

2

Direito e força

2.1.

Direito e força em relação dual

A relação entre direito e força é central em toda reflexão que se faz do direito ou do fenômeno jurídico em geral. O direito, como elemento de controle social, pode ser problematizado em face de códigos mais ou menos fortes: dominação, regulação, disciplina, entre outros. Em todos os casos, o direito é tomado, de modo predominante no pensamento jurídico, como o avesso do arbítrio, forma de controle do uso ilegítimo da violência, ou procedimento de aceitação geral para o uso do poder. Nessa linha, a instância racional do direito e da teoria do direito se contrapõem à força bruta, violenta, tida por irracional.

É possível observar, nessa fórmula, uma dicotomia que opõe o poder-força ao poder-jurídico. O primeiro apareceria na gênese ou nos processos de formação do direito e, uma vez esgotada sua função, passaria a se opor ao segundo, podendo inclusive vir a ameaçá-lo. “Por isso, nas teorizações sobre o poder a doutrina falará preferivelmente em poder-jurídico como uma espécie de arbítrio castrado e esvaziado da brutalidade da força, um exercício de controle que deve se confundir com a obediência e a conformidade às leis.”¹

O direito e a teoria do direito podem ser concebidos como instâncias de controle e previsão do uso da força. Giorgio Agamben chama a atenção para o fato de que, na tradição do direito romano e do direito medieval, o sintagma “força de lei” tem “o sentido geral de eficácia, de capacidade de obrigar. Mas é apenas na época moderna, no contexto da Revolução Francesa, que ele começa a indicar o valor supremo dos atos estatais expressos pelas assembléias representativas do povo.” Dessa forma, adquire uma referência direta à formalização da autoridade do soberano. A distinção que a doutrina moderna faz é entre a “força de lei” no sentido da *vis obligandi* ou sua capacidade de produzir

¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr., ob. cit. p. 313.

efeitos e sua essência formal, que “expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior a ela (como é o caso da constituição) ou de força inferior a ela (os decretos e regulamentos promulgados pelo executivo).”²

Em *Crítica da Violência*, Walter Benjamin propõe que, no mais elementar, os sistemas jurídicos operam como meios para o alcance de fins ou objetivos e que, nesses sistemas, justifica-se o uso da força apenas como meio, mas não como fim. Tanto as correntes jusnaturalistas como as juspositivistas compartilhariam de um mesmo dogma: “... fins justos podem ser obtidos por meios justificados, meios justificados usados para fins justos. O direito natural busca, pela justeza dos fins, ‘justificar’ os meios; o direito positivo, ‘garantir’ a justeza dos fins pela justificação dos meios.”³ A asserção de Benjamin, ao mesmo tempo em que afirma uma semelhança, estabelece uma diferença: enquanto as correntes do direito natural tendem a justificar os meios em vista a fins justos, as do direito positivo conferem mais atenção à correção dos meios.

Apesar das dificuldades de se identificar um paradigma de pensamento do direito natural, dadas as vertentes variadas de reflexão, Celso Lafer resume quatro características principais que elas apresentam: a idéia de imutabilidade, que se associa a um lugar fora da história e intemporal; a idéia de universalidade, que escapa aos limites de uma comunidade política; o acesso ao direito (portanto, seu conhecimento e seu fundamento) por meio da razão, da intuição ou da revelação de um direito que é dado, ao invés de convencionado; a idéia de que o direito, antes de comandar, serve mais para qualificar condutas como boas ou más, justas ou injustas, promovendo uma vinculação contínua entre norma e valor e, portanto, aproximando direito e moral. O direito válido e legítimo é identificado com aquele direito natural, que por sua vez se apresenta como um sistema universal de imutável de valores. Ainda que o jusnaturalismo não negue a influência de fatores

² Segundo Agamben, apesar da conferência de Derrida na Cardozo School of Law, em 1989, que deu ensejo ao livro *Força de Lei*, ter suscitado grande debate entre os juristas, ninguém dedicou atenção à análise da fórmula aparentemente enigmática de seu título. Essa desatenção, para Agamben, é uma evidência da consumada separação entre a cultura jurídica da cultura filosófica, além de indício da decadência da primeira. (*Estado de Exceção*, Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 59-60).

³ “Critique of Violence”. Trad. Edmund Jephcott. In: *Selected Writings*. Marcus Bullock and Michael W. Jennings (Editors). Cambridge, Mass.; London, England: Harvard University Press, 1996. pp. 236-237.

sociais, políticos e econômicos sobre o âmbito jurídico, é o sistema de valores – como fins – do direito natural que exerce “uma função de controle em relação ao Direito Positivo”.⁴

As correntes jusnaturalistas, segundo Benjamin, vêem sem problemas o uso da violência para alcançar fins justos e justificam a utilização da força em nome daqueles fins, tomados como naturais e, conforme pontuado por Lafer, conhecidos por meio da razão, da intuição ou da revelação. A violência é vista como um produto da natureza e não há problema em ser empregada, a não ser que vise a fins injustos: “... a violência que é adequada para fins naturais é, com isso, também legal”.⁵ O paradigma do direito natural, com isso, apenas permite uma “crítica”⁶ da violência na medida em que ela é aplicada, ou seja, relaciona-se, como meio, àqueles princípios ou fins do direito natural. Sua criteriologia não permite o julgamento da violência “em si mesma”.

É esclarecedor observar “violência” como a palavra que se utiliza para traduzir “*Gewalt*”, que no idioma alemão possui um duplo sentido: o da violência bruta, fora da lei, natural (*physis*), mas também o da força autorizada, da autoridade sancionada, jurídica (*nomos*). Segundo Derrida, além de violência no sentido de força bruta, *Gewalt* “pode significar também o domínio ou a soberania do poder legal, a autoridade autorizante ou autorizada: a força de lei.”⁷ A “crítica” de Benjamin explora essa ambigüidade, partindo para um estudo da possibilidade de julgamento de certos meios que possam ser considerados violentos “em si mesmos”.⁸

Benjamin considera que a dicotomia entre direito natural e direito positivo será insolúvel se não for possível (re)conciliar meios justificados com fins justos.

⁴ *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, pp. 36-37.

⁵ Walter Benjamin, “Critique of violence”, ob. cit., p. 237.

⁶ Derrida explica que o sentido de “crítica”, no texto, “não significa simplesmente avaliação negativa, rejeição ou condenação legítimas da violência, mas juízo, avaliação, exame que se dá os meios de julgar a violência. O conceito de crítica, implicando a decisão sob forma de julgamento e a questão relativa ao direito de julgar, tem assim uma relação essencial, nele mesmo, com a esfera do direito. Um pouco, no fundo, como na tradição kantiana do conceito de crítica.” (*Força de Lei*, p. 74)

⁷ *Força de Lei*, ob. cit., p. 73.

⁸ O propósito de Benjamin, como se poderá observar nas seções seguintes, é de buscar superar a dicotomia encontrando uma violência que possa ser considerada pura, que não esteja em relação com qualquer finalidade, objetivo, propósito.

Sem essa (re)conciliação, a antinomia será insuperável quando surgir uma contradição entre fins justos e meios justificados. Isso porque, nessas situações, “o direito positivo permaneceria cego à incondicionalidade dos fins, o direito natural à condicionalidade dos meios.”⁹ A reconciliação dependeria, então, do estabelecimento de critérios mutuamente independentes tanto para fins justos como para meios justificados.

As teorias positivistas poderiam, segundo Benjamin, oferecer um ponto de partida mais adequado para o problema da justificação dos meios, já que procuram estabelecer critérios pelos quais o exercício da força pode ser considerado autorizado ou não-autorizado. Os princípios de direito natural não poderiam ajudar nesse sentido, já que remeteriam a questão ao casuísmo, por serem cegos quanto à contingência dos meios. Os positivistas, ao contrário, ao tomarem a violência como um dado histórico e pautarem-se pelo critério da legalidade para avaliação dos meios, buscam distinguir tipos de violência independentemente das situações em que ela é aplicada. Nesse sentido, acenam para uma delimitação de sentido, uma identificação de critérios para definição do que pode ser considerado como violência legítima ou ilegítima. Em suma, um esclarecimento sobre o sentido de *Gewalt*.

O problema, para Benjamin, é que a referida distinção não é imediatamente óbvia. Ela exige a verificação de certo reconhecimento histórico dos fins: fins que encontram reconhecimento histórico podem ser chamados de fins jurídicos; os que não o encontram podem ser considerados fins naturais.¹⁰ É preciso, para as correntes positivistas, que o reconhecimento da submissão da violência a seus fins venha a ser deliberado, declarado quanto a sua juridicidade, sancionado. Dessa forma, Derrida avalia que a tradição do direito positivo também fica aquém do questionamento crítico proposto por Benjamin, já que não permite uma avaliação da violência fora da relação entre meios e fins.¹¹

Benjamin percebe que a violência desdobra-se em uma dupla função: fundadora e conservadora do direito. O direito de greve é, para o autor, um exemplo de como a violência é ameaçadora e temida pelo direito, mas também

⁹ Derrida, *Força de Lei*, ob. cit., p. 77.

¹⁰ Walter Benjamin, ob. cit., pp. 237-238.

