

Organizadores:
Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Ricardo Martins Spindola Diniz
Diva Julia Safe Coelho

DIREITO, HISTÓRIA E POLÍTICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO: EXPERIÊNCIA E REFLEXÕES SOBRE O CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

10

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho





**Copyright© 2018 by Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Ricardo Martins Spindola Diniz
& Diva Julia Safe Coelho**

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

D635 Direito, História e Política nos 30 anos da Constituição:
experiências e reflexões sobre o contexto constitucional
brasileiro.

Organizadores: Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Ricardo
Martins Spindola Diniz, Diva Julia Safe Coelho. – 1.ed. –
Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2018. (Coleção Experiências
Jurídicas nos 30 anos da Constituição Brasileira ; 10)
404p.

ISBN: 978-85-9477-242-8

1.Brasil. 2. Direito e História. 3. Constituição Brasileira.
I. Título.

CDU: 342

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Organizadores:
Saulo de Oliveira Pinto Coelho
Ricardo Martins Spindola Diniz
Diva Julia Safe Coelho

DIREITO, HISTÓRIA E POLÍTICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO: EXPERIÊNCIA E REFLEXÕES SOBRE O CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

10

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho



COLEÇÃO EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO - ESA/OAB-GO E PPG-DP-UFG

Coordenação:

Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO) e
Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)

Conselho Científico da Coleção:

Profa. Dra. Alessandra Silveira (U.Minho - Portugal)
Prof. Dr. Alexandre Walmott (UFU)
Profa. Dra. Diva Julia Safe Coelho (UFU)
Prof. Dr. Felipe Bambirra (Uni-Alfa)
Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona (UB - Espanha)
Prof. Dr Leonardo Nunes (UFOP)
Prof. Dr. João Porto (UniRV)
Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (UFG)
Prof. Dr. Rogerio Gesta Leal (UNISC)
Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho (UFG)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO	7
Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG) e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)	
APRESENTAÇÃO DO LIVRO	11
Saulo de Oliveira Pinto Coelho	
Diva Julia Safe Coelho	
Ricardo Martins Spindola Diniz	
APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES ..	21
APRESENTAÇÃO DOS AUTORES.....	23
PREFÁCIO - CONTEXTUALIZACIÓN MACROFILOSÓFICA DE LA ‘CONSTITUIÇÃO CIDADÃ’	29
Gonçal Mayos	
REFLEXÕES SOBRE AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: BREVE MEMORIAL ENSEJADO PELOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	35
Diva Júlia Safe Coelho	
Saulo de Oliveira Pinto Coelho	
“CHEGA DE GOLPES”, “O PAÍS JÁ VIVE A CONSTITUIÇÃO”: EXPECTATIVAS, EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL E ESPERANÇAS NA IMPRENSA BRASILEIRA NOS DIAS 05 E 06 DE OUTUBRO DE 1988	67
Gustavo Silveira Siqueira	
A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1987-88): ENTRE A IDENTIFICAÇÃO SOCIAL E A IDENTIFICAÇÃO PROFISSIONAL	81
Maria Pia Guerra	
Ana Carolina Couto	
A LONGA CONSTITUINTE DOS POLICIAIS MILITARES: DA PREPARAÇÃO PARA A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE À REVISÃO DE 1993	107
Bruno César Prado Soares	
A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969) E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988) NO DEBATE DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE (1986-1988).	139
Gabriella Coelho Santos	
Diego Nunes	

INTERVENÇÃO ESTATAL BRASILEIRA E SUAS CONTINUIDADES CONSTITUCIONAIS: DE 1934 A 1988.....	169
Bruno Arthur Hochheim	
DIREITO, DESCONSTRUÇÃO E JUSTIÇA / UM MÍNIMO DE LIBERDADE	207
Alexandre Araújo Costa	
Ricardo Martins Spindola Diniz	
ENFRENTANDO A IMPUNIDADE: AS LEIS DE ANISTIA NA ARGENTINA, NO BRASIL E NO CHILE, E SUA NECESSÁRIA SUPERAÇÃO EM NOME DO DIREITO À MEMÓRIA	247
Jonatan de Jesus Oliveira Alves	
Diego Nunes	
AVALIAÇÕES DE IMPACTO COMO FORMA DE APERFEIÇOAR AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL.....	269
Diego da Silva Rodrigues	
A EXPLORAÇÃO DO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, SITUAÇÃO FÁTICA ATUAL, CONSEQUÊNCIAS TEÓRICAS E JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 18ª REGIÃO.....	291
Amauri Cesar Alves	
Roberta Castro Lana Linhares	
Thiago Henrique Lopes de Castro	
OS REFUGIADOS NO BRASIL: O CAOS DA ATUALIDADE	315
Mariana Luri Shimada / Edith Costa Antunes Machado Giolo	
A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE DO PODER DA MÍDIA NA FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	335
Jordana Mendes	
Cândida Carolina de Souza	
LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA NO PARLAMENTO GOIANO COMO EXPRESSÃO DO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA	355
Guilherme Cordeiro de Lima	
O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL: BUSCA PELA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	383
João Carlos Matias Filho	
Línia Dayana Lopes Machado	
Rildo Mourão Ferreira	

