

1

Introdução

O presente trabalho investiga a aproximação entre direito e justiça no pensamento de Jacques Derrida. O objetivo é verificar como as reflexões desconstrutivas do autor percebem os limites e as possibilidades de um discurso jurídico que pretenda fazer justiça à alteridade absoluta. O trabalho explora temas tradicionais das reflexões sobre o direito, como a diferença entre força e violência, o fundamento e a justificação da autoridade, a delimitação e a interpretação do direito, bem como a possibilidade de realização de justiça. A experiência da justiça, afirmada como aporia, exige, na negociação do impossível, responsabilidade política infinita pela decisão que pode transformar a ordem jurídica e renovar a promessa por justiça.

A relação entre direito e justiça é tema tão antigo quanto a memória do próprio direito. A preocupação com a delimitação da esfera do “justo” e sua conformação ao âmbito do “devido” acompanha a história do pensamento jusfilosófico de modo sempre renovado, a cada nova inscrição e novos contextos. A possibilidade de identificar o “justo” com o “devido” é a possibilidade mesma de se justificar a autoridade e a obediência, assim como de se sancionar legitimamente os desvios e as violações. A impossibilidade dessa identificação é, na tradição desse pensamento, o caos, o arbítrio autoritário, a irracionalidade, a vida social sem sentido.

Derrida percebe o risco autoritário precisamente nessa identificação. É o perigo do discurso fechado em si mesmo, o da auto-intitulação que define e encerra as possibilidades de justiça de maneira totalitária. A rigor, tal identificação é não apenas indesejada como, também, impossível. A justiça sempre escapará à possibilidade de ser apreendida no discurso. Por outro lado, Derrida não percebe essa impossibilidade como o advento do caos: ela é afirmada como condição da evolução histórica do direito e das instituições em geral, já verificada e por vir.

Muito embora não se deixe apreender no discurso, a justiça não é sem sentido. Derrida apresenta um modo de ver a justiça que é uma insistência na

justiça: uma insistência paradoxal na sua impossibilidade que toma a forma de um distanciamento aproximador, uma impossibilidade de rompimento com a justiça e a afirmação renovada de sua necessidade e urgência. A justiça inapreensível, impossível e infinita é “indesconstruível”, o que torna possível a desconstrução do direito e, ao mesmo tempo, impede a ordem jurídica de esgotar ou de romper com a pretensão de buscar sempre mais justiça.

Derrida não faz teoria do direito, no sentido de elaborar uma reflexão em que o direito é seu principal objeto e, ainda menos, no de formular uma teoria sistemática sobre o fenômeno jurídico. O presente trabalho não se propõe, portanto, a formular um conceito de direito ou de justiça, nem mesmo de traçar a essência do fenômeno jurídico.

“Há algo de humano, mas sobretudo de cultural nesta busca. A possibilidade de se fornecer a *essência* do fenômeno confere segurança ao estudo e à ação. Uma complexidade não reduzida a aspectos uniformes e nucleares gera angústia, parece subtrair-nos o domínio sobre o objeto. Quem não sabe por onde começar, sente-se impotente e não começa ou começa sem convicção.”¹

Se, por um lado, não se formulará um conceito de direito, tampouco se negará a possibilidade e a necessidade do direito. Trata-se, antes, de formular uma apreensão do fenômeno jurídico que não recaia em uma posição relativista, posição esta que pressupõe a possibilidade essencialista para depois negá-la. Talvez se aproxime mais daquilo a que Tércio Ferraz Jr. se refere quando afirma, na análise do relacionamento da língua com a realidade, que a questão da essência (e a própria palavra “essência”) não tem sentido, mas que as palavras ganham sentido em um contexto lingüístico, sem desconsiderar que, pragmaticamente, possuem uma carga emotiva.² A experiência jurídica é possível e cada narrativa sobre ela se apresentará de modo singular, carregada de história e de

¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 34.