¹¹ *Força de Lei*, ob. cit., p. 76.

permitida pelo sistema jurídico e reconhecida como direito. A classe trabalhadora é considerada, por ele, como o único sujeito intitulado para o uso legal da violência. Benjamin rejeita a alegação de que a greve, por ser ato de abstenção, de afastamento do trabalhador (com relação à ação do trabalho), não poderia se configurar violência mas sim, simplesmente, uma recusa de submissão à violência do empregador. Ao fixarem condições para a retomada do trabalho, os grevistas fariam uso da violência contra a violência. Na perspectiva do trabalho, portanto, que seria oposta à do Estado, a greve constituiria um direito ao uso da força para obtenção de certos fins. O Estado, por outro lado, absorve a violência dos fins naturais, conferindo-lhes juridicidade e, com isso, assegura seu controle pela delimitação do dualismo do “dentro” e do “fora” da lei. Com efeito, uma greve pode ser declarada abusiva e ilegal se extrapola os limites se não se coaduna com os fins admitidos pela legislação. Nesse sentido, uma conduta que é aceita pelo direito pode vir a ser considerada violenta, em certas circunstâncias: no extremo, é o caso de uma “greve geral revolucionária”, como Benjamin denomina aquela que vise à derrubada do ordenamento jurídico; o mesmo ordenamento que, simultaneamente, constituiu a greve como direito. Nestas circunstâncias, ou atendidas as condições elegidas pela ordem jurídica, o direito reage violentamente para suprimir aquilo que ultrapassou seus limites e passou a ser considerado como exercício da violência. O Estado teme exatamente aquela violência que apresenta uma possibilidade de fundar um novo direito, instituir outra ordem.¹²

Na fundação da autoridade, ou na instituição do direito como sistema jurídico, o problema da justiça é “enterrado, dissimulado, recalcado”.¹³ Segundo Derrida, o melhor paradigma dessa resolução violenta do problema da justiça são os atos que instituem as constituições fundadoras do que vem a se chamar “estado de direito”.¹⁴ O direito tende a absorver fins naturais que possam ameaçá-lo.

No contexto do direito de matriz européia, ocidental, Benjamin observa uma tendência de se negarem fins naturais a indivíduos, na qualidade de sujeitos de direito, sempre que tais fins possam ser buscados com violência. Trata-se de retirar do indivíduo, ou do sujeito de direito, qualquer possibilidade de exercício

¹² Benjamin, *idem*, pp. 239-241.

¹³ Derrida, *Força de Lei*, *ob. cit.*, p. 45.

¹⁴ *Idem*, *ibidem*.

da violência, mesmo que seja para fins considerados justos. No lugar dos fins naturais o sistema jurídico erige fins legais, jurídicos, que só podem ser realizados pelo poder jurídico, legítimo, autorizado, reconhecido. O sistema jurídico, desse modo, pode limitar fins que, de modo natural, poderiam vir a ser realizados com uma medida excessiva de violência. Benjamin identifica uma máxima a respeito da legislação européia daqueles tempos, segundo a qual “todos os fins naturais dos indivíduos devem colidir com os fins legais se buscados com um grau maior ou menor de violência. (...) Dessa máxima extrai-se que o direito vê a violência nas mãos dos indivíduos como um perigo debilitando o sistema jurídico.”¹⁵ Não se trata, segundo essa tendência, de condenar todo tipo de violência, mas apenas daquela violência que se dirija contra fins juridicamente reconhecidos e possa ameaçar a ordem jurídica. Isso é explicado por Benjamin no seguinte trecho:

... o interesse do direito [*law*] no monopólio da violência vis-à-vis ao dos indivíduos é explicado não pela intenção de se preservar fins jurídicos [*legal*] mas, ao invés, pela intenção de se preservar o próprio direito; pois a violência, quando não nas mãos do direito, ameaça-o não pelos fins que ela persegue, mas por sua simples existência fora da lei.¹⁶

Por mais que seja “surpreendente” falar em interesse do próprio direito, Derrida explicita que “é ao mesmo tempo normal, é da natureza de seu próprio interesse pretender excluir as violências individuais que ameaçam sua ordem” e, assim, monopolizar a “violência no sentido de *Gewalt*, a violência enquanto autoridade”.¹⁷ Ao monopolizar a violência, o direito conserva o interesse que ele representa.

A teoria dogmática¹⁸ do direito pode ser definida, nesse sentido, como o campo do conhecimento que tem como função promover um arcabouço teórico que contribua para a neutralização de conflitos, se não em toda sua extensão, com o “mínimo [possível] de perturbação social”. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

¹⁵ Benjamin, ob. cit, p. 238

¹⁶ Idem, p. 239.

¹⁷ Derrida, *Força de Lei*, p. 78.

¹⁸ O termo “dogmática” é utilizado, por Tércio Sampaio Ferraz Jr., em oposição a “zetética”: enquanto esta representa o campo próprio do questionamento filosófico do direito, a dogmática conforma a preocupação com a decidibilidade dos conflitos, assumindo pontos de partida inquestionáveis.

ela pode ser compreendida em três vertentes, seja como dogmática analítica ou teoria da norma, ao elaborar o direito como um sistema abstrato; como dogmática hermenêutica ou teoria da interpretação, ao conformar o sentido do comportamento social à luz da incidência normativa; como dogmática da decisão ou teoria da argumentação jurídica, ao construir um sistema conceitual que diminua a carga emocional da violência do direito no momento da decisão.¹⁹

O Conceito de Direito, de Herbert L. A. Hart, segundo a leitura desenvolvida pelo teórico literário e jurista americano Stanley Fish, no ensaio *Force*, poderia ser tomado como exemplo singular (pois “nada é absolutamente exemplar”²⁰) do discurso jurídico tradicional sobre a relação entre direito e força, conforme sugerido por Derrida.²¹ De acordo com Fish, Hart pertence a uma tradição que considera o direito como o oposto do uso livre da violência e pensável apenas em termos de determinadas regras.²² A ausência do direito significaria o advento do caos, ou a mera predominância do mais forte, capaz de exercer poder coercitivo: fazer valer a ameaça da sanção pelo descumprimento da ordem e/ou de efetivar o cumprimento do dever ou da obrigação. A posição de Hart estaria sintetizada na seguinte passagem, que Fish considera um resumo e uma explicação dos desejos e temores que informam a tradição na qual Hart se inscreve:

"Se não fosse possível comunicar padrões [*standards*] comuns de conduta, que multidões de indivíduos pudessem entender, sem outros sentidos, como requerendo deles certas condutas quando a situação [de fato] surge, nada do que nós hoje reconhecemos como direito poderia existir."²³

Nessa passagem, percebe-se a alusão à necessidade de regras de caráter geral e que vinculem os membros de uma sociedade de forma imparcial. As regras promoveriam um distanciamento entre a fonte do poder e o objeto de seu exercício, ao conformarem um cenário em que o agente se situa ao final de uma

¹⁹ Ob. cit., pp. 252-254; 307-308; 344-346.

²⁰ Derrida, *Força de Lei*, ob. cit., p. 70.

²¹ Idem, p. 25.

²² “Force”, in *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham e London: Duke University Press, 1989, p. 506.

²³ *O Conceito de Direito*, apud Fish, ob. cit., p. 506.

cadeia longa e articulada, procedimentalizada.²⁴ Dessa cadeia - e não de fora dela - é que decorreriam o dever e a obrigação e, dessa forma, o uso da força e da violência estaria substituído por um processo orientado ou conduzido por princípios (*principled*).²⁵ Sem a cadeia de regras que formam o procedimento, haveria uma proximidade inaceitável entre a fonte do poder e o objeto de seu exercício, portanto a coerção direta e discricionária que se pode configurar no uso livre da violência.

A questão, segundo Fish, estaria em saber se o procedimento pode extirpar a força e a violência ou se ele apenas as mascararia. Em outros termos, seria, ainda, a questão sobre quem faz as regras e, com ela, outra questão anterior: quem pode dizer quem faz as regras? Ao se afirmar que o direito é aquilo que o juiz ou o tribunal definem, o conceito de direito como regra já estaria abalado ou seria uma ilusão, já que uma pessoa ou um grupo reduzido de pessoas se sobreporia a muitas.

O grande mérito de Hart estaria, segundo Fish, em tornar clara a relação próxima entre a ameaça posta à lei pela força e a ameaça posta à lei pela interpretação. Assim como a força bruta é o paradigma da força fora da lei, a interpretação é a força interior à lei e ao direito e "deve ser regulada e policiada, a não ser que se subverta a pretensão do direito de estabelecer os ditames dos princípios gerais da justiça e da equidade."²⁶ O direito deve contar com uma fonte impessoal, um ponto de resistência aos desejos e vontades particulares. O empreendimento de Hart²⁷, em *O Conceito de Direito*, dá-se pelo encontro desse ponto de resistência na idéia de regra, ou mais precisamente, de regra determinante (*determinate rule*), consideradas como tais aquelas que indicariam

²⁴ A cadeia começa "pela própria regra, que ordena não um ato mas um procedimento que só pode ser posto em movimento por pessoas que possuem qualificações pré-estipuladas e abstratas (idade, grau de educação, habilidades etc.) e essas pessoas ainda autorizam outras pessoas que devem, por sua vez, satisfazer exigências formais adicionais" (Fish, ob. cit., p. 504).