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO

Mais que um a Ciência, o Direito é uma *experiência*. Uma experiência social complexa. Experiência no sentido expressado por pensadores como Hegel e Gadamer. Assim, é experiência, tanto no sentido imediato (*Erlebnis*, em alemão), vivência concreta de algo na dimensão existencial da cognição-ação (práxis) humana; quanto no seu sentido mediato (*Erfahrung*), experiência refletida, organizada epistemologicamente.

No campo do Direito, a experiência jurídica foi pensada e priorizada como a categoria fundamental dessa realidade social por juristas como o italiano Paolo Grossi, ou o brasileiro Miguel Reale, dentre outros.¹ (COELHO, 2010, p. 98-115)

Experiência jurídica é o complexo movimento existencial do Direito, desde a sua elaboração, à sua concreção; da abstrata dimensão legislativa, antecedida da política legislativa e da *jurisgênese* da norma abstrata, à dinâmica concreção normativa dos direitos, tanto a concreção vivida espontaneamente (vivência jurídico social do Direito), como a concreção orquestrada profissionalmente (vivência jurídico institucional), e à aplicação do Direito, que também é, em alguma medida e com limites, um momento *jurisgenético*.² (COELHO, 2017) Entre a elaboração do Direito e a concreção dos direitos, a experiência jurídica ainda abarca os momentos hermenêuticos de categorização, sistematização e disputas retórico-interpretativas da linguagem

1 Para uma articulação desses autores no que diz respeito à compreensão do direito como experiência, veja-se o artigo *Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito*, de Saulo Pinto Coelho. (2010, p. 98-115)

2 Em *Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito* (COELHO, 2017) é possível acessar detalhamentos acerca da dinâmica da experiência jurídica à qual nos referimos.

jurídica. Assim, é dentro da experiência jurídica que está a ciência jurídica, como uma parte dela; um momento importante do movimento do Direito na realidade social.

As lacunas e abismos entre uma ‘ciência do direito’ e uma ‘prática jurídica’ são mais uma patologia jurídica (Grossi), a expressão de uma realização patológica do Direito, que marca a modernidade jurídica de algumas nações, do que um traço propriamente definidor da experiência jurídica na sua realidade e racionalidade. O Direito é uma *práxis* (um fazer, uma experiência que exige agir e pensar sobre esse agir, crítica e performaticamente), ao mesmo tempo que também é propriamente uma ciência, no sentido de que exige um momento concomitante de pensar organizado sobre essa experiência: uma ciência dessa experiência. Aí entra – ou deveria entrar – a Academia, as Faculdades, as Escolas de Direito, etc. Não há futuro bom, nem para a prática do Direito, nem para a Ciência do Direito, e nem para a sociedade, quando o fazer e o pensar, no Direito, se colocam em dimensões apartadas.

Por vezes, na experiência jurídica brasileira, percebe-se essa lacuna, esse abismo que mencionamos acima. Não estamos a falar de uma disputa, um antagonismo ou uma oposição entre teoria e prática. Antes fosse isso a nossa preocupação. Estamos a falar de um certo desprezo mútuo entre esses dois âmbitos do Direito: o dos acadêmicos e o dos práticos. Quando esse desprezo mútuo ocorre, se dá junto com ele a falência do Direito como experiência social. Quanto a isso, há que reverter esse estado de coisas. Há que resgatar a sinergia entre essas duas dimensões da experiência jurídica. Para tal, é preciso fomentar um duplo movimento de aproximação: desafiar e impulsivar a Academia a se preocupar e dedicar mais aos problemas práticos e concretos do Direito; e, por outro lado, conscientizar e convencer o mundo prático do Direito do valor e importância das teorizações jurídicas para a consolidação de uma linguagem e uma tradição jurídica capaz de dar consistência às práticas.

O Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas

da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG) e a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados de Goiás (ESA/OAB-GO), desde 2016, vêm trabalhando juntos nesse propósito, conscientes desse desafio e da importância de levar a cabo essa tarefa.

O PPGDP-UFG é um Programa Profissional (atualmente contando com um Mestrado Profissional), pensado e concebido para aliar pesquisa jurídica de excelência à formação de *know-how* profissional e de aprimoramentos técnicos e institucionais, no campo da regulação, implementação e controle de políticas públicas no Brasil.

A ESA/OAB-GO, desde 2016, produziu uma guinada qualitativa em suas metas institucionais, voltando seus esforços para o fomento do aprimoramento técnico, científico e prático dos profissionais do Direito no seu contexto geográfico de atuação, com clara preocupação em induzir a conversação sinérgica entre teoria e prática no Direito.

Somando-se a várias outras iniciativas conjuntas, essas duas entidades, na ocasião do trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propuseram e organizaram uma Coleção de obras jurídicas voltadas a pensar a experiência jurídica brasileira nesses 30 anos da Constituição.

A Coleção Experiência Jurídica nos 30 anos da Constituição Brasileira (ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG) busca fomentar o debate jurídico entre aqueles que vivenciam nossa experiência constitucional e social, tanto de um ponto de vista teórico, quanto prático, e em diferentes campos do Direito. A constitucionalização do debate jurídico nacional não encontra fronteiras em nenhum ramo jurídico específico, ainda que os campos do direito privado mantenham – e nisso não há nenhum problema, ao contrário – suas categorias e estatutos jurídico-conceituais próprios. Assim sendo, nas dez obras (dez coletâneas de textos inéditos) propostas pela Coleção, diferentes questões-chave da experiência jurídica brasileira contemporânea são enfocadas, em diferentes áreas do Direito, todas buscando relacionar

esses debates específicos com a realidade jurídico-político-social balizada por uma ‘Constituição Cidadã’, que de forma otimista eclode na realidade brasileira em 1988, marcando nossas interações sociais e jurídicas nos últimos 30 anos.

Assim, ainda em 2017, PPGDP-UFG e ESA/OAB-GO publicaram e divulgaram amplamente as convocatórias para apresentação de textos e contribuições aos livros da Coleção. Centenas de textos foram enviados à coordenação do projeto. Uma equipe com organizadores das obras, selecionada dentre *experts* com diversificada formação e advindos de sete diferentes Universidades brasileiras, em Goiás, Minas Gerais e Distrito Federal, avaliou e selecionou cuidadosamente os textos. Nos dez livros, os textos selecionados somam mais de uma centena de contribuições inéditas, com autores de oito diferentes estados brasileiros e mais de vinte diferentes Universidades.

Com a colaboração e suporte da respeitada e engajada Editora Empório do Direito, demos forma final aos livros da Coleção, que vem a lume em um momento de crise política, social, econômica e, em certo sentido, crise constitucional.

Sabe-se bem que a crise é uma excelente oportunidade para o aprimoramento e a inovação. O estado de desconforto que a crise provoca nos faz sair do nosso ‘modo automático’ e refletir sobre o caminho trilhado e as alternativas de rota. Que os livros desta Coleção possam servir a esse propósito!

Com agradecimentos aos organizadores, avaliadores, editores e autores,

Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)

e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)

Coordenadores da Coleção

APRESENTAÇÃO DO LIVRO

Desde a sua elaboração, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil teve o seu passado feito presente – que aparecia, em alguma medida, como a origem da sua verdade – questionado e disputado. Circunstâncias as quais foram resumidas por José Eduardo Faria, (1989, p. 77) passados apenas um ano da promulgação da Constituição Cidadã, nas dificuldades que se apresentavam à sua interpretação, impossibilitada, para o autor, “em termos de identificação do sentido lógico de suas normas,” e sim “sempre (re)construída a partir de critérios extrajurídicos” que transcendiam a formalidade do seu texto, remetendo-se justamente aos jogos da sua história, à sua historicidade. Passado do qual o texto constitucional não deixava de representar uma reificação, (FERRAZ JR, 1989, p. 9-10) e, concomitantemente, como que a sua preservação, na medida em que configurou as gramáticas dos eventos que a antecederam, –e que só poderiam se traduzir, diante de sua pluralidade e conflituosidade, em normas indeterminadas (FARIA, 1989, p. 66, 76) – vinculando o futuro à linguagem desse momento.

