada por Alexy conduziria a que os discursos jurídicos não poderiam contradizer os discursos prático-morais, devendo entender-se que o discurso jurídico é um subconjunto dos discursos morais¹⁶. Em um nível pós-convencional de fundamentação, não se deve subordinar o direito à moral, portando ainda conotações de Direito Natural¹⁷. Para Habermas, o princípio moral especifica o discurso de argumentação prático-moral e o princípio democrático deve assegurar as condições para o discurso jurídico que se especificam em discursos de fundamentação e aplicação¹⁸.

Em réplica às críticas de Habermas, Alexy especifica mais o que ele entende por discursos práticos gerais. Concorde com o ponto de Habermas de que o discurso jurídico não pode ser um subconjunto da argumentação moral, mas defende que seu conceito de discursos práticos gerais não tem a conotação de discurso moral como definido por Habermas¹⁹. O discurso prático geral, conforme define Alexy, “é um discurso no qual questões e razões morais, éticas e pragmáticas estão conectadas. Discursos práticos gerais são diferentes de discursos jurídicos por não dependerem de razões institucionais. Para a argumentação jurídica, razões institucionais como a lei e o precedente são constitutivas; para a argumentação prática geral eles não são”²⁰. É um discurso que combina os pontos de

¹⁵ ATIENZA, Manoel. Entrevista a Robert Alexy. *Revista Doxa*. n 24, 2001, p.675. O autor chega a mencionar, nessa entrevista, que Habermas se apropria da coerência de Klaus Günther para contrapor a ponderação. Contudo, em que pese Robert Alexy concordar com a ideia de Klaus Günther acerca da necessidade de coerência para a interpretação jurídica, esta não se faz sem a ponderação. ATIENZA, Manoel. Entrevista a Robert Alexy. *Revista Doxa*. n 24, 2001, p.675-676.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 6ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2010. p. 302.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 6ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2010.p. 305.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 6ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2010. p. 306.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 96,

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 97.

vista de utilidade ou conveniência, do valor e da moralidade ou da justiça em uma relação de precedência e permeação entre o conveniência, o bom e o justo²¹.

O discurso jurídico, para Alexy, estaria integrado dentro do sistema jurídico ao discurso prático geral e, por isso, o discurso jurídico não pode ser concebido como um subconjunto dos discursos práticos gerais²². Desse modo, a ideia da teoria do caso especial é a institucionalização da razão prática dentro do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito através de procedimentos que introduzem novos conteúdos a fim de produzir coerência na pretensão de correção que lhe é subjacente²³.

Os procedimentos e regras do discurso jurídico integrados ao discurso prático geral no todo do sistema jurídico conferem racionalidade à decisão que carregando uma pretensão de correção através da racionalidade não evita que esteja submetida a um discurso filosófico sobre o conceito de direito²⁴. Daí, por exemplo, que Robert Alexy entende que a legitimidade do Poder Judiciário não vem de sua representatividade democrática, mas de sua representatividade argumentativa²⁵, já que o conceito clássico de representatividade pode se esgotar na eleição do representante.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 98.

²² ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 101.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 105-106. Aqui, portanto, é importante considerar a crítica de Klaus Günther: Os discursos práticos gerais não lidam com casos concretos, questão que é inerente ao discurso jurídico. Assim, os discursos práticos gerais servem para descobrirmos quais normas devem ser incluídas em nossas deliberações morais sobre casos concretos (GÜNTHER, Klaus. Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis". *Ratio Juris*. Vol. 6 No. 2, July, 1993, p. 143-156. p. 149).

²⁴ ALEXY, Robert. Sobre duas justaposições: conceito e natureza, direito e filosofia. Alguns comentários sobre "pode haver uma teoria do direito?" de Joseph Raz. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Trad. Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 108.

²⁵ "The representation of the people by a constitutional court is, in contrast, purely argumentative. The fact that representation by parliament is volitional as well as discursive shows that representation and argumentation are not incompatible. On the contrary, an adequate concept of representation must refer—as Leibholz puts it—to some "ideal values." Representation is more than—as Kelsen proposes—a proxy, and more than—as Carl Schmitt maintains—rendering the representandum existent. To be sure, it includes elements of both, that is, representation is necessarily normative as well as real, but these elements do not exhaust this concept. Representation necessarily lays claim to correctness. Therefore, a fully-fledged concept of representation must include an ideal dimension, which connects decision with discourse. Representation is thus defined by the connection of normative, factual, and ideal dimensions" (ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review, and representation**. Oxford University Press and New York University School of Law, Number 4, p. 572-581, 2005. p. 579). Para uma crítica a este conceito: BACHA E SILVA, Diogo. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação dos discursos de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013. p. 84.