² O autor contrapõe um ponto de vista convencionalista da língua à concepção essencialista, mas acresce o suplemento de uma definição persuasiva, ao considerar que a palavra “direito” não pode ser definida de modo neutro, com a eliminação de toda carga emotiva (Idem, pp. 36-38). A aproximação que aqui se propõe, todavia, é desde logo limitada, uma vez que Tércio Ferraz Jr. afirma que seu propósito é redefinir o significado do termo “direito”, mantendo seu valor emotivo, uma opção teórica que reconhecer ser, também, valorativa.

circunstâncias excessivas que não cabem – e daí a apreensão – na formulação geral do direito.

Derrida não deixa de desenvolver uma reflexão profícua no campo jusfilosófico. Diversos textos do autor problematizam a justiça e, mais especificamente, a justiça que se pretende realizar pelo direito. Podem-se observar questões sobre justiça atravessarem todo pensamento de Derrida. A desconstrução poderia ser vista, de certo modo, como a exigência “máxima” de justiça, uma busca infundável de fazer justiça a todos e, especialmente, ao outro não compreendido no todo. A leitura de Derrida, nesse sentido, é a de uma suspeita profunda à tradição metafísica. O autor faz uma leitura dessa tradição que, embora não desemboque na rejeição dos valores e rompa com o paradigma afirmado, atualmente, como “moderno”, é preocupada com o que fica reprimido ou rebaixado nos discursos que caracterizam esse paradigma e pensa a necessidade de reafirmação e o aperfeiçoamento daqueles ideais.

Enquadrar Derrida em qualquer tradição de pensamento é tarefa sempre impossível, mas mesmo sem pretender definir ou caracterizar a desconstrução de forma simples e direta, será necessário traçar, ao menos, um esboço de sua complexa herança filosófica. Filho de família judia, nascido na Argélia, e, 1930, falecido na França, em 2004, seu pensamento é posterior ao racionalismo crítico e ao idealismo especulativo, às perspectivas fenomenológica, existencial, ontológica, hermenêutica e estruturalista, e “sobre-vive” sem que possa se inserir plenamente ou negar por completo essa herança filosófica. Um desafio desde logo posto ao estudo de seu pensamento é situar suas influências e seu extenso diálogo com os diversos autores.

O pensamento de Derrida enseja polêmica no meio filosófico e no meio jurídico. Os teóricos do direito que mais se apropriaram da leitura de Derrida foram aqueles ligados ao movimento do *Critical Legal Studies*, nos Estados Unidos, e mesmo assim não de maneira uniforme, ainda que, em geral, na intenção de buscar denunciar a pretensão de neutralidade das decisões e posicionamentos dogmáticos.³ No Brasil, seu pensamento ainda é pouco explorado no meio jurídico. Algumas más compreensões do autor, porém, já se

³ Pierre Schlag narra a origem, as influências, as divergências e os desdobramentos desse movimento no debate jurídico americano, a partir da década de 1960. (“US CLS”. *Law and Critique*. Vol. 10, 1999. pp. 199–210)

reproduzem em publicações nacionais. Em artigo publicado na Revista Jurídica Consulex, Júlio Roberto de Souza Pinto considera que “no momento em que o desconstrutivista tenta partilhar sua experiência com outros, inevitavelmente negará na prática aquilo que professa na teoria”. Para o autor, isso teria sido demonstrado “de forma um tanto quanto patética pelo próprio Derrida” na resposta às críticas de John Searle.⁴ O cerne da rejeição de Souza Pinto ao “crítico literário francês” relaciona-se à visão de que a desconstrução do logocentrismo resultaria em um excesso de subjetivismo, na impossibilidade de controle objetivo da interpretação e no risco pós-moderno de rejeição de toda e qualquer racionalidade.⁵ O presente trabalho demonstra, de forma mais ou menos direta, que essa é uma leitura equivocada.

O trabalho segue o rastro de Derrida: busca traçar a reflexão do autor sobre a relação entre direito e justiça. Não consiste em uma leitura desconstrutiva da obra de Derrida. Tampouco consiste desconstruir o direito ou a teoria do direito. O objetivo é apresentar como Derrida concebe essa relação, ou a impossibilidade dessa relação. A representação fiel é, a rigor, impossível e tão impossível quanto seria mapear exaustivamente o tema em sua vasta obra. Entre as opções metodológicas adotadas, algumas leituras foram priorizadas, no intuito de se fazer uma reconstrução responsável do pensamento do autor.