²⁵ Fish, ob. cit., p. 504.

²⁶ Fish, ob. cit., p. 505.

²⁷ Segundo Adrian Sgarbi, o projeto de Hart consiste em "fazer uma análise estrutural do ordenamento jurídico na busca de mais bem descrever seu funcionamento." (*Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104) Seu objetivo é formular um modelo substituto à teoria imperativista do inglês John Austin (1790-1859), segundo a qual, "no fundo, o que sempre há é um 'conjunto de comandos', de 'ordens coativas' remissíveis ao soberano." (*Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 20).

de modo bastante claro seu conteúdo, sem margens a eventuais interpretações diversas, sem demandarem um novo julgamento caso a caso (singular).

A crítica irônica de Fish a essa tradição se estende aos temores e desejos que se poderiam verificar na exigência de um modo de comunicação geral que possa ser compreendido por todos, não estando vinculado ao sistema lingüístico de qualquer comunidade particular ou a experiências culturais individualmente consideradas. Tais comunicações deveriam ser de uma perfeita auto-suficiência, seus conteúdos evidentes e qualquer interpretação ativa que viesse encontrar um sentido diferente do que aparece imediatamente requerido pela norma seria considerada uma verdadeira impiedade. O direito que essa tradição apregoa depende do "porto seguro" de caráter geral, de conteúdo inequívoco e auto-suficiente, que não se abre à escolha ou ao engenho criativo; e, "se não for possível o enquadramento de padrões (*standards*) gerais em métodos que estejam à prova de interpretações falíveis, não haverá direito."²⁸

O empreendimento de Hart por estabilizar ou controlar os processos de significação, a fim de indicar a possibilidade da linguagem ou da regra determinante, pode ser verificado em diversos movimentos. A distinção entre uma zona de clareza e uma zona de penumbra, na qual a regra é marcada por uma textura aberta, seria um deles. Mesmo o desentendimento no âmbito dessa textura aberta, no entanto, deve encontrar um ponto de referência que torne a disputa possível, aquele em torno do qual a disputa é travada. A comunicação só é possível se as palavras usadas encontrarem alguma medida de fixidez de seu escopo. Essa possibilidade diz respeito à existência de regras que determinem o cálculo de tal medida. As regras operam como referências para a interpretação como determinação de sentido.

É com esse propósito que Hart encontra nas regras secundárias a possibilidade de suprirem a incerteza de sentido que as regras primárias estatuem. A dúvida sobre qual seria a conduta exigida pela regra primária requer uma *suplementação* pelas regras secundárias. Estas é que estabelecerão os procedimentos pelos quais o sentido das regras primárias podem ser definidos, ou seja, que sentidos serão autorizados, justificados, de acordo com o direito oficial. Ocorre que as regras secundárias, por sua vez, devem contar com um sentido

²⁸ Fish, ob. cit., p. 506.

relativamente estabilizado para que sirvam a essa função de controlar a possibilidade de interpretação sem fim. Tais regras também exigem suplementação de outro nível de regras ou, até mesmo, de elementos históricos (decisões, estatutos) cujos significados, no entanto, como se verá, não poderão ser menos instáveis.

A estratégia de Hart, segundo Fish, seria a de assegurar (a nós e a ele mesmo), repetidamente, que é possível resistir ao desejo por interpretações outras, se nos apegarmos ao centro ou âmago e não às bordas ou margens da interpretação. Seria uma estratégia de desespero e, "às vezes, o próprio Hart parece mais do que ciente de que ela já teria falhado."²⁹ A sequência do movimento de Hart seria sempre a mesma: encontrar um candidato a substituto de uma posição que tem sua estabilidade questionada e já não (desde sempre) pode se fazer auto-suficiente ou suficientemente clara a ponto de levar ao entendimento e precluir a interpretação. A essa necessidade de suplementação, levanta-se a objeção de que o projeto de Hart pode parecer comprometido desde logo, se por "regra" se entende aquilo capaz de manter-se por si só e com a precisa função de estabelecer um centro (núcleo, gérmen, embrião) ao qual as partes podem se referir em eventuais disputas. Não por outro motivo, Hart esforça-se em caracterizar a "regra de reconhecimento" como uma "regra de outro tipo", um suplemento que poderia, finalmente, assegurar a estabilidade do sistema. A regra de reconhecimento, para funcionar como critério supremo de validade, não poderia ser questionada, posta como objeto de disputa, ou fazer face à possibilidade de outra regra (superior ou anterior, no sentido de lhe conferir validade, ou de mesmo nível, no sentido de lhe ser concorrente). Ela teria um status especial, pertenceria a outro nível, em relação às demais regras do sistema.

O problema estaria, então, em saber como identificar a regra de reconhecimento. Fixar critérios para tanto seria insuficiente ou mesmo contraditório, pois seria o mesmo que querer encontrar outra regra, perante a qual a validade da regra de reconhecimento pudesse ser confrontada. Nesse caso, a regra de reconhecimento já não seria a regra suprema. Afirmar que a regra de reconhecimento depende (dos critérios) da adesão ou da aceitação implicaria, desde logo, reconhecer a possibilidade de ela ser posta em disputa, se incerta ou

²⁹ Fish, *idem*, p. 509.

duvidosa. A proposta de Hart, então, é de que a regra de reconhecimento poderia ser identificada na prática ou como prática: naquilo que os tribunais identificam que conta como direito.

Hart faz uma teoria da norma, ou seja, busca, conforme a caracterização proposta por Ferraz Jr., elaborar o direito como um sistema abstrato. A este ponto, é possível atentar para o fato de que a própria teoria do direito, como forma e como discurso, é resultado de algum represamento de forças. Ela reprime o questionamento sobre sua própria forma. Pierre Schlag considera que é enorme o poder que o discurso jurídico tem de reprimir o questionamento sobre sua própria forma. Esse poder não apenas reprime como, convenientemente, faz “esquecer” que houve qualquer repressão que seja de sua forma. Com isso, “não é supressa que o discurso jurídico tradicional não consiga reconhecer sua própria política.”³⁰ Para o autor, o discurso jurídico tradicional subordina e desprivilegia a forma e, seja qual for o nível de abstração em que opera, ele “imediatamente procede à discussão ‘substantiva’ de seu objeto sem parar para considerar a forma pela qual aquela discussão ‘substantiva’ já foi enquadrada”.³¹ As palavras, as sentenças e a gramática do discurso seriam elementos formais vazios e, portanto, inconsequentes, prontos para transmitirem significados substantivos racionais.

O interessante é notar, segundo Schlag, que a própria repressão ao questionamento da forma que o discurso jurídico assume é efetuada formalmente. Em outras palavras, o discurso jurídico não só reprime o questionamento de sua forma como essa repressão encontra-se reprimida na forma mesma do discurso jurídico tradicional. Trata-se de uma “repressão da repressão”: em sua própria forma, o discurso jurídico conforma o direito como veículo, condutor ou continente vazio, que relega sua forma a um status secundário, derivado, menos importante que a dimensão substantiva que pode preenchê-lo. As razões substanciais adquirem, pois, prioridade, sejam elas nomeadas “*rule of law*”, “justiça”, “eficiência”, seja outro o nome em razão do qual o direito deverá operar.

Se Schlag parece entrever um horizonte de reconciliação entre forma e conteúdo, para Derrida o que diferencia um texto de outro não é o conteúdo ou a

³⁰ “‘Le hors de texte, c’est moi’. The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction”, in *Cardozo Law Review*, New York, vol. 11, nº 5-6, julho-agosto de 1990, p. 1634.

³¹ Idem, p. 1633.

forma, pois uma mesma forma ou um mesmo conteúdo podem surgir em diferentes trabalhos. O que interessa, então, são os movimentos que produzem os enquadramentos e as referências.³²

2.2.

O direito na estrutura iterável da linguagem

No processo de identificação e reconhecimento do direito, ou seja, no trabalho de leitura dos textos jurídicos (das fontes do direito em geral) e de identificação da norma, é possível encontrar algumas “trivialidades axiomáticas ou pressuposições”, como Derrida o faz em “Diante da Lei” mesmo sabendo que a desconstrução virá minar as condições de tais consensos.³³ A primeira é a de que o texto possui uma identidade, singularidade e unidade, ou seja, que ele tem um começo, um fim, bem como fronteiras bem delimitadas. Os limites do direito são garantidos por determinados critérios, que se apresentam na forma de regras ou convenções para determinar o que é (está dentro) e o que não é (está fora do) direito. Muito embora o direito possa ser traduzido – ou interpretado – é possível recorrer a uma versão original, um texto escrito em uma língua própria, e essa originalidade é a referência última ao que vem a se considerar a personalidade jurídica do texto. E, como acentua Derrida, “tudo isso é garantido pelo direito, por um conjunto de atos jurídicos que têm sua própria história, mesmo que o discurso que os justifica tenda, geralmente, a postular que eles são enraizados no direito natural.”³⁴

A segunda pressuposição é a de que o texto possui um autor, um signatário que garante a autoridade do texto. Essa autoridade do direito não é fictícia, como

³² Jacques Derrida, “Before the Law”, in *Acts of Literature*. Derek Attridge (Ed.) New York, London: Routledge, 1992. p.213.