2. A PONDERAÇÃO COMO SINÔNIMO DE RACIONALIDADE: REGRAS, PRINCÍPIOS, CLASSIFICAÇÕES E ONTOLOGIA CLÁSSICA

Em sua obra posterior, Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy busca refinar ainda mais sua ideia de um procedimento discursivo para a obtenção da resposta racional em decisões jurídicas. Orientando-se por três dimensões, a dimensão analítica, a dimensão empírica e a dimensão normativa, é possível que a ciência do Direito cumpra com sua tarefa prática de forma racional²⁶. Por isso, para Alexy é importante a consideração de uma Teoria dos Direitos Fundamentais que seja, ao mesmo tempo, uma crítica a práxis jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal e uma teoria do direito positivo, além de uma teoria geral em torno dos direitos fundamentais.

Para estabelecer uma teoria dos direitos fundamentais, Alexy começa pela definição do que seriam normas. Nessa medida, diferencia entre normas e enunciados normativos. Norma é o significado dos enunciados normativos, sendo, portanto, uma definição semântica que independe da validade. A validade de uma norma, para Alexy, está desconectada do próprio conceito de norma, eis que seria contraditório a afirmação de que “uma norma x é inválida”. A validade normativa é uma questão de razão teórica, submetidos aos critérios de veracidade²⁷.

As normas de direitos fundamentais são aquelas que exigem uma fundamentação também referente a direitos fundamentais, este é o conceito base sobre o qual trabalha o autor. A base da teoria dos direitos fundamentais e sua fundamentação é o estudo da estrutura das normas. A partir da concepção adotada por Dworkin²⁸, divide-se a estrutura das normas em regras e princípios. Essa distinção permite o ponto de partida para o critério de racionalidade para os direitos fundamentais.

²⁶ A dimensão analítica para o autor é aquela que diz respeito ao conhecimento sistemático-conceitual do direito vigente, algo como o plano sintático e semântico da linguagem. A dimensão empírica é aquela que verifica e conhece o direito positivo válido e a utilização de premissas empíricas na argumentação jurídica. A dimensão normativa, por último, é aquela que elucida e realiza críticas à práxis jurisprudencial (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33-37).

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 53-63.

²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Regras e princípios, para Alexy, são espécies distintas de normas, ambas possuem um caráter deontológico de proibido, permitido ou obrigatório, ainda que em caráter distinto²⁹. Alexy adota uma distinção que ele próprio denomina de diferença qualitativa entre regras e princípios, ao contrário da tese que sustenta a diferença quantitativa que é relativa grau de generalidade³⁰. Isto é, para a teoria quantitativa da diferenciação se apegam ao grau de generalidade entre regra e princípio, sendo estas normas mais abstratas que subsomem outras normas dentro de um sistema³¹. Ou, ainda, normas mais abstratas dado o grau de generalidade de seus enunciados³².

O núcleo central para Alexy reside na conceituação de princípios. Segundo ele, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”³³. Princípios são mandamentos de otimização, isto é, podem ser satisfeitos em graus variados e sua satisfação depende não só das possibilidades mas das possibilidades jurídicas. As regras, ao contrário, “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”³⁴. Regras são razões definitivas e princípios são razões “prima facie” para normas, diferentemente de Joseph Raz que indica que normas são razões para ações³⁵.

A distinção parece ficar mais clara quando se encara o conflito entre princípios e as colisões de regras. Os conflitos de regras devem ser solucionados no âmbito de validade, isto é, ou se se introduz uma cláusula de exceção ou, ao menos, uma das regras deve ser considerada inválida. No caso da colisão entre princípios, a solução deve ser pela dimensão

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

³¹ ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial Del Derecho Privado**. Tradução de Eduardo Valenti Fiol. Tradução de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

³² DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Trad. Juan Ossorio Morales. Barcelona: Livraria Bosch, 1933.