Qualquer momento, contudo, é sempre já mais que um, e aí estaria o jogo, retendo consigo uma profundidade e ambiguidade da qual se pode desviar, ou, decisivamente, enfrentar as possibilidades trazidas efetualmente nas ranhuras e tensões advindas da sobreposição das camadas de sentido, retomando-as às margens da realidade efetiva. Assim, não seria impossível arriscar uma formalização indicativa da experiência constitucional dos últimos trinta anos – ressaltadas a posição, visão, e concepção prévias que aparecem

sem se fazer presentes como pressupostos de qualquer interpretação e que se anunciam muito mais no texto, pelo texto, e como texto a quem se indica do que para quem indica – a partir dessa dicotomia, de um confronto entre diferentes modalidades de ser, entre o esquecimento no habitual e atual, e a possibilidade de se inscrever o estranho naquilo que é comum, distanciando aquilo que vai mais próximo e que, justamente por isso, passa despercebido se comparado ao cotidiano daquilo que aparece pronto à mão.

Entre uma e outra, ou na contraposição de uma com a outra reside, talvez, a diferença entre o programa constitucional – ou mesmo o “paradigma constitucional” – e uma decisão constitucional. Não parece exagerado dizer que se buscou articular, inicialmente, – e os inícios, ou as origens, seriam, bem ou mal, tudo para toda prática arraigada na e atualizada a partir da renovação da tradicionalidade, preservada por uma comunidade de corresponsabilidade que nela e por ela se identifica (HUSSERL, 1989) – o sentimento ou o projeto de mudança, o “sentimento da força normativa da Constituição,” talvez, com recurso ao conceito de paradigma – referenciando-se, bem ou mal, o sentido muito peculiar que respondeu a essa palavra Thomas Kuhn. Nomes-fundadores da linguagem constitucional atual escreviam no seu acontecer e nos dias e anos imediatamente posteriores ao acontecimento sobre a necessidade, ou mesmo a inexorabilidade, de uma “mudança de paradigma.”

É de todo curioso que o conceito de paradigma tenha sido articulado para advogar a apreensão da situação hermenêutico-jurídica da passagem do regime ditatorial à novíssima república como um momento de crise, quando, invariavelmente, aquilo que o conceito designa de mais profícuo, isto é, o paradigma como artefato excludente que estaria ao centro da constituição e do isolamento das comunidades científicas, traga consigo duas particulares e concomitantes consequências dessa totalidade conjuntural: na mesma medida em que crises são inevitáveis, e que é na atualização de um paradigma que se aproxima a sua ruptura, elas também o são

imprevisíveis paradigmaticamente. O apagar dos traços da interrupção, do arbítrio, da decisão, e, portanto, da historicidade, é o que um paradigma enquanto *tecnologia* faz por excelência, abrindo, com isso e por sua vez, a possibilidade de se falar e viver o progresso sem rupturas – e sem decisões, e sim programas de pesquisa.

Uma decisão, por definição, não pode se prever como acertada, como boa, havendo consigo sempre risco e sacrifício, que não é nada senão essa abertura de um espaço de experiência – o que poderia ser indicado, talvez, pelo nome de “liberdade,” não enquanto propriedade, ou mesmo condição de possibilidade, mas como êxtase, como o fora-de-si da existência – que interrompe o futuro-limite do horizonte de expectativas. E, por conseguinte, uma decisão pela mudança de paradigma é uma contradição em termos – e é difícil decidir se essa contradição seria uma “tensão essencial,” na esperança de que o conceito e a crítica do modo paradigmático da prática científica possa conviver com suas conquistas, ou, aquilo que deve ser esquecido como o custo a se pagar pelo progresso das ciências. Paradigmas não mudam por si – quando mudam, sucedem-se apagando a mudança e renovando retrospectivamente uma continuidade sempre já prospectiva –, e nem deixam ruínas.