³³ Nesse ensaio, o que surge de forma mais direta é o problema da identificação e da diferenciação do objeto literário. Nele, Derrida propõe-se, explicitamente, a interpretar a fábula intitulada “Diante da Lei”, narrada no capítulo IX de *O Processo*, de Franz Kafka. Evidentemente, ao fazê-lo, seu ensaio pode ser lido como uma abordagem indireta sobre a identificação do direito e sua problematização com a questão da justiça. Em certas passagens, inclusive, o autor claramente “borra” a linha divisória entre direito e literatura.

³⁴ “Before the Law”. In *Acts of Literature*. Derek Attridge (Ed.) New York, London: Routledge, 1992. p. 184.

os sujeitos que são criados pelo direito – os “sujeitos de direito” –, contidos pelo discurso jurídico.³⁵ Presume-se que a autoridade seja, de algum modo, real.

A terceira pressuposição é a de que há uma relação articulada entre os eventos que pertencem àquilo que se considera âmbito jurídico. A essa articulação, que a tradição jurídica considera como a sistematicidade do direito, ou a tomada do direito como sistema, Derrida se refere como sua “narratividade”: “ela determina cada átomo do texto, mesmo que nem tudo figure diretamente como parte da narrativa.”³⁶

O último consenso que Derrida explora diz respeito à identificação, localização e qualificação do título daquilo que se considera como obra literária – ou jurídica, na leitura que aqui se propõe. O título possui, em geral, as seguintes características: é uma escolha do autor – da autoridade – e aparece, com algum distanciamento, diante do corpo da narrativa, conferindo-lhe certa a identidade, unidade e as delimitações do discurso que ele intitula.³⁷ É a percepção de que direito se trata e de qual o conteúdo desse direito.

Derrida, ao passo em que enuncia esses consensos, problematiza o caráter universal com que se apresentam. Essa universalidade pressupõe convenções anteriores e não responde – ou ao menos deixa suspensa – a dupla questão sobre quem decide, e com que critérios, que algo pertence ao âmbito jurídico. Apresentar-se diante da lei é, em suma, uma situação profundamente paradoxal e enigmática³⁸, pois “há uma singularidade na relação com a lei, uma lei da singularidade que deve entrar em contato com a essência geral ou universal da lei sem nunca poder fazê-lo.”³⁹ Essa situação impede que se observem a origem e o fundamento da autoridade do direito. Em outras palavras, de onde ou de que o direito retira sua força. A leitura de Derrida evidencia que é exatamente essa “ocultação”, como interdição da presença do direito, que faz sua força.

O direito, ou aquilo que se reconhece como direito, é criação, construção sobre camadas textuais da linguagem. Ele não se realiza senão como linguagem.

³⁵ Derrida refere-se diretamente às personagens do texto literário.

³⁶ “Before the Law”, in *Acts of Literature*. Derek Attridge (Ed.) New York, London: Routledge, 1992, p. 186.

³⁷ “Before the Law”, idem, p. 188.

³⁸ *Aenigma*, do grego, Derrida nota que também significa uma relação, história ou palavras obscuras de uma fábula.

³⁹ “Before the Law”, idem, p. 187.

A atividade do direito é uma atividade da própria língua. É um movimento permanente de interpretação, de apropriação, de tradução. Esse movimento, segundo Derrida, introduz “problemas infinitos”,⁴⁰ pelo fato da língua nunca ser própria de um indivíduo, de uma comunidade ou do direito, mas sempre uma língua atravessada pela alteridade e estruturada na repetição iterável de rastros.

Derrida percebe a existência de linguagem em tudo que envolva alguma estrutura de representação. Inclui a representação que se faz da própria linguagem. Com isso, sua concepção de linguagem é mais ampla e vai além de uma concepção tradicional. Derrida verifica que, na concepção tradicional de linguagem, a escrita sempre esteve subordinada em relação à fala. A fala sempre foi considerada mais próxima do significado, do sentido originário (unidade da voz – *phoné* – e do sentido – *logos*), enquanto a escrita, representação exterior dessa unidade. Para ele, essa proximidade é contingente e a preferência pelo significado arbitrária, uma opção metafísica. Nessa estrutura “fonologocêntrica”, o significante escrito acaba rebaixado a uma posição subordinada.

A “liberação da escritura” de sua posição subordinada, mas não sua exclusão da estrutura da linguagem, ocorre, para Derrida, de acordo com Paulo Cesar Duque-Estrada, juntamente com o encerramento de certa preferência que se verifica pelo significado. A escritura passa a funcionar como significante de significante, mas não mais subordinada em relação à unidade de voz (*phoné*) e sentido (*logos*) da concepção tradicional da linguagem.

Dessa forma, todo sentido pretensamente “originário, auto-idêntico, intacto, homogêneo, pré-existente à sua condição de estar referido” está, sempre, já “contaminado” por um significante falado ou escrito. Uma palavra nunca possui completamente um sentido presente, já que o sentido sempre depende da diferença que existe entre essa palavra e as outras da linguagem, ou seja, depende daquilo que ela não significa. Se não há, pois, significado ou significante originário, os significantes operam em um sistema lingüístico em função de um sistema de diferenças: na “trama diferencial de significantes”. O que há primeiro são *espaçamentos* entre estruturas significantes; a própria “diferencialidade”.⁴¹ Qualquer significado pensado em si, independente do sistema lingüístico-

⁴⁰ *Força de Lei*, p. 29.

⁴¹ Paulo Cesar Duque-Estrada, “Derrida e a escritura”. In: *Às margens: a propósito de Derrida* (org.). Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2002, pp. 15-21.

conceitual ou da condição de estar referido, sempre já contaminado, seria um significado transcendental.

“... a linguagem invadiu o campo problemático universal; foi então o momento em que, na ausência de centro ou de origem, tudo se torna discurso – com a condição de nos entendermos sobre esta palavra – isto é, sistema no qual o significado central, originário ou transcendental, nunca está absolutamente presente fora de um sistema de diferenças. A ausência de significado transcendental amplia indefinidamente o campo e o jogo da significação.”⁴²

O jogo de significação surge como jogo de substituições, de remetimento de significante a significante sem que esse movimento se estanque no significado. O signo opera como um *suplemento*, algo que substitui acrescentando algo, suprimindo “uma falta do lado do significado”. É sempre uma adição “flutuante” que há e se verifica no movimento de significação.⁴³ Este não é mais que o próprio jogo da repetição e a repetição do jogo.

O jogo não possui o sentido de atingir “repouso na desocultação final de um significado primeiro”.⁴⁴ O que não significa que o jogo não produza ou não tenha sentido. É apenas uma advertência para que se tenha, permanentemente, sob vigília, que não há um sentido ou significado originário e o significante só tem sentido de acordo com o lugar que ocupa em determinada cadeia de significantes.

Cada cadeia de significantes, como sistema organizado de significação, ou estrutura significante, diferencia-se de outra por um determinado *espaçamento* (análogo ao que há entre o centro e o signo que o suplementa). Toda significação é efeito da proliferação contínua, ativa (por ser um movimento sempre já operante) e passiva (já que a repetição desse movimento é sua própria condição), de diferenças, ou ainda, da *trama diferencial*. Essa estrutura e movimento de diferenças pode ser uma das formas de se explicar o que Derrida nomeia por *différance*.⁴⁵

⁴² Jacques Derrida, “A Estrutura, o signo e o jogo no discurso das ciências humanas”. In: *A escritura e a diferença*. Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 232.

⁴³ Derrida, “A estrutura, o signo e o jogo...” ob. cit., p. 245.

⁴⁴ Paulo Cesar Duque-Estrada. “Derrida e a escritura”. In: *Às margens: a propósito de Derrida* (org.). Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2002. P. 18.

⁴⁵ Idem, pp. 15-21.

O abalo da presença a si do significado ocorre com essa inscrição originária do significante e é, com isso, para Derrida, mais ampla do que pretendia a semiologia de Ferdinand de Saussure.⁴⁶ Derrida verifica que, no conceito de signo há, ainda, certa preferência pela idealidade do significado sobre a materialidade – substituível – do significante. Para Derrida, o signo carrega uma hierarquia que toma o significado como mais próxima à fala e à intenção do que o elemento gráfico. O signo saussuriano torna-se obstáculo ao desenvolvimento de todo potencial da escritura, na medida em que, nessa estrutura binária e hierarquizada, há um resquício metafísico.

Derrida substitui o conceito de signo pelo termo “rastro”, indicando que aquilo que ocupa o lugar ou função de signo traz, em si, “o rastro de todos os outros termos que não ele próprio”. Verifica-se, de certo modo, que o significado é abolido. Segundo Paulo Cesar Duque-Estrada, a estrutura da significação é, desse modo, pensada “mais radicalmente, em função do sistema de diferenças”.⁴⁷ O que se apresenta, em Derrida, não é um jogo de signos, mas um “jogo de rastros”. Como consequência desse pensamento, tem-se, segundo Paulo Cesar Duque-Estrada, a impossibilidade de se pretender realizar uma teoria do jogo, já que o que quer que se possa entender como “jogo” estará inscrito, já, previamente, em um jogo de rastros.