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106-107.

de peso e não da validade³⁶, ou seja, princípios com maior peso tem precedência sobre outro princípio, no caso concreto, através do sopesamento. O conflito entre princípios não pode ser resolvido com base na prioridade de um sobre outro abstratamente. Por isso, o “objetivo desse sopesamento é definir entre os interesses conflitantes – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”³⁷. A ponderação é, em si mesmo, uma operação que busca a racionalidade, a fim de alcançar legitimidade no direito³⁸

A teoria dos princípios para Alexy implica necessariamente na máxima da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade é dividida em três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (lei da ponderação). Como princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas, a adequação e a necessidade decorrem das possibilidades fáticas, enquanto que a ponderação implica na possibilidade jurídica³⁹.

A adequação exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem, pelo menos, fomentar outros princípios cuja realização eles servem⁴⁰. É, conforme mesmo alerta Alexy, a ótima de Pareto pelo qual “uma posição pode ser melhorada sem que nasçam desvantagens para outras”⁴¹. Assim, o juízo de adequação é averiguar se há outro meio faticamente possível de realização da finalidade ou objetivo do princípio sem que implique em colidir com outro princípio. Se há outro, então o meio em questão não passa pelo juízo de adequação. Mas se não há outro meio, então surge o juízo da necessidade.

³⁶Veja-se que o trabalho de Alexy é profundamente influenciado por Dworkin em seu Levando os direitos a sério. Importa sublinhar que o mesmo, em obra mais recente, acaba por abandonar seus pressupostos anteriores. Dworkin mesmo negou que o Direito é feito de um conjunto fixo de prescrições, alguns regras e outro princípios. Apenas, diz ele, afirmou que “uma síntese acurada das ponderações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão específica de direitos e deveres legais incluiria proposições dotadas da forma e da força dos princípios, e que os próprios juízes e juristas, ao justificarem suas conclusões, empregam frequentemente proposições que devem ser entendidas dessa maneira” (DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 331)

³⁷ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

³⁸ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 131.

³⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 118.

⁴⁰ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.p. 110.

⁴¹ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.p. 110.

A necessidade então também é uma questão da ótica de Pareto. O subprincípio da necessidade significa que, dentre os meios possíveis e adequados para realizar um princípio, deve-se escolher aquele que menos intensamente intervenha no princípio colidente⁴². Há, no entanto, situações que dois meios afetam igualmente princípios, sem que seja possível realizar uma precedência de um meio por outro. O afastamento de um princípio por outro torna necessário a realização de uma justificação argumentativa, realizada segundo a proporcionalidade em sentido estrito⁴³.

A lei da ponderação ou sopesamento é formulada da seguinte forma: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”⁴⁴. A importância da lei da ponderação está em demonstrar que não há uma precedência absoluta entre um princípio sobre outro e sim uma precedência relativa. Também, inserir a racionalidade nos processos de justificação e decisão quando há colisões de princípios. A racionalidade é a realização em três passos: no primeiro passo, identifica-se o grau de interferência em um princípio; no segundo passo, identifica-se a importância do cumprimento do princípio oposto, e, por fim, no terceiro nível justifica-se a importância do cumprimento do princípio oposto em detrimento daquele princípio que sofrerá interferência. Esses juízos devem ser feitos em juízos argumentativos jurídicos que explicitará a racionalidade⁴⁵.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 119. Também: ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.p. 110.

⁴³ A lei da ponderação se transforma em uma regra que possibilita a subsunção, através do suporte fático: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.p. 102.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 167. Também: ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.p. 111. Cf. também: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.p. 154.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 173-174.

A racionalidade da ponderação é assegurada pela fórmula do peso. É a medição em graus da violação de um princípio para a satisfação de outro. Nos princípios em colisão, o grau de intervenção pode ser medido nos graus leve, médio e grave. Os graus podem variar até mesmo para números, evitando que ocorram empates e daí não se determine nenhum resultado⁴⁶, mas contanto que sejam escalas rudimentares com o intuito de imprimir racionalidade às decisões⁴⁷. Enunciada através de uma fórmula matemática, Alexy assim se

refere à fórmula peso:

$$Gi,j = \frac{Ii \cdot Gi \cdot Si}{Ij \cdot Gj \cdot Sj}$$

Na fórmula peso, a questão é que a importância de um princípio sobre o outro pode ser examinado e justificado a partir de três instâncias. Gi,j se refere ao resultado. Ii dividido por Ij é o grau de interferência que um princípio traz sobre o outro, sendo a escala de leve, médio e grave. Gi dividido por Gj se refere ao peso em abstrato dos princípios colidentes. E, por último, Si dividido por Sj se refere as provas disponíveis relativas às alegações empíricas sobre as interferências de um princípio sobre outro no caso concreto⁴⁸.