O direito é, em alguma medida, tecnologia. Ou, talvez, melhor seria dizê-lo: a imperatividade do direito moderno é tecnológica, no movimento linear em que se reduz positividade e normatividade à positivação e se transforma a pessoa de direito em ponto de imputação. Esse movimento poderia ser lido, por exemplo e também, no enquadramento efetuado pela categoria de poder constituinte. E, de todo modo, poderia ser aproximado, de um lado, como que a explicar o porquê da decisão quanto ao começo do processo constituinte – se em 1964, no comentário de Moreira Alves aos constituintes para quem, na figura de presidente do Supremo Tribunal Federal explicitava o sentido jurídico da constituinte; (*Cf.* KOERNER; FREITAS, 2013, p. 148 e ss.) se nos últimos anos do regime – poder ser suspensa, suspensão que permitira a transformação da primeira

posição em um pressuposto jurídico-metodológico, o pressuposto da “tradição república,” de interpretação normativa do texto constitucional atualizado programaticamente, mas raramente anunciado, até os dias de hoje no contexto daquela jurisdição. Muito embora sejam outros os seus membros, outras as narrativas, e mesmo que se defenda, como já o fez Luís Roberto Barroso, que a história constitucional brasileira comece com a Constituição Federal de 1988. (*Cf.* BARROSO; BARCELLOS, 2010, p. 271-273) Talvez, portanto, a superficialidade de 30 anos de história de progresso – com o profissional esgotamento da tarefa de uma série de ações constitucionais, voltadas para a constitucionalização do direito posto, em vias de finalização, ainda que a decisão pelo que se entende por constitucionalização nunca se possa dar por finalizada, senão pelo programa do neoconstitucionalismo. Se se indica uma proximidade escandalosa talvez entre um e outro posicionamentos, se o faz para indicar o que um tratamento dos modos de ser da comunidade jurídica informado pelo conceito de paradigma deveria ter que enfrentar – nada mais que a impropriedade da história efetual, que resiste a quaisquer apropriações imediatas, suspendendo-as justamente.

De outro, tal interpretação revelaria também seus limites, porque todo texto é mais que a sua encarnação na atualização da identidade por exclusão de uma comunidade. Em outras palavras, o direito também seria experiência – muito embora essa contraposição, entre experiência e tecnologia deva ser interpretada como estritamente ontológica, não se podendo falar, portanto, em uma experiência originária desvirtuada por um modo de ser tecnológico, e da necessidade de sua purificação, porque a apropriação mesma dessa origem depende suplementarmente da tecnologia, e, por conseguinte, da possibilidade de sua repetição. (*Cf.* DERRIDA, 2002, p. 244-245) Entretanto, a conquista da possibilidade de outra interpretação se faz tão somente no enfrentamento desse limite – e pensar a experiência dos 30 anos da Constituição na sua historicidade talvez seja o esforço de se decidir por essa posição, ainda que nem sempre com o cuidado

exigido, muito prontamente esquecido na articulação de uma série de clichês que se amontam também nesses 30 anos.

Especificamente quanto à forma constitucional, a articulação que ora se imagina em resposta às palavras conquistadas em oposição, experiência e tecnologia, poderia ser lida na distinção de sentidos atribuídos ao texto constitucional, ora como fundamento de crítica da violência, ora como instrumento de governo – que não poderiam deixar de indicar duas dimensões das constituições modernas, uma normativa, outra funcional. Efetivamente, se se volta para aquilo que vai interpretado retrospectivamente como o princípio da forma constitucional, o caso *Marbury v. Madison* lido a contrapelo apareceria mais como a abertura e conquista de outro espaço de disputa faccional pelo controle governamental, (BALKIN; LEVINSON, 2003, p. 262; TUSHNET, 2004: 538-543) do que a garantia de que essas disputas não desvirtuariam a decisão advinda do fazer-se presente do povo naqueles momentos constitucionais de alta política, (ACKERMAN, 1984, p. 1022-1023) na medida em que se encontraria na jurisdição constitucional um fórum de princípio que garantiria a continuidade da identidade comunitária.