O trabalho parte de uma análise de *Força de Lei: o “fundamento místico da autoridade”*, texto de Derrida em que o tema da justiça e sua relação com o direito é problematizado de forma mais direta.⁶ De certa forma, o trabalho poderia

⁴ A pós-modernidade e o direito. Revista Jurídica Consulex. Ano IX, nº 203, junho/2005. p. 64. Júlio Roberto de Souza Pinto refere-se à crítica de Searle à leitura que Derrida fez de J. L. Austin em “Assinatura, Evento, Contexto” (Margens da Filosofia). Searle, em 1977, considerou a interpretação de Derrida completamente equivocada. Após a resposta de Derrida, Searle acusou Derrida de fazer “terrorismo intelectual”. Para Barry Stocker, as críticas de Searle a Derrida mais estabelecem uma polêmica do que formulam críticas refletidas que reconstruíssem a argumentação de Derrida. Elas estabeleceram um precedente infeliz para ataques de mal gosto a Derrida, por filósofos que, segundo Stocker, deveriam ter procurado conhecê-lo melhor. Além disso, seriam críticas que fazem parecer que Searle teria capacidade de interpretar mais corretamente a obra de Austin, uma vez que havia sido seu aluno de doutorado em Oxford (Barry Stocker, *Routledge philosophy guidebook to Derrida on deconstruction*. New York: Routledge, 2006. pp. 49-50; 66-67).

⁵ Ob. cit., pp. 64-65.

⁶ O texto foi publicado em 1990, em edição bilíngüe (francês e inglês) da Cardozo Law Review, sob o título “Force de Loi: Le ‘Fondement Mystique de l’Autorité’” / “Force of Law: The ‘Mystical Foundation of Authority’”, trad. Ing. Mary Quaintance (Cardozo Law Review, New York, vol. 11, nº 5-6, julho-agosto de 1990, pp. 920-1045). Em 1991, foi publicado na forma de livro separado, que ganhou edição brasileira em 2007 (*Força de Lei: o “fundamento místico da*

ser visto como uma leitura de *Força de Lei* que contextualiza esse texto no pensamento do autor e mostra sua relevância para as reflexões jurídicas contemporâneas. Nesse sentido, outras referências e outros textos do autor surgirão na medida em que puderem ajudar na compreensão do conteúdo de *Força de Lei*. Nesse percurso, alguns textos que não são de sua autoria serão fundamentais. É o caso de *Crítica da Violência*, de Walter Benjamin, na leitura da segunda parte de *Força de Lei*, e de *Force*, de Stanley Fish, ao qual Derrida se refere explicitamente ao menos em duas passagens da primeira parte. A herança e a leitura que Derrida faz da longa tradição filosófica, tão necessária para a compreensão de alguns termos (seus “quase-conceitos”) e mesmo da forma de abordagem do autor, será reconstruída, sempre que possível, a partir dos textos do próprio autor e, complementarmente, com a contribuição de fontes secundárias. Os desdobramentos e os debates que *Força de Lei* suscitou, especialmente no meio acadêmico norte-americano, também são trazidos à análise tanto pela riqueza das contribuições como pela demonstração do interesse – e também da aversão – que o autor provoca no meio jurídico.

A primeira parte de *Força de Lei* é intitulada “Do direito à justiça” e foi apresentada na conferência “Desconstrução e a possibilidade da justiça” (*Deconstruction and the possibility of justice*), organizada por Drucilla Cornell na Benjamin N. Cardozo School of Law / Yeshiva University, em Nova Iorque, em outubro de 1989. Nessa conferência, Derrida foi instado a responder, da forma mais direta possível, o problema que seu título já indicava. A segunda parte de *Força de Lei*, intitulada “Prenome de Benjamin”, foi lida na abertura colóquio “O nazismo e a ‘solução final’ – Os limites da representação” (*Nazism and the ‘Final Solution’: Probing the Limits of Representation*), realizado na Universidade da Califórnia, em abril de 1990. Nesse texto, Derrida faz uma leitura desconstrutiva do ensaio de Walter Benjamin intitulado *Crítica da Violência*.⁷

autoridade”. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007).