A fórmula peso para Alexy serve para que se reduza a discricionariedade do interprete ao permitir uma forma de argumento racional e objetiva que busca a realização de um procedimento argumentativo para a decisão jurídica⁴⁹. No entanto, em que se pese sua tentativa, as classificações e os consectários do pensamento analítico de Alexy não o livram de uma tentativa de categorizar o direito, em uma recaída na metafísica clássica aristotélica. Não por outra razão, Alexy defende que os conceitos devem se adequar aos objetos sendo mais do que regras convencionais⁵⁰.

⁴⁶ ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.p. 143.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 157.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.p. 156-157.

⁴⁹ É condição para a aplicação do princípio da proporcionalidade, como bem assevera Julio de Aguiar Oliveira, que o Tribunal realize uma estrutura decisória argumentativa, o que não se dá com a utilização do princípio da proporcionalidade pelo STF: OLIVEIRA, Julio de Aguiar. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. *Revista Brasileira de Direito*, 12(2): 146-153, jul.-dez. 2016.

⁵⁰ ALEXY, Robert. Sobre duas justaposições: conceito e natureza, direito e filosofia. Alguns comentários sobre “pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Trad. Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 105.

3. A DUPLA NATUREZA DO DIREITO: NÃO-POSITIVISMO E A PRETENSÃO DE CORREÇÃO

Em defesa de uma concepção de direito, do próprio sistema jurídico até da teoria da argumentação, Alexy propõe uma teoria da conexão entre direito e moral. Para ele, enquanto os positivistas apresentam a tese da separação e suas diversas variantes, a tese não positivista defende a tese da conexão. Isto é, para os positivistas não seria necessário que elementos morais determinem a concepção de direito, bastando apenas dois elementos de definição: a legalidade autoritativa e a eficácia social⁵¹. As teorias não-positivistas advogam que os elementos morais determinam o conceito de direito, além das características ligadas ao fato⁵².

Alexy, então, parte de que sua teoria sobre o conceito de direito se distancia do positivismo enquanto este permanece apegado à perspectiva do observador e não do participante e inclui a conexão do direito com a moral como classificadora, isto é, “quando se afirma que normas ou sistemas normativos que não satisfaçam determinado critério moral, por razões conceituais ou normativas, não são normas jurídicas nem sistemas jurídicos”⁵³ e não a conexão qualificadora que consiste em dizer que normas ou sistemas jurídicos que não satisfaçam a determinado critério moral ainda continuam a ser direito, mas normas ou sistemas jurídicos defeituosos⁵⁴.

A tese do não positivismo advoga a existência de uma dupla natureza do direito. O direito é composto por uma dimensão real que encontra na legalidade e na eficácia social sua expressão e uma dimensão ideal que diz respeito à correção moral com a institucionalização da razão por meio de um constitucionalismo democrático. Assim, deve-se defender os argumentos da dimensão ideal, os argumentos da dimensão real e a

⁵¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 15.

⁵² ALEXY, Robert. **Crítica ao positivismo jurídico**. In: ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 242.

⁵³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 31.

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Defesa de um conceito de direito não-positivista*. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 279.

reconciliação entre ideal e real⁵⁵. À maneira de Hegel, Alexy divide o direito em duas dimensões e pretende conciliá-las no constitucionalismo democrático.

Da perspectiva do participante é que a tese do positivismo da separação entre direito e moral é falha. O principal argumento utilizado por Alexy é o argumento da correção. Para o autor, “tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão à correção”⁵⁶. No caso do sistema jurídico como um todo a pretensão à correção moral está relacionada a uma definição classificadora da relação entre direito e moral, e no caso de normas jurídicas individuais e decisões jurídicas a definição é classificadora. Ou seja, um sistema jurídico só pode ser assim chamado se ele mesmo carrega uma pretensão à correção. Como exemplo de sistema jurídico que não levanta uma pretensão à correção, Alexy utiliza o primeiro artigo de uma Constituição com a seguinte redação “X é uma república soberana, federal e injusta”⁵⁷. Neste sentido, se um sistema jurídico pretende institucionalizar a injustiça entraria em contradição performativa. Já no que concerne às decisões judiciais, Alexy utiliza o exemplo de um juiz que profere a seguinte sentença: “o réu é condenado à prisão perpetua em virtude de uma interpretação incorreta do direito vigente”⁵⁸. Em ambos os casos, fica caracterizado que o direito como um todo carrega em si uma pretensão à correção. A questão seria complementada pelo argumento da injustiça nos casos das normas jurídicas e decisões judiciais.