A não ser que se conceda, por exemplo, que *Lochner v. State of New York*, caso decidido dois anos após o centenário da decisão que teria concretizado a forma constitucional, (PINTO, 2004, p. 190) em que se declarou a inconstitucionalidade de uma lei trabalhista que limitava, fundada em um exercício curioso de poder de política, o número de horas diárias trabalháveis por padeiros, seja um bom exemplo a iluminar a história institucional daquele tribunal – bem como o papel da jurisdição constitucional. Segundo a corte, a lei teria violado o devido processo legal ao arbitrariamente limitar o direito de contratar. Trata-se de caso que cristaliza uma cadeia casuística das primeiras décadas do séc. XIX em que a Suprema Corte se interpreta como uma corte de defesa da ordem econômica e social indisputável por princípio frente à política. (SCHMITT, 2015, p. 81; BERCOVICI, 2013, p. 127-129)

Se se volta para o Supremo Tribunal Federal e para a sua atuação

nos últimos 30 anos, dificilmente a corte não aparecerá também, e talvez mesmo centralmente, como uma jurisdição de governabilidade. (*Cf.* BENVINDO, 2010, p. 99-100, 116-117) Aquém da atualização jurisdicional do texto constitucional, residiria “a promessa de um constitucionalismo revolucionário,” para se valer da expressão de Johan van der Walt. (2005, p. 42-43) Essa promessa, todavia, não seria uma ideia regulativa, nem mesmo um sentido originário desvirtuado, e sim a manifestação de negociações para com o imperativo da governabilidade com vistas a decidir pela menor violência a cada caso, sem deixar que o seu silêncio a permita se confundir pela razão de uma optimização. Um lapso jurídico, (*Cf.* NANCY, 2003, p. 169) portanto, que anunciaría um excesso, nada mais que o ato de resistência às forças de privatização do espaço público.

Talvez seja a falta de guarda perante esse silêncio que dá azo à vontade de totalidade do constitucionalismo como resposta à crise do Direito, reduzindo sua normatividade à política da Constituição, (CASTANHEIRA NEVES, 2008, p. 51-56) – ou a justiça à justificação – então entendida, explícita ou implicitamente, como instrumento de governo. Uma guarda que exigiria um esforço de pensamento no limite indecidível entre esses dois lados da forma constitucional, e que, de certo modo, os textos ora reunidos se articulam em torno da sua falta.

Nesse sentido, organizou-se na presente obra suas contribuições em três grandes eixos. O primeiro deles, dedicado à história constitucional, é aberto pelo texto de Gustavo Silveira Siqueira, “*Chega de golpes*”, “*O país já vive a Constituição*”: expectativas, efetividade constitucional e esperanças na imprensa brasileira nos dias 05 e 06 de outubro de 1988”, dedicado a explorar historiograficamente a compreensão articulada em jornais de grande circulação à época da promulgação do texto constitucional.

Em seguida, tem-se o texto *A Ordem dos Advogados do Brasil na Assembleia Constituinte (1987-1988): entre a identificação social e a identificação profissional* de Maria Pia Guerra e Ana Carolina Couto.

As autoras exploram como as identidades profissional e social dos advogados influenciaram em sua atuação no processo constituinte, destacando de que maneira a noção de Estado de Direito interagia com o projeto político do grupo, bem como seus esforços por valorizar o advogado em uma sociedade de mercado.

Bruno César Prado Soares, por sua vez, com o texto *A longa constituinte dos policiais militares: da preparação para a Assembleia Nacional Constituinte à Revisão de 1993* dedicou pesquisa à participação dos policiais militares nos debates constituintes, rastreando nos arquivos as discussões e conflitos que engendraram a normatividade efetiva dessa corporação.

Já em *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) no debate da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)* Gabriela Coelho Santos e Diego Nunes investigam de que maneira o tratado internacional sobre direitos humanos influenciou a redação e estruturação do rol constitucional de direitos fundamentais, identificando simetrias e assimetrias, bem como suas causas a partir dos debates constituintes.

A fechar o eixo dedicado a história constitucional, Bruno Arthur Hochheim, com *Intervenção estatal brasileira e suas continuidades: de 1934 a 1988*, analisa cuidadosamente o percurso histórico da estrutura de intervenção do Estado, da experiência constituinte de 1934 até os dias de hoje, a partir tanto da leitura dos sucessivos textos constitucionais quanto do contexto de sua normogênese.