Neste trabalho, as referências serão feitas à edição brasileira.

⁷ O ensaio *Zur Kritik der Gewalt*, de Benjamin, foi publicado, inicialmente, em 1921, no contexto de uma Alemanha derrotada na I Guerra Mundial. São esclarecedoras as considerações preliminares que Derrida faz do texto, a esse respeito: “A análise de Benjamin reflete a crise do modelo europeu de democracia burguesa, liberal e parlamentar, e portanto do direito dele inseparável. A Alemanha da derrota é então um lugar de concentração extrema para essa crise, cuja originalidade reside também em certos traços modernos, como o direito à greve, o conceito de greve geral (com ou sem referência a Sorel). É também o momento seguinte de uma guerra e de uma anteguerra que viu o desenvolvimento mas também o malogro, na Europa, do discurso

O trabalho propõe uma leitura de *Força de Lei* de forma não sequencial, ou em três “camadas” apresentadas conforme a divisão do trabalho nos capítulos seguintes.

O capítulo 2 (“Direito e força”) explora o pensamento de Derrida em temas como a diferença entre força e violência, fundamento e justificação da autoridade, fundação e conservação do direito, controle da interpretação e identificação das regras. Com essa abertura, busca-se no autor uma aproximação das reflexões sobre o direito, ainda que sem a preocupação de identificar posicionamentos próprios de uma teoria do direito e da justiça. O direito é “desconstruível” e, para Derrida, é justo que seja desconstruído. Mas se é justo – no sentido de justiça – desconstruir o direito, é preciso traçar, antes, qual é a justa – no sentido de justeza – desconstrução do direito. Em outras palavras, é preciso analisar a estrutura de um direito que é fundado em camadas textuais da linguagem e que, ainda que pretenda ser justo, não encontra fundamento ou justificativa última senão na repetição “mística” de seus rastros.

O discurso metafísico sobre o direito é baseado na oposição entre *physis* e *nomos*, que para Derrida é insuficiente para explicar a estrutura dos fenômenos jurídicos. Derrida vê com suspeita a possibilidade de identificação da justiça com o direito, mas com igual atenção a impossibilidade de uma total dissociação entre ambos.

A seção 2.1 aborda os discursos que estabelecem uma relação dualista entre direito e força, a fim de problematizar a oposição entre direito natural e direito positivo, na medida em que as correntes jusnaturalistas e juspositivistas do pensamento jurídico podem ser analisadas segundo uma estrutura de relação entre meios e fins. A dicotomia traçada por Walter Benjamin entre violência fundadora e violência conservadora do direito é adotada como ponto de partida. A perspectiva dual permite que o direito tanto possa ser visto como um arrimo

pacifista, do antimilitarismo, da crítica da violência, até mesmo da violência jurídico-policial, o que não tardará a repetir-se nos anos seguintes. É também o momento em que as questões da pena de morte e do direito de punir em geral se apresentam com dolorosa atualidade. Em razão do aparecimento de novos poderes midiáticos, como o rádio, a mutação das estruturas da opinião pública começa a questionar aquele modelo liberal da discussão ou da deliberação parlamentar na produção das leis etc.” (*Força de Lei*, idem, pp. 70-71). Neste trabalho, utilizamos a versão em inglês “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. 236-252.

contra o uso descontrolado da violência, por se estruturar como um conjunto de regras neutras ou que conformam um procedimento quanto, por outro lado, como o resultado da força predominante na sociedade. A análise de Stanley Fish de *O Conceito de Direito*, de Herbert L. A. Hart, tomado como exemplo desse pensamento dicotômico, lembra, no entanto, que a força é algo sempre em exercício, seja para romper, seja para manter o direito. A concepção de que a linguagem pode constituir a esfera de controle da força e de estabilidade de regras determinadas apenas evidencia a força em atividade na própria linguagem jurídica.