Poder-se-ia objetar, por exemplo, que a pretensão à correção não conecta necessariamente direito e moral já que não tem implicações morais. Para afastar tal objeção, Alexy lança mão da fórmula de Radbruch apresentando o argumento da injustiça⁵⁹. Segundo

⁵⁵ ALEXY, Robert. *A dupla natureza do direito*. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 301.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 43.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 43-44.

⁵⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 46.

⁵⁹ Em seu 5 minutos de filosofia do direito, Gustav Radbruch apresenta no quarto minuto sua fórmula: “Quarto minuto

Certamente, ao lado da justiça o bem comum é também um dos fins do direito. Certamente, a lei, mesmo quando é má, conserva ainda um valor: o valor de garantir a segurança do direito perante situações duvidosas. Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem

a celebre fórmula de Gustav Radbruch, normas individuais de um sistema jurídico, tanto quanto o próprio sistema jurídico, perdem sua validade quando ultrapassam determinado limiar de injustiça⁶⁰. Isto é, somente perdem a validade normas altamente injustas, o que faz com que o sistema jurídico admita injustiças. Injustiças podem ser caracterizados como direito defeituoso, mas válido⁶¹. Aqui há uma conexão entre direito e moral, fazendo parte da construção teórica do não-positivismo de Alexy.

Por último, Alexy sustenta que a conexão entre direito e moral deve se dar também pela teoria dos princípios. Enquanto os argumentos da correção e da injustiça caracterizam o ideal do direito, a teoria dos princípios é capaz de conectar a dimensão ideal com a real⁶². Todos os sistemas jurídicos incorporam em sua positividade normas que são teórico-normativas classificadas como princípios em função da própria linguagem aberta que, inclusive, positivistas concordam, de forma a que o juiz está vinculado no âmbito da abertura do direito⁶³, criando uma vinculação necessária entre direito e moral, através da ponderação⁶⁴. Ademais, os próprios princípios que são incorporados ao sistema jurídico integram necessariamente a moral, de tal forma a que, quanto ao conteúdo, o juiz decida com base na moral e, quanto à forma, o juiz decide com base em razões jurídicas⁶⁵.

A conexão entre direito e moral se dá com base em uma moral correta, no sentido de uma moral devidamente fundamentada, a partir da perspectiva do participante, onde se

harmoniosamente nas leis os três valores que todo o direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça.

Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deve ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente na consciência do povo e de todos os juristas: pode haver leis tais, com um grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até carácter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negadas” RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, Coimbra: Antonio Amado, 1979, pp. 415-418. Tradução de L. Cabral de Moncada.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 48.

⁶¹ ALEXY, Robert. A dupla natureza do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 316.

⁶² ALEXY, Robert. A dupla natureza do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

⁶³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 84.

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 90.

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 92.

inserir não apenas regras especiais da fundamentação jurídica, mas também regras gerais da argumentação moral⁶⁶. Através do constitucionalismo discursivo é que se realiza uma teoria não-positivista do direito, conectando, no interior do sistema, a positividade e a correção, por meio de uma teoria da argumentação e decisão jurídica⁶⁷

Até aqui, construímos o pensamento de Robert Alexy, de uma forma analítica e descritiva, seguindo os passos de um *logos* cartesiano, uma racionalidade epistêmica, que o próprio Alexy certamente defenderia. No entanto, dado a complexidade do conhecimento, um pensamento de estrutura simplificadora e linear não pode compreender a dinâmica do conhecimento de um determinado objeto. Precisamos pensar a complexidade a partir de reunião e distinção de modelos, conceitos, de verdades⁶⁸.

4. O CAMINHO DA DESCONSTRUÇÃO OU A DESCONSTRUÇÃO A CAMINHO: DIREITO E JUSTIÇA, DOIS CAMINHOS

Encerrado o caminho da teoria não-positivista de Alexy ou anti-positivista, entregue a teoria do direito à pretensão de correção do direito, começa aí um novo caminho para a teoria do direito. Encerramento que possibilita abertura, abertura que possibilita encerramento de um ciclo sobre o pensamento da teoria do direito. Fechamento que só é permitido pela abertura, abertura que só é permitida pelo fechamento. O encontro de dois caminhos distintos, entre direito e justiça. Duas palavras, duas ideias que não se cruzam, mas que caminham juntas, caminho que só é levado *pela* e *na* linguagem.