“Não é possível pensar um lugar ‘fora’ do jogo a partir do qual fosse possível um conhecimento do mesmo e, portanto, um controle da circulação de signos, dos sistemas de referência, da proliferação de discursos, da diferencialidade de rastros, dos reenvios sem fim entre estruturas significantes, enfim, da virulência da escritura.”⁴⁸

A noção de escritura de Derrida, portanto, não pode mais ser compreendida segundo o paradigma da linguagem da tradição filosófica. A escritura possui uma “estrutura de remetimento”, de “reenvios sem fim” que faz com que tudo só possa

⁴⁶ Saussure concebeu a linguagem como sistema de elementos chamados “signos”. Os signos relacionam-se entre si e só podem ser apreendidos como uma relação de diferença e de remetimento ou postergação constante dessa diferenciação. Esse movimento faz parecer que o significado está “presente”, quando ele é constantemente diferido.

⁴⁷ Paulo Cesar Duque-Estrada, ob. cit., p. 25.

⁴⁸ Idem, p. 28.

ser pensado a partir de um sistema de diferenças, não havendo algo fora dessa trama que possa fugir da “virulência da escritura”.⁴⁹

O jogo de rastros impede que o discurso produza a totalização. Um sistema ou uma estrutura rígida, centrada, totalizante, como um sistema jurídico fechado, seria não apenas impossível como inútil. Impossível, “no estilo clássico”, porque o discurso, sendo finito, jamais poderia dar conta da riqueza infinita da empiricidade. Inútil, porque perderia sentido na medida em que o próprio discurso é efeito de um *jogo* de substituições infinitas que ocorrem na linguagem. A possibilidade de substituições permanecerá infinita e os limites nunca poderão ser precisos ou estanques. Derrida expõe esse raciocínio na seguinte passagem:

"Se então a totalização não tem mais sentido, não é porque a infinidade de um campo não pode ser coberta por um olhar ou um discurso finitos, mas porque a natureza do campo – a saber a linguagem e uma linguagem finita – exclui a totalização: esse campo é com efeito o de um *jogo*, isto é, de substituições infinitas no fechamento de um conjunto finito. Este campo só permite estas substituições infinitas porque é finito, isto é, porque em vez de ser um campo inesgotável, como na hipótese clássica, em vez de ser demasiado grande, lhe falta algo, a saber um centro que detenha e fundamente o jogo das substituições."⁵⁰

Na escritura, ou nessa estrutura da linguagem, o jogo dos rastros jurídicos é uma atividade permanente, estruturada na iterabilidade, de interpretação, de apropriação, de tradução. As significações com que os discursos jurídicos trabalham não são senão efeito de repetições e da possibilidade de serem repetidas de outras maneiras; ou, ainda, efeitos de relações diferenciais da escritura. Ainda que o jogo possa tender ao fechamento, a um centro ou a constituir um barramento, seus limites, a possibilidade de substituições permanecerá infinita e os limites nunca possam ser precisos ou estanques, pois o rastro é aquilo que já não é.

Dessa estrutura da linguagem decorre que não é possível um discurso exercer um papel de metalinguagem de forma segura, para servir à avaliação da validade e correção do uso da linguagem (um discurso justificador ou um enunciado teórico-constatativo).

⁴⁹ Idem, pp. 27-28.

⁵⁰ Derrida, “A estrutura, o signo e o jogo...” ob. cit., pp. 244-245.

O discurso jurídico (a estrutura normativa ou o ordenamento jurídico e também a doutrina jurídica como Teoria do Direito ou Dogmática Jurídica), no entanto, tende ao fechamento e à totalização, na medida em que busca se estruturar como sistema, com contornos delimitados, auto-suficiente, seletivo. Trata-se de um discurso que institui as regras e estabelece a forma correta de interpretá-las; que define o que entra e como o que entra será tratado em seu interior. Em suma, o discurso jurídico cria e sustenta sua própria autoridade.

Ao propor o reconhecimento da regra de reconhecimento na esfera da prática, naquilo que os tribunais identificam como direito, Hart "coloca a carroça na frente dos bois"⁵¹, pois o que se procura é uma regra que extrapole o campo da prática, que possa referenciar uma decisão. Com essa fórmula, segundo Fish, o que se verifica não é uma prática gerada ou determinada pela regra, mas que é fonte ou origem da regra.⁵²

"Uma vez que a regra de reconhecimento recaia na prática, ela se torna não uma questão de fato, mas de interpretação, e o caminho se abre para, exatamente, aquela situação que Hart espera evitar, a situação na qual o direito é aquilo que os tribunais dizem que é; pois se alguém localiza a regra olhando para 'o modo como os tribunais identificam[-na]', então as ações dos tribunais vêm primeiro e a regra em segundo. Em suma, a regra de reconhecimento é secundária em um sentido muito mais forte do que Hart pretende..."⁵³

Menos que delimitar, orientar ou constranger a atividade de interpretação dos tribunais, a regra de reconhecimento é resultado dessa atividade e varia de acordo com as oportunidades propiciadas pelo poder e a ocasião. Se as condições interpretativas de um momento histórico apontam para certa determinação de sentido (certa distinção entre a zona de clareza e a zona de penumbra), outro momento ou contexto indicará um sentido diverso ou outra distinção. Em suma, tudo aquilo que se procurar erigir como instante ou elemento de limitação da atividade interpretativa já terá sido resultado dessa atividade.

Restringir o escopo da interpretação, seja por um encadeamento de regras, seja por *standards* de interpretação, ou pela existência de casos plenos (*plain*

⁵¹ Stanley Fish, ob. cit., p. 511.

⁵² Idem, ibidem.

⁵³ Fish, idem, p. 512.

cases) exige interpretação. Um caso pleno, por exemplo, um dia foi disputado por argumentos, o que equivale dizer que sua configuração já esteve em dúvida e que a regra que agora define o caso como tal – conferindo-lhe sentido e significado óbvios – já foi considerada vencedora porque mais persuasiva do que suas rivais. Posteriormente, ao ser invocado para orientar um novo julgamento, o juízo que avaliará a relevância e suficiência do precedente para o novo caso também será resultado de um fenômeno interpretativo.

A crítica de Fish, nesse ponto, não busca destruir a possibilidade de decisão orientada pelo caso precedente ou a posição central que os casos paradigmáticos ocupam no processo de adjudicação. Sua leitura indica, apenas, que tais casos não podem, de qualquer maneira, precisamente por resultarem da força da interpretação, ser considerados como um "arrimo contra a força da interpretação", pois "eles terão sido escritos e reescritos por esforços interpretativos."⁵⁴ A plenitude não seria uma propriedade do caso em si, mas sim de uma história interpretativa na qual uma posição prevalece sobre outra.⁵⁵

A decisão que se baliza por uma decisão anterior - faz uso do precedente - passa a ser percebida de modo oposto ao que tradicionalmente se tem dela. Ao invés de representar o passado que define o sentido presente, o que há é um "processo pelo qual o passado é produzido pelo presente para que ele possa ser citado como produtor do presente."⁵⁶ Por esse processo, segundo Fish, é que o direito pode atingir o que Ronald Dworkin chama de "consistência articulada" (*articulate consistency*). Trata-se de "uma maneira de pensar e falar sobre si mesmo que cria e recria a continuidade que é tão crucial para sua pretensão mais ampla, a pretensão de ter um centro imutável que funda sua autoridade. A consistência articulada não é um fato, mas uma realização, uma conquista, algo que está sempre sendo arrancado de diversos materiais que são, então, declarados retroativamente como se sempre tivessem tido aquela forma."⁵⁷

O direito poderia ser visto, então, como uma história coletiva construída de modo contínuo. Não haveria como estabelecer elementos que dependam de interpretação para interromperem a interpretação. Não há um ponto natural de

⁵⁴ Idem, p. 513.

⁵⁵ Idem, pp. 512-514.

⁵⁶ Idem, p. 514.

⁵⁷ Idem, pp. 514-515.

parada e não se trata de uma atividade que pode parar. As regras seriam determinadas apenas na medida em que seus intérpretes desejem que elas assim o sejam. Em dado momento, os próprios tribunais podem se deparar com situações em que parecem ditar a regra última de reconhecimento. Nesse instante, pode parecer que estão criando a autoridade que, posteriormente, citarão para legitimar suas ações. Fish considera que, em suma, a autoridade reside com aquele que encontra uma oportunidade para agir e, então, faz a ação "pegar" (*stick*). Mesmo sendo inegável que, em dado momento histórico, haja um grande conjunto de regras cujo âmbito de aplicação seja claro, inquestionável ou não duvidoso, ou seja, que nem tudo se encontre sempre nas zonas limítrofes da interpretação, não se pode perder de vista que essas fronteiras, ou aquilo que estabelece o dentro e o fora, foram estabelecidas pelas mesmas forças que agora (mas apenas *temporariamente*) as mantém nos seus limites.⁵⁸

Não se trata, portanto, de acordo com Fish, de um desastre o fato de o direito não ser uma esfera social oposta à força, neutra no sentido de poder contar com um ponto de referência seguro em face dos desejos interpretativos, estável como a regra de reconhecimento. A força é algo sempre em exercício, seja para romper, seja para manter o direito. Ela será a força de certo conteúdo. A dificuldade de julgar os conteúdos mais ou menos fortes permanecerá não resolvida, pois um lado poderá sempre persuadir o outro com argumentos favoráveis a suas crenças ou pontos de vista. A vitória, sendo resultado de um processo argumentativo, será sempre provisional, localizada.