A seção 2.2 aprofunda a análise do discurso jurídico como atividade da linguagem, a partir de sua inserção na estrutura iterável de signos – ou rastros, de acordo com Derrida. As significações com que os discursos jurídicos trabalham passam a ser vistas senão como o efeito de repetições e da possibilidade de serem repetidas de outras maneiras. Essas significações são efeitos de relações diferenciais da escritura. A tentativa de fechamento do discurso em torno de um conceito ou sentido único seria inútil, pois perderia sentido na medida em que o próprio discurso é efeito de um jogo de substituições infinitas que ocorrem na linguagem. O encerramento do jogo, porém, mesmo que provisoriamente, é o que permite dizer que há direito ou que algo que se caracteriza como devido pode ser identificado. Ainda que seja próprio do direito apresentar-se como o oposto da força, até para que possa ser aceito como direito, não há como não se reconhecer, aí, certo “golpe de força”. Além disso, verifica-se que os discursos jurídicos não só provocam o encerramento do jogo como, ao buscarem constituir o direito de modo sistemático, reprimem o questionamento sobre o próprio jogo.

A relação entre o direito e a força, então, mostra-se mais interna e complexa. A possibilidade de uma força performativa provocar o fechamento e a determinação do sentido do direito, por um golpe de força, será, também, a possibilidade de abrir o direito à transformação. Para Derrida, trata-se aí de uma força diferencial, uma diferença de forças, ou a força como *différance*. A força do direito está não somente na interrupção do jogo de substituições, como na resistência a esse barramento, ou na possibilidade de ser transformado. A interrupção que marca o direito, que é também interpretação do direito, não deixa de guardar certa força performativa, ao menos implícita. A seção 2.3, portanto,

vem analisar a força performativa da fundação e da fundamentação do direito, verificando o aspecto “místico” de sua origem e de sua autoridade.

O direito não se permite designar, portanto, como simples exercício da força predominante, hegemônica, mas busca se constituir como o âmbito de realização legítima da força autorizada; pelo menos, de uma força dominante que se pretende justificada. É atividade que “pretende exercer-se em nome da justiça, e que a justiça exige ser instalada num direito que deve ser posto em ação (constituído e aplicado – pela força, ‘enforced’).”⁸ Com isso, é preciso distinguir o uso legítimo, o uso autorizado da força, e a violência considerada injusta. Deve-se investigar como se dá a possibilidade de o direito se constituir no âmbito de realização da não-violência, na medida em que ele é, por excelência, o âmbito da força legítima, autorizada. Admite-se que a possibilidade da justiça está associada à possibilidade de um estado de não-violência (ao oposto da violência que, no entanto, não se identifica imediatamente com o simples discurso pacifista). No entanto, a legitimidade da força da lei, ou a legitimidade que possui força de lei, como se verá, tem a verdade de sua justiça fundada em “suplementos de ficções legítimas” e não deixa de se estruturar como crença e esperança.

Ao ser instado a se pronunciar sobre o tema “A desconstrução e a possibilidade de justiça”, que intitulava a conferência que deu origem a *Força de Lei*, Derrida causou surpresa aos participantes ao afirmar que “a desconstrução é a justiça”. Com isso o autor queria explicar que, se o pensamento da desconstrução pode dizer algo sobre a realização da justiça e o que seria esse algo, talvez fosse mais apropriado pensar, ao invés, na justiça como possibilidade da desconstrução, ou ainda na *impossibilidade* da justiça e nessa impossibilidade como condição de um pensamento sobre a justiça.⁹

O capítulo 3 (“A força da justiça”) explora elementos que ajudam a esclarecer essa aparente relação de identidade estabelecida por Derrida entre “desconstrução” e “justiça”, bem como alguns predicados que o autor atribui à justiça: infinita, incalculável, rebelde às regras, estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica.¹⁰ Ver-se-á que é impossível encontrar a definição ou fixar o

⁸ Derrida, *Força de Lei*, ob. cit., p. 43

⁹ Idem, p. 28.

¹⁰ Idem, p. 41.

significado de ambos os termos. O que se buscará fazer é rastreá-los no pensamento do autor, a fim de “fazê-lo explicar” o acontecimento da desconstrução como acontecimento justo e a justiça que é possível ser pensada com a desconstrução (certa perspectiva sobre a justiça que afirma a desconstrução). A apreensão, mesmo que provisória, desses rastros, permitirá a reflexão sobre o direito que busca fazer justiça.