Linguagem que tem suas origens no Fedro de Platão ao serem comparadas com *pharmakon*, remédio e/ou veneno, por Sócrates, o defensor do *lógos*, da dialética e da ciência médica, *Farmaceia* que é, ao mesmo tempo, a administração do *pharmakon*. No diálogo entre Fedro e Sócrates, o texto que Fedro traz consigo é um discurso proferido na ausência, ou seja, na não presença presentemente do escriba, daquele que administra o *pharmakon*, a escritura, levando ao descaminho de Sócrates. Repetir sem saber, logo, a escritura é um repetir sem saber, repetir sem saber. Sócrates demonstra o parentesco entre

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 97.

⁶⁷ ALEXY, Robert. A dupla natureza do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 317.

⁶⁸ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

a escritura e o mito, distintos do *lógos* e da dialética⁶⁹. *Lógos* que tem seu pai no platonismo, na apresentação de toda a metafísica ocidental em sua conceitual, mas que só cuja paternidade só se pode pensar a partir do *lógos*. Assim, há uma relação de dependência que só faz sentido em sua presença, o *lógos* deve ter um pai, já que é um ser vivo e animado, um organismo engendrado por seu pai, mas que só existe a partir do *lógos*⁷⁰.

A escritura que se irrompe num gesto de violência, de um parricídio, dessa decisão que abre o jogo da diferença, matando a tese de Parmênides, fazendo-se necessário revirar o *lógos* paterno. A escritura é *epekéina tês ousías* (além da presença ou da entidade). A verdade como presença desaparece, e a condição de possibilidade da verdade é a não verdade, a não-presença é a presença. A *differánce* é a única condição de possibilidade e de impossibilidade da verdade ao mesmo tempo⁷¹.

A escritura que deve servir de suplemento à fala que, por sua vez, representa o pensamento por signos convencionais. A escritura nada mais é do que uma representação da representação do pensamento. Torna-se um perigo a escritura, no entanto, desde que a representação quer nela se dar a presença e o signo pela própria coisa. O significado deve esquecer sua função de vicariância e se fazer passar pela plenitude de uma fala cuja carência, no entanto, ele só faz *suprir*⁷².

Suplemento que tem, ao mesmo tempo, dois significados tão opostos quanto necessários. O suplemento da escritura é aquele que acrescenta-se, excede-se, culminando com a presença. Cumula e acumula a presença. Mas o suplemento se acrescenta para substituir, intervém para representar e fazer imagem de uma falta anterior da presença. O suplemento é um adjunto, um substituto cuja marca é assinalada no vazio. Mas tudo começa no intermediário, aquilo que faz a mediação entre o tudo e o nada⁷³, suprimindo e suplantando a ideia concebida pela razão, eis porque a escritura excedeu os limites do fonocentrismo e do logocentrismo⁷⁴. Com a *brisure*, esse rompimento e junção do signo, algo que o mantém diferido e com acesso a um novo desenvolvimento, é que constitui a

⁶⁹ DERRIDA, Jacques. **A farmácia de platão**. Trad. Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005. p. 11-21.

⁷⁰ DERRIDA, Jacques. **A farmácia de platão**. Trad. Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005. p. 23-29.

⁷¹ DERRIDA, Jacques. **A farmácia de platão**. Trad. Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005. p. 143-144.

⁷² DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 177.

⁷³ DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 190-193.

⁷⁴ WOLFREYS, Julian. **Compreender Derrida**. 2ª ed. Trad. Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 98.

nova significação⁷⁵. Possibilidade que se reflete no tornar-se espaço do tempo e um tornar-se tempo do espaço que, inscrito na *différance*, o ser é um constante tornar-se, impossibilitando a unidade do mesmo, senão que do outro⁷⁶.

É preciso, então, libertar a escritura a partir da ideia do rastro em oposição ao signo. Rastro que deixa marcado mas que é anterior a qualquer identidade, sendo constituído desde sempre, não existindo um sistema primeiro das coisas em si, mas um sistemas de diferenças, este é o movimento puro do rastro que liberta a arquiescritura de sua origem que é não origem⁷⁷. O signo e sua vicariância é substituído pelo rastro, pelo *trait* que, ao mesmo tempo, supõe um diferimento de significação, uma diferença oculta do outro traço mas que só existe no outro e não no mesmo. O significado da escritura é construído e reconstruído pelas leituras futuras de um passado escrito. Ou seja, depende daquilo que não está presente mas daquilo que está ainda não presente⁷⁸.