Fish reconhece, então, que há boas razões para que o direito seja apresentado como o oposto da força, afinal "o direito dificilmente poderia se apresentar como apoiado na força (dada a má fama dessa palavra) e ainda assim ser aceito como direito."⁵⁹ Hart estaria certo, com isso, em insistir que a essência do direito seria distinguir-se da força. O que importa a Fish é apontar que o que é reconhecido como direito (como oposto da força) em uma sociedade ou comunidade é resultado de uma predominância de certas visões ou agendas sobre outras que lhe são rivais. Para o autor, isso é necessário na constituição de uma

⁵⁸ Idem, p. 516.

⁵⁹ Idem, p. 523.

sociedade, mas trata-se de uma ascendência temporária, contingente, mantida como tal porque há algum exercício de força.

Se a escritura pode ser pensada como uma estrutura de remetimentos sem fim de significações e o rastro não permite a fixação do significado, como seria possível identificar o comando do direito, ou caracterizar a conduta conforme o direito? Ou, simplesmente, como seria possível haver o direito? O que estanca ou faz barrar o jogo dos rastros jurídicos? Se é possível considerar, com Hart, que, se as interpretações seguissem indefinidas, não haveria direito, parece pertinente refletir sobre a “força” das razões pelas quais, em última instância, certa interpretação constitui o direito. Então, a que o direito deve sua existência? Como identificar e estabelecer padrões comuns de conduta com algum grau de generalidade e abstração e reconhecidos como direito?

A atividade do direito, inserida no movimento da escritura, na estrutura iterável de significantes, reinscreve o problema da identificação do direito. Na estrutura *a priori* dos rastros iteráveis da linguagem, a identificação, ou a determinação do sentido ou do conteúdo semântico do direito só pode ser o resultado de certo golpe de força. O que Derrida entende por “força”, porém, ainda deve ser explorado, especialmente em se considerando o seguinte trecho, no qual a força parece surgir como princípio ou ocupar uma posição originária:

“No começo da justiça, terá havido o *logos*, a linguagem ou a língua, mas isso não é necessariamente contraditório com outro *incipit* que dissesse: ‘No começo, terá havido a força’. O que se deve pensar é, pois, esse exercício da força na própria linguagem, no mais íntimo de sua essência, como no movimento pelo qual ela se desarmaria absolutamente por si mesma.”⁶⁰

O discurso jurídico, como qualquer discurso, não pode evitar a estrutura iterável da linguagem ou colocar-se fora dela. Por outro lado, o direito não é possível sem a interrupção do movimento da escritura em algum grau de apreensão de sentido ou de fixação de significado. Tal barramento, que guarda sempre certa arbitrariedade, não poderá ser senão um golpe de força. Paradoxalmente ou não, uma força que enfrenta o desafio de se fazer legítima ou autorizada: justa tanto no sentido de justeza quanto no sentido da justiça. Afinal, é

⁶⁰ Derrida, *Força de Lei*, ob. cit., pp. 17-18.

preciso lembrar que “... o direito é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável.”⁶¹

2.3.

***Différance* entre violência e força**

Derrida recorda que, para ser reconhecido como direito, é preciso que ele tenha a possibilidade de ser aplicado pela força. A possibilidade do uso da força está, *a priori*, na própria estrutura analítica do conceito de direito e a noção de "força" é ampla:

" Existem, certamente, leis não aplicadas, mas não há lei sem aplicabilidade, e não há aplicabilidade ou '*enforceability*' da lei sem força, quer essa força seja direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva – ou hermenêutica –, coercitiva ou reguladora etc.”⁶²

O recurso à palavra "força" é recorrente nos textos de Derrida, como o próprio autor faz questão de lembrar, com a ressalva de se tratar sempre de um uso com algum desconforto e muita cautela, para evitar os riscos de recair em "um conceito obscuro, substancialista, ocultista-místico" e de conceder autorização "à força violenta, injusta, sem regra, arbitrária".⁶³ Contra esses riscos, Derrida chama atenção para o caráter diferencial da força:

“... trata-se sempre de força diferencial, da diferença como diferença de força, da força como *différance* ou força de *différance* (a *différance* é uma força diferida-diferente); trata-se sempre da relação entre a força e a forma, entre a força e a significação; trata-se sempre de força ‘performativa’, força ilocucionária ou perlocutória, força persuasiva e de retórica, de afirmação da assinatura, mas também e sobretudo de todas as situações paradoxais em que a maior força e a maior fraqueza permutam-se estranhamente. E é toda a história.”⁶⁴

⁶¹ Idem, pp. 07-08.

⁶² *Força de Lei*, ob. cit., pp. 08-09.

⁶³ Idem, p. 11.

⁶⁴ Idem, *ibidem*.

A *différance*, como força que se evidencia na “origem” do direito, pode ser compreendida – ou, antes, dela se pode aproximar – mediante a análise dos momentos de fundação ou fundamentação do direito. Esses são momentos imbuídos de força. A expressão "*enforce the law*", do inglês, como lembra Derrida, faz uma alusão direta à força que se faz presente na autoridade do direito. Em sua tradução por "aplicar a lei", perde-se essa referência e reveste-se o ato de uma aparente neutralidade.

A força que determina o direito, qualquer que seja a caracterização que se faça dela, assemelha-se ao exercício de uma “violência performativa” que interrompe o jogo de significação. A estrutura e a possibilidade do exercício dessa força que (se) faz direito permitem entender que a força não determina o direito de modo simples ou, ainda, que o direito seja a simples determinação da força dominante. Trata-se de uma força observável em toda operação de fundação, de inauguração ou de justificação do direito e constitui a “origem” da autoridade. Essa origem é, aqui, referida entre aspas para indicar que ela não pode se constituir, propriamente, como um fundamento ontológico ou racional.

Derrida cunha essa origem com o termo “místico”. A expressão “fundamento místico da autoridade” encontra-se em textos de Pascal e Montaigne. Derrida promove uma leitura ativa desses autores, para abri-los à possibilidade de interpretação que aponta para uma relação mais intrínseca entre direito e força, se comparada com aquela que vê o direito como simples resultado da força dominante. Montaigne faz referência àquela expressão no seguinte excerto:

"Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro [...]. Quem as obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve."⁶⁵

A distinção entre direito (leis) e justiça é evidente. As leis são obedecidas porque têm crédito e neste crédito - e não na justiça - é que se fundamenta a autoridade. Derrida fará notar que a estrutura desse "crédito" é muito próxima da estrutura da esperança ou da crença, no sentido de que se acredita na autoridade. Tem-se aí um ato de fé que, no entanto, não constitui um fundamento ontológico

⁶⁵ *Essais*, III, apud Derrida, idem, p. 21.

ou racional.⁶⁶ Para Pascal, quem remete a autoridade a seu princípio a aniquila, pois nada, segundo somente a razão, pode ser justo por si. Seria mais seguro pensar o direito e a justiça a partir do costume presente do que da autoridade do legislador ou da comodidade do soberano.⁶⁷ Derrida explora, mais detidamente, o seguinte "pensamento" de Pascal:

"*Justiça, força.* - É justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido. (...) A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contradita, porque sempre há homens maus; a força sem a justiça é acusada. É preciso pois colocar juntas a justiça e a força; e, para fazê-lo, que aquilo que é justo seja forte, ou que aquilo que é forte seja justo. (...) E assim, não podendo fazer com que aquilo que é justo fosse forte, fizeram com que aquilo que é forte fosse justo."⁶⁸

A interpretação tradicional e predominante desse texto, segundo Derrida, aponta para um direito que seria, simplesmente, o resultado da força hegemônica: o direito como produto das forças dominantes.⁶⁹ Trata-se, para Derrida, de uma leitura convencionalista, de viés relativista e empirista, cético e pessimista. Os pensamentos de Pascal e Montaigne, no entanto, poderiam ir além dessa interpretação. Seria possível encontrar neles "as premissas de uma filosofia crítica moderna, ou uma crítica da ideologia jurídica, uma dessedimentação das superestruturas do direito que ocultam e refletem, ao mesmo tempo, os interesses econômicos e políticos das forças dominantes da sociedade."⁷⁰

Para além do alinhamento à força dominante, é preciso atentar para a estrutura mais intrínseca do momento fundador, instituidor ou fundamentador do direito, que envolve uma "força performativa, isto é, sempre uma força interpretadora e um apelo à crença".⁷¹ É essa estrutura que Derrida busca observar nesses autores. Pascal, ao colocar juntas justiça e força, faria da força uma

⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁷ "[...] um diz que a essência da justiça é a autoridade do legislador, outro, a comodidade do soberano, outro, o costume presente; e é o mais seguro: nada, segundo somente a razão, é justo por si; tudo se move com o tempo. O costume faz toda a equidade, pela simples razão de ser recebida; é o fundamento místico da autoridade. Quem a remete a seu princípio a aniquila." Apud Derrida, *Força de Lei*, ob. cit., p. 20.