O segundo eixo está reservado a interpretações políticas, filosóficas ou econômicas de dimensões da linguagem constitucional contemporânea, seja na sua relação com o passado, seja na problemática de engendrar a efetividade do texto constitucional. Abre-se esse momento com a contribuição de Alexandre Araújo Costa e Ricardo Martins Spindola Diniz, *Direito, desconstrução e justiça / Um mínimo de liberdade*. Inspirado no estilo e dedicado à obra de Jacques Derrida, o texto busca em suas duas colunas reinterpretar para a situação do constitucionalismo brasileiro as forças desconstrutivas do famoso

ensaio do autor *Força de Lei*.

Ao que se segue o texto de Jonatan de Jesus Oliveira Alves e Diego Nunes, *Enfrentando a impunidade: as leis de anistia na Argentina, no Brasil e no Chile e sua necessária superação em nome do direito à memória*. Na esteira do campo de pesquisas aberto por Anthony Pereira, os autores compararam países que se organizaram juridicamente no último século por meio de um “legalismo autoritário” a partir do debate quanto à anistia dos atores ditoriais e o direito à memória.

Diego da Silva Rodrigues, então, encerra esse segundo momento com o texto *Avaliação de impacto como forma de aperfeiçoar as Políticas Públicas no Brasil*. O autor contextualiza o texto constitucional no tocante a seu projeto de Estado Social, de que maneira isso se articula através das Políticas Públicas e os desafios relacionados à apreensão de sua concretização.

O terceiro eixo se dedica à identificação de problemas políticos contemporâneos e a articulação de respostas constitucionalmente adequadas a tanto. O trabalho de Amauri Cesar Alves, Roberta Castro Lana Linhares e Thiago Henrique Lopes de Castro inaugura esse momento, explorando a partir de uma situação institucional concreta o combate ao trabalho infantil através e fundamentado na linguagem constitucional e em um direito do trabalho constitucionalizado, intitulado *A exploração do trabalho da criança e do adolescente: Constituição da República, situação fática atual, consequências teóricas e jurisprudência do TRT da 18ª Região*.

Em *Os Refugiados no Brasil: o caos da atualidade*, Mariana Luri Shimada e Edith Costa Antunes Machado Giolo analisam a atual situação imigratória do Brasil, à luz do discurso dos direitos humano-fundamentais.

Já em *A liberdade de expressão como direito fundamental: análise do poder da mídia na formação da opinião pública e da Constituição Federal* Jordana Mendes e Cândida Carolina de Souza exploraram o âmbito de aplicação e os imperativos sistêmicos que se confrontam

para com a normatividade da liberdade de expressão.

Guilherme Cordeiro de Lima, em *Legislação Participativa no Parlamento Goiano como expressão do exercício da Democracia*, descreve a normativa constitutiva da Comissão de Direitos Humanos, Cidadania e Legislação Participativa na Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, bem como apresenta levantamento de dados empíricos quanto a seu funcionamento.

João Carlos Matias Filho, Línia Dayana Lopes Machado, e Rildo Mourão Ferreira, por fim, em *O combate à corrupção no Brasil: busca pela efetividade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* descrevem os aportes constitucionais do combate a corrupção, destacando os instrumentos que o concretizam em termo de política pública e como o Ministério Público se insere, institucionalmente, no enfrentamento desse problema.

A obra que se projetou e ora se apresenta é conjunto que traz à tona o esquecimento e dificuldade contrastados ao chamado de responsabilidade ao esforço de se pensar no limite da experiência constitucional. Ao buscar abrir um espaço para que a prática da Constituição possa aparecer com a força do conflito que por vezes vai muito rapidamente resolvido – mas não decidido – jurisdicional, administrativa, ou legislativamente – e mesmo academicamente, em textos que aqui e ali que se dedicaram e se dedicam a conhecer a Constituição, mas não necessariamente pensá-la – quis-se inscrever o chamado à coragem de se demorar e aprofundar na tensão entre o presente da atualização e a potência de ainda se surpreender na retomada de um texto que já supera consideravelmente a duração média de seus pares. A repetição dessa superação talvez não dependa de mais nada – da sua interrupção por uma decisão que a retoma.

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Diva Julia Safe Coelho

Ricardo Martins Spindola Diniz

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Storrs Lectures: Discovering the Constitution. *The Yale Law Journal*, v. 93, p. 1013-1072, 1984.
- BALKIN, Jack; LEVINSON, Stanford. What are the facts of *Marbury v. Madison*? *Constitutional Commentary*