A seção 3.1 mostra como, na tradição filosófica ocidental, de raiz grega, a justiça foi pensada sempre inscrita em um sistema metafísico de busca da verdade, das origens e da essência da realidade. As tentativas de compreender a justiça decorreram da possibilidade de formulação de conceitos do justo, da fixação de critérios ou da delimitação de possibilidades de tornar o justo “palpável”, possível, presente. A desconstrução dessa herança vem no interesse daquilo que remanesceu reprimido, oculto e inquestionado: o questionamento do sentido da própria questão “o que é?” a justiça.

A apreensão de um sentido para a justiça desconstrói-se ao ressurgirem os “outros” violentamente rebaixados nas oposições metafísicas das concepções de justiça. A alteridade reprimida, ao mesmo tempo em que permite, arruína a estabilidade da fundação e da fundamentação do direito na justiça. A seção 3.2 mostra que – e explora a forma como –, mesmo sem poder abandonar a metafísica e rejeitar essa herança, é possível trilhar seu limite para afirmar a necessidade de um olhar permanente sobre o outro da justiça. A necessidade de fazer justiça à alteridade absoluta e à singularidade faz da justiça uma experiência impossível, incalculável, mas infinitamente exigente, especialmente sobre a esfera do direito.

Em face da justiça incalculável, o direito, como elemento do cálculo, é “descontrutível”, mas ao mesmo tempo necessário, pois a justiça exige o cálculo. A realização de justiça é urgente e é preciso que ela tenha força para ser posta em ação. Só há justiça digna desse nome se ela pode fazer-se direito e não remanescer impotente, sem força. Há, então, uma estrutura aporética entre a justiça, que é infinita, e o direito, que é finito e dela se diferencia, mas com ela se confunde no momento da decisão, da suspensão da ordem, da reavaliação da regra e da reinvenção do direito. A seção 3.3 mostra como o pensamento de Derrida toma a aporia da justiça, sua impossibilidade, como “condição de possibilidade” do direito justo.

O capítulo 4 (“Negociações”), por fim, analisa o “acontecimento” da decisão como sede de negociações e da responsabilidade, da política e da possibilidade da transformação. Verifica-se que o pensamento de Derrida possui um caráter afirmativo que, no entanto, não significa a formulação de um programa político. Ressalta-se que isso não quer dizer que se trate de um pensamento apolítico. Ao contrário, a abertura do indecível que se mantém no cálculo, ou o impossível frente ao qual se negocia, mantém viva a possibilidade da política. A afirmatividade é, ao mesmo tempo, uma exigência de responder ao outro; ela decorre da vinda inevitável do outro. A promessa da justiça exige uma renovação constante da afirmatividade perante o outro. Essa renovação da promessa é a passagem da afirmação para a tomada de posição, um movimento arriscado e de negociação que, diante da incerteza ou do imprevisível, exige ter a máxima responsabilidade.

A desconstrução não estabelece um caminho para a ação política, já que busca evitar a repetição das construções metafísicas. Derrida propõe observar, com o máximo de atenção e suspeita, as exclusões provocadas pelos discursos que se apóiam em oposições binárias e rebaixam um desses pólos. A pretensão metafísica de encontrar um referencial neutro para o uso da força é deslocada para o reconhecimento da força existente na afirmação dos significados ou conteúdos políticos. O sentido da desconstrução é o do imperativo da responsabilidade infinita para com o outro. A pretensão de controle da violência, que sempre se verificará na resolução dos conflitos, passa a ser observada como uma insistência incondicional, que exige responsabilidade infinita para com o outro, para além da ordem do cálculo. O campo jurídico permanece, para Derrida, como elemento do cálculo e, ao mesmo tempo, fundamental na luta por justiça. As lutas sociais surgem como força renovadora dos ideais, que são perfectíveis. As identidades e as diferenças afirmadas e/ou reconhecidas pelo direito, por exemplo, sempre poderão e deverão ser aprimoradas em sua pretensão de fazer justiça.