⁶⁸ *Pensées*, apud Derrida, *idem*, pp. 18-19.

⁶⁹ Derrida, *idem*, pp. 20; 22-23.

⁷⁰ Idem, p. 23.

⁷¹ Idem, p. 24.

"espécie de predicado essencial da justiça", pois "o conceito ou a idéia do justo, no sentido de justiça, implica analiticamente e *a priori* que o justo seja 'seguido', *enforced*, e é justo - também no sentido de justeza - pensar assim". Pode-se dizer, em outras palavras, que "a justiça exige, enquanto justiça, o recurso à força. A necessidade da força está pois implicada no justo da justiça."⁷² A idéia de justiça, nesse sentido, é necessariamente imbuída de força, ou não se poderia fazer justiça.

A leitura ativa promovida por Derrida de Pascal e Montaigne aponta para um direito que não está, de modo simples, a serviço ou na ordem do poder dominante - econômico, social, político, ideológico - anterior a ela, mas que seria fruto de um instante de decisão, que "rasga o tecido homogêneo de uma história".⁷³ Pois se a estrutura iterável da linguagem não permite um meta-discurso fechado, sistemático, definitivo sobre o direito, ou se a força da escritura não permite que o direito ou seu meta-discurso se estabeleçam como estruturas fixas, a violência performativa de seu ato de fundação faz dele um instante de inauguração e de imposição de regras.⁷⁴ Nesse momento, o discurso apóia-se nele mesmo, irrompe em seu próprio limite.

“O discurso encontra ali seu limite: nele mesmo, em seu próprio poder performativo. É o que proponho aqui chamar, deslocando um pouco e generalizando a estrutura, o *místico*. Há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque esse silêncio não é exterior à linguagem.”⁷⁵

Derrida chama esse momento de “místico” não para apelar a Deus por sua origem, como se o direito tivesse, de fato, uma ascendência divina ou pudesse ser explicitado a partir de um direito natural. O termo "místico" é usado por Derrida, como o autor arrisca dizer, em um sentido wittgensteiniano.⁷⁶ Dominick LaCapra explica que esse sentido é tomado ao se notar que “o silêncio está emparedado na estrutura violenta do ato fundador”: um silêncio que não quer dizer mudo, mas

⁷² Idem, p 18-19; 22.

⁷³ Idem, p. 24.

⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁷⁵ Derrida, *idem*, p. 25 (grifo do original).

⁷⁶ Idem, *ibidem*.

sim intimamente ligado com as possibilidades e limitações da linguagem.⁷⁷ "Místico", então, porque o ato performativo da linguagem não encontra regra anterior que o autorize ou justifique, no instante em que é constituído. Místico porque, em suma, o fundamento último do direito não é fundado.

O momento revolucionário do direito, aquele que funda uma nova ordem, é um exemplo marcante (eloqüente, dramático e aterrador) de uma suspensão da ordem vigente para a instauração de outra. A verdadeira revolução, se algo como tal for possível, não poderia se apoiar em uma metalinguagem, em um discurso anterior, pois se assim o fosse haveria a mera consequência de um programa. Não há revolução legítima que apenas reproduza uma violência anterior, um barramento já identificado ou identificável no movimento da escritura. Mesmo que o êxito de performativos fundadores de um direito se apóie em regras, condições ou convenções anteriores, na interpretação dominante dessas convenções também se encontrará um limite do performativo.⁷⁸ Pois na estrutura do rastro, como visto, qualquer convenção que busque assegurar a correção de um discurso possui, em si, uma incerteza *a priori*, estrutural, e isso se aplicaria, inclusive, aos enunciados teórico-constatativos, que necessariamente se apóiam em uma "estrutura performativa pelo menos implícita".⁷⁹

O instante revolucionário, como momento de fundação, tem a estrutura de um apelo ou de uma promessa, de uma espera por seu resultado bem sucedido ou, ainda, por seu acontecimento. Esse instante de suspensão da ordem vigente não pode ser dito legal ou ilegal. É um momento de não-direito, dependente de seu sucesso performativo. "É o momento em que a fundação do direito fica suspensa no vazio ou em cima do abismo, suspensa por um ato performativo puro que não teria de prestar contas a ninguém e diante de ninguém."⁸⁰

Derrida é direto ao afirmar que a interdição do acesso ao direito em si mesmo não é uma proibição no sentido imperativo, mas sim de *différance*.⁸¹ Trata-se de um limite, mas não uma barreira opaca ou um obstáculo insuperável.

⁷⁷ "Violence, Justice, and the Force of Law". Cardozo Law Review. Vol. 11., nº 5-6. Julho/Agosto 1990. p. 1068.

⁷⁸ Derrida, *Força de Lei*, ob. cit., p. 26.

⁷⁹ Derrida, *idem*, p. 53.

⁸⁰ *Idem*, p. 84.

⁸¹ "Before the Law", ob. cit., pp. 202-203.

Ele é aberto à passagem mas provoca seu retardo, um adiamento, a retenção provisória pelo tempo necessário a sua apresentação. Estar “diante da lei” é entrar em uma conexão interrompida com a lei, uma relação só possível com o que ou quem representa a lei e aparece em nome dela, possivelmente de modo sequencial e cada vez mais fortemente impeditivo.

A lei é proibida. Mas essa contraditória auto-proibição permite ao homem a liberdade da auto-determinação, mesmo que essa liberdade se anule pela auto-proibição de adentrar na lei. Diante da lei, o homem é um sujeito da lei ao aparecer diante dela. Isso é óbvio, mas uma vez que ele está *diante* dela porque ele não pode adentrá-la, ele também está *fora da lei* (um fora-da-lei). Ele não está nem sob a lei [direito] nem dentro da lei. Ele é ao mesmo tempo sujeito de direito e um fora-da-lei.⁸²

Somente o futuro produzirá a inteligibilidade da violência daquele momento fundador. Apenas no momento posterior é que se poderá considerar o estar diante da nova lei que é instaurada (o Estado sendo fundado de uma maneira bem sucedida). Ao produzir os resultados desejados, o ato performativo "produzirá *a posteriori* aquilo que estava destinado de *antemão* a produzir, isto é, modelos interpretativos próprios para serem lidos retroativamente, para dar sentido, necessidade e sobretudo legitimidade à violência que produziu, entre outros, o modelo interpretativo em questão, isto é, o discurso de sua autolegitimação."⁸³ O performativo assombra, reinserindo-se e reafirmando-se, necessariamente, cada interpretação e afirmação posterior do direito.⁸⁴ Nesse sentido, compreende-se a síntese de Raquel Nigro:

“... a *forma jurídica* funciona como um revestimento, um manto poderoso que confere às relações políticas de poder e violência um aspecto de correção. O apelo a valores, na expressão máxima da justiça, é o segredo legitimador do direito. Para Derrida, essa carga valorativa legitimadora está na própria linguagem, na força performativa que é sempre uma força interpretativa. Na verdade, não há um direito preexistente que é capturado e posto a serviço do Estado moderno ou da ideologia dominante. O direito é que, como um enunciado performativo, instaura a própria

⁸² Idem, p. 204.

⁸³ *Força de Lei*, p. 86.

⁸⁴ *Força de Lei*, pp. 24-25.

possibilidade do domínio.”⁸⁵

Derrida nota que o interessante é perceber que, em situações ditas revolucionárias, inauguradoras, não é possível uma distinção exata entre uma enunciação constativa ou performativa. No ato fundador, como no de uma Declaração de Independência, não há como ter certeza se tal declaração enuncia, descritivamente, uma independência que já existe, ou se a independência é produzida pelo ato que a prescreve. Quem assina a declaração de independência já se libertou e apenas faz constar essa situação ou, ao contrário, por esse ato o assinante estatui sua emancipação? Não se trata, para Derrida, de uma situação obscura de interpretação que poderia ser aclarada e resolvida. A força e o "golpe de força" de um ato como esse possui a estrutura de um indecível e é essa indecidibilidade que assegura o efeito que se busca e se quer produzir com tal declaração.⁸⁶

A identidade, a unidade e a delimitação do direito não é natural, mas sim efeito do performativo. O performativo, em sua complexidade, “faz e diz, dizendo o que ele faz fazendo o que ele diz.”⁸⁷ Esse ato, que não é indiferente à escritura e à “assinatura do ‘escritor’”, “*põe diante* de nós, prepõe e propõe um texto que dita a lei e, em primeiro lugar, em respeito a si mesmo. Nesse mesmo ato, o texto produz e pronuncia a lei que o protege e o faz intangível”.⁸⁸

Em *Declarations of Independence*, texto em que, como nota LaCapra, Derrida não chega ao ponto de se referir ao "místico", Derrida enuncia a questão: "quem assina, e com qual dito nome próprio, um ato declarativo que funda uma instituição?"⁸⁹ Trata-se, essencialmente, de um ato que, antes ou mesmo sem querer descrever ou constatar algo, busca *fazer* algo: uma constituição, uma instituição. Por isso aquele que assina e a assinatura dessa declaração não se

⁸⁵ Raquel Nigro, “O Direito da Desconstrução”. In: *Desconstrução e Ética: Ecos de Jacques Derrida*. Paulo Cesar Duque-Estrada (org.). Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004, p. 87.