A violência através da linguagem com a imposição de um único sentido foi marca do logocentrismo e de um pensamento metafísico que não permite ver a *différance*⁷⁹. Um mundo lógico, verdadeiro e não contraditório produzido pela linguagem, pela atribuição de sentido produz, de fato, marginalizados, àqueles indivíduos que não estão cobertos pelo sentido da linguagem, atribuições de sentido que são oriundos do mesmo e não marcas da diferença, do outro na linguagem.

Como linguagem e escritura que é, o Direito também precisa se ater aos pressupostos levantados por Derrida. E a justiça, acompanharia o tecido da escritura do direito? Derrida busca em Pascal um fragmento acerca da relação entre Direito e Justiça: “Justiça, força. – É justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido”⁸⁰. Utilizando-se da expressão “fundamento místico da autoridade” que Pascal se apropria de Montaigne que, por sua vez, em determinado contexto distingue entre lei e justiça, isto é, entre direito e justiça, citamos: “Ora, as leis se mantêm em crédito,

⁷⁵ DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 81-83.

⁷⁶ WOLFREYS, Julian. **Compreender Derrida**. 2ª ed. Trad. Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 102-103.

⁷⁷ DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2013. p. 75.

⁷⁸ ROSENFELD, Michel. **Deconstruction and legal interpretation**: conflict, indeterminacy and the temptations of the New Legal Formalism. In: ROSENFELD, Michel; CORNELL, Drucilla; CARLSON, David Gray (orgs) *Deconstruction and the possibility of justice*. New York: Routledge, 1992. p. 157.

⁷⁹ DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papiro, 1991.

⁸⁰ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 18.

não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro [...] Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve”⁸¹.

O fundamento místico da autoridade das leis é uma relação interna entre direito e força, mais complexa do que a relação que, regra geral, se propõe externa, no sentido de que o direito serviria docilmente ao poder dominante exterior, seja ele econômico, social ou jurídico. O fundamento místico do direito está no golpe de força, de poder, de violência performativa que é sua fundação, sua criação e justificação que rompe por inteiro o tecido homogêneo da história, rasgando-o por uma decisão. Nenhum discurso justificador pode exercer o papel de metalinguagem com relação à linguagem instituinte do direito. Há, como explicita Derrida, um silêncio na estrutura violenta do ato fundador do direito⁸².

Dessa forma, como a fundação, a instituição do direito não pode fundar-se senão nele mesmo, assume-se que ele é mesmo uma violência sem fundamento. Ainda que se tenha condições e convenções prévias como ato fundador do direito, esse mesmo limite místico se encontra nas regras, condições ou convenções e na sua interpretação. Construído sobre camadas interpretáveis, o direito é plenamente desconstruível, ao contrário da justiça que é ela mesmo indeseconstruível, porque se algo como tal existe, está fora ou além do direito⁸³.

Se o direito torna possível a desconstrutibilidade, e a desconstrução é a própria justiça, então fica possível instituir a desconstrução no espaço entre a desconstrução do direito e a indeseconstrutibilidade da justiça. A desconstrução só é possível como experiência do impossível, ali onde ela mesmo não existe, onde não está presente e onde ela não está presente, aí existe justiça⁸⁴.

É preciso fazer justiça à justiça. A possibilidade de justiça encontra um número de infinito de problemas, infinitude não pelo número, mas pelo enraizamento de memórias e culturas que jamais dominaremos por completo. Exigem, pois, a experiência da aporia. Por experiência, quer-se dizer, uma travessia, onde passa e viaja até uma destinação que

⁸¹ MONTAIGNE *apud* DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 21.

⁸² DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 24-25.

⁸³ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 26-27.

⁸⁴ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 27.

encontra sua possibilidade. Neste sentido, não se pode ter experiência plena da aporia, já que aporia é um não-caminho, aquilo que não podemos experimentar⁸⁵.

A justiça, no entanto, é a experiência do impossível, da aporia, por mais impossível que seja. Ela é uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça estruturada de tal forma que, não fosse pela experiência da aporia, ela não poderia ser o que ela é, apenas um apelo à justiça⁸⁶. Ao contrário, o direito não é justiça. O direito é elemento do cálculo e a justiça do incalculável, exigindo-se que se calcule o incalculável. Por isso, a decisão entre o justo e o injusto não pode ser garantido por uma regra⁸⁷.