⁸⁶ Derrida, "Declarations of Independence", in *Negotiations: interventions and interviews (1971-2001)*. Elizabeth Rottenberg (ed.; trad.). Stanford, California: Stanford University Press, 2002, p. 49.

⁸⁷ “Before the Law, ob. cit., p. 212.

⁸⁸ Idem, ibidem.

⁸⁹ Ob. cit., p. 47.

desvinculam ou se afastam do valor daquilo que declaram, como talvez o procurem fazer os que assinam discursos chamados científicos. Se estes o fazem em rogo à objetividade, no caso da declaração fundadora da instituição essa separação nunca poderá ser plena.

As questões que buscam identificar quem assina e quem autoriza a assinatura não poderiam ser respondidas imediatamente. A identificação da assinatura e do assinante permanece suspensa. Seriam os representantes, o presidente da assembléia, ou mesmo "nós" ou o "povo"? O que essas assinaturas representam e quem as autoriza? Aquilo que as assinaturas nomeiam, os assinantes, não existem como tais, como entidades anteriores à declaração ou ao ato criador da instituição. É com a assinatura que eles se fazem existir, dão nascimento ou autorizam a si mesmos. "A assinatura inventa o assinante".⁹⁰ Aquele que assina se dá o direito de assinar e, para que tenha tido o direito de assinar, é preciso que seu ato produza o resultado desejado. Há certo diferimento da assinatura, um adiamento no sentido de uma espera por um futuro, imprevisível (todo outro), por um evento que produzirá aquela possibilidade já passada. O presente, em si mesmo, é um momento de certa inadequação, de interrupção e de um "desastre". A assinatura é considerada, com isso, um evento fabuloso, provocador de uma retroatividade fabulosa.⁹¹

A assinatura da declaração ou da fundação também se insere em uma estrutura de diferença: ela se dá "em nome de" algo diferente dela mesma. Derrida aponta que, no caso da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, o povo americano se conclama e se declara independente no momento em que "eles inventam (por) eles mesmos uma identidade assinante. Eles assinam em nome das leis da natureza e em nome de Deus."⁹² As leis são institucionalizadas sob o fundamento de leis naturais e, logicamente, no "criador" da natureza. Deus surge em garantia da correção das intenções populares. O golpe

⁹⁰ Idem, p. 49.

⁹¹ Derrida lembra, a propósito, a narrativa de "Fábula", de Francis Ponge: "Pela palavra *pela* começa este texto. / Do qual a primeira linha declara a verdade". *Apud* "Declarations..." ob. cit., p. 50.

⁹² Idem, p. 51.

de força ou "golpe de direito" estaria, exatamente, em fazer parecer constativa a declaração que é performativa.⁹³

"Pode-se entender essa Declaração como um ato vibrante de fé, como uma hipocrisia indispensável para um 'coup de force' político-militar-econômico etc., ou mais simplesmente, mais economicamente, como a *implantação* analítica e conseqüente de uma tautologia: pois para que essa Declaração tenha sentido e efeito, é preciso que tenha uma última instância. Deus é o nome - o melhor deles - para essa última instância e essa assinatura final."⁹⁴

"Deus" é o melhor dos nomes não porque Derrida estaria a endossar uma corrente teísta ou ateísta. A declaração deve ser assinada em nome próprio, inconfundível, e "Deus" é o melhor nome próprio não só em determinados contextos (tal nação, tal religião etc.), mas em geral, pois não pode ser substituído por qualquer outro.⁹⁵ Ele é a alteridade absoluta e isso é o que chama o interesse de Derrida. Segundo John Caputo, a palavra "Deus" tomar o lugar de "todo outro". Deus seria o totalmente outro. É o evento impossível, daquilo que nunca está presente, um nome que, na leitura de Caputo:

"... tende a desaparecer, a apagar-se, a fazer-se insignificante, a esvaziar-se e evitar-se, um nome *sans* nome. Mas que assim o faz precisamente para apontar para a possibilidade de algo totalmente outro, *tout autre*, o advento do impossível, do que nunca está presente, que nunca colapsa na presença, nunca recai na idolatria grosseira do presente."⁹⁶

A assinatura em nome de "Deus" permite uma espera infundável pela concretização da justiça, ao mesmo tempo em que mantém a esperança no ordenamento jurídico. O direito que se apresenta em nome de Deus é o que promete realizar a justiça suprema, divina. O crédito que mantém a possibilidade

⁹³ A esse respeito, Derrida relembra o preâmbulo da Declaração Americana, no qual são evidentes as referências às leis da natureza e aos desígnios divinos.

⁹⁴ Idem, p. 52. Nessa passagem, Derrida usa a palavra "*deployment*", que tem conotação militar (normalmente associada a manobras militares como distribuição, deslocamento de tropas etc.) e não possui tradução exata para o português. Traduzimos livremente por "implantação", fazendo esta ressalva do sentido militar que se perde com a tradução.

⁹⁵ Idem, p. 52.

⁹⁶ *The prayers and tears of Jacques Derrida: religion without religion*. Bloomington e Indianapolis: Indiana University Press, 1997. p. 87.

de a autoridade da lei ser obedecida apresenta-se na forma dessa crença em uma instância final que represente a justiça.

Montaigne já havia percebido que a justiça do direito funda-se no que ele mesmo chamou de "ficções legítimas": "... nosso próprio direito tem, ao que dizem, ficções legítimas sobre as quais ele funda a verdade de sua justiça".⁹⁷ Derrida destaca, em Montaigne, que tais ficções legítimas operariam como suplementos, artifícios que vêm suprir algo considerado deficiente por natureza. O suplemento não é nem presença nem ausência, nem identidade nem diferença: é indecível, tem a conotação de falta e plenitude ao mesmo tempo; faz algo deficiente no momento em que vem completá-lo.⁹⁸ Os "suplementos de ficção legítima" podem ser encontrados na figura dos "pais fundadores", na "letra da lei", na "integridade do direito". A relação entre direito e força apresenta-se, pois, "mais intrínseca" porque a força do direito está na crença de que ele constitui instrumento próprio para realizar a justiça, ou os suplementos de ficção legítimas que, consensualmente, são acreditados como justos.

A textualidade do direito é identificada, prescrita ou enunciada *como se* (e essa comparação indica um aspecto ficcional, fabuloso, para o qual Derrida chama atenção, inclusive, quanto ao imperativo categórico kantiano⁹⁹) as condições de sua legibilidade fossem suficientemente delimitadas. Essas condições são protegidas por seus "guardiões": legisladores, juízes, promotores, advogados, defensores, acadêmicos e autoridades em geral. O enquadramento, a referência e o título do texto que constitui o direito, porém, não podem impedir que ele venha a enfrentar, diante de outro texto, barreiras ou representações outras e ainda mais fortes. Nesse caso, a lei do primeiro não pode evitar de se postar diante da lei do outro. A alteridade que aí surge, seja no devir histórico, seja da delimitação (geográfica) da soberania do direito, põe em questão as diferentes convenções que dão sentido ao direito. Assim é, portanto, que se consideram contextuais o reconhecimento e a regulação de problemas jurídicos, tais como os que envolvem a definição do direito de propriedade ou da identidade do sujeito de direito. Todos os que defendem certo direito apelam a um suplemento de ficção legítima e, ao

⁹⁷ *Essais*, III, apud Derrida, *Força de Lei*, p. 22.

⁹⁸ Penelope Deutscher. *How to read Derrida*. London: Granta Books, 2005, p. 38.

⁹⁹ "Before the Law", ob. cit., p.

interrogarem sua universalidade e sua singularidade, não encontrarão senão *différance*. Tal defesa (interpretação, fundação, aplicação), em sua estrutura performativa, não pertence ao campo delimitado do direito; é a própria “performance” – ou o desempenho – do direito.¹⁰⁰

Por isso o direito, ao ocupar um lugar histórico, preserva um caráter subversivo sem, no entanto, ser totalmente subversivo. Apenas diferenciando-se da justiça, não se assumindo como o discurso próprio do justo e evitando essa perfeita identidade é que o discurso jurídico poderá transpor as condições consensuadas de sua legibilidade, ou as regras de sua circunscrição, e renovar-se, transformar-se e não se manter como mera execução de um programa. Por outro lado, esse afastamento tampouco poderia ser absoluto e só pode surgir como efeito de um performativo, por não poder se despregar por completo das estruturas e das condições – especialmente da promessa de justiça – de que emerge.¹⁰¹ A possibilidade da subversão é preservada cada vez que o singular busca se relacionar com o universal, provocando um momento em que o limite entre o dentro e o fora da lei se torna irreconhecível, no qual a justiça que o direito pode fornecer não mais satisfaz o desejo por justiça e exige o reconhecimento de novos direitos (e de novos sujeitos) e mais justiça.

¹⁰⁰ Idem, pp. 214-215.

¹⁰¹ Idem, p. 216.