Talvez, portanto, o exemplo clássico de Alexy que funda sua teoria do direito como pretensão à correção moral de que não pode existir um direito tal que afirme que “X é uma república soberana, federal e injusta” está equivocado, desde uma perspectiva da justiça como aporia, da justiça como incalculável e do direito como violência, como injusto, o contrário da justiça.

CONCLUSÃO

Precisamos pensar diferente a forma como lidamos com a Teoria do Direito. Pensa o Direito é pensar na linguagem, na escritura, nos tecidos interpretáveis que o compõe. Linguagem que nos constitui, linguagem que sempre já desde sempre nos comunicamos como um ato de representação de nosso pensamento. Linguagem que se apresenta como um sistema de diferenças abertas ao devir, abertas ao próximo.

Enquanto linguagem, o direito é sempre um ato instituinte sem fundamento, sem qualquer presença. Sendo ato não fundamentado, é um ato de violência, um ato que pode ser desconstruído. Desconstrução, a tarefa do pensar o não pensado, de se abrir ao não aberto, de um passado que é desde sempre um futuro e um futuro que é já um passado. Ou seja, uma tarefa do impossível, a possibilidade do impossível e a impossibilidade do possível.

Enquanto tarefa do impossível, a justiça é ela mesma uma desconstrução, uma experiência da aporia, uma experiência da não-experiência.

⁸⁵ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 29-30.

⁸⁶ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30.

⁸⁷ DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30.

Robert Alexy em sua teoria do direito antipositivista, muito embora aclamada por críticos e estudiosos, parece confundir a inconfundível, amalgamar o imisturável, pensar que Direito e Justiça são caminhos comuns, enquanto se pensarmos o impensado, o direito e a justiça formam dois caminhos ao mesmo tempo pertos e distantes. Caminhos que não se cruzam, mas que sempre permanecem em aberto ao devir.

Assim, pois, o exemplo de Robert Alexy de que é impossível ou uma contradição performativa a instituição de uma norma jurídica que disponha que “X é uma república soberana, federal e injusta”, sendo desconstruído parece ser possível o impossível.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A dupla natureza do direito . In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3ª ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review, and representation**. Oxford University Press and New York University School of Law, Number 4, p. 572-581, 2005.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Crítica ao positivismo jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. Defesa de um conceito de direito não-positivista. . In: ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. Sobre duas justaposições: conceito e natureza, direito e filosofia. Alguns comentários sobre “pode haver uma teoria do direito?” de Joseph Raz. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Trad. Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª Ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

- ATIENZA, Manoel. Entrevista a Robert Alexy. **Revista Doxa**. n 24, 2001.
- BACHA E SILVA, Diogo. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação dos discursos de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Processo Constitucional**. 3ª edição. Belo Horizonte: Forum, 2016.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Trad. Juan Ossorio Morales. Barcelona: Livraria Bosch, 1933.
- DERRIDA, Jacques. **A farmácia de platão**. Trad. Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005.
- DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papiro, 1991.
- DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial Del Derecho Privado**. Tradução de Eduardo Valenti Fiol. Tradução de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- FIGUEROA, Alfonso García. *La tesis del caso especial y positivismo jurídico*. **Doxa**, 22, 2009, p. 195-220.
- FINNIS, John. Natural Law and the ethics of discourse. **The American Journal of Jurisprudence**, 1998, 53-73.
- GÜNTHER, Klaus. Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis". **Ratio Juris**. Vol. 6 No. 2, July, 1993, p. 143-156.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho em términos de teoría del discurso**. 6ª ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madri: Trotta, 2010.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.
- OLIVEIRA, Julio de Aguiar. A deliberação como condição de aplicação da proporcionalidade. **Revista Brasileira de Direito**, 12(2): 146-153, jul.-dez. 2016.
- ROSENFELD, Michel. *Deconstruction and legal interpretation: conflict, indeterminacy and the temptations of the New Legal Formalism*. In: ROSENFELD, Michel; CORNELL, Drucilla; CARLSON, David Gray (orgs) **Deconstruction and the possibility of justice**. New York: Routledge, 1992.
- WOLFREYS, Julian. **Compreender Derrida**. 2ª ed. Trad. Caesar Souza. Petrópolis: Vozes, 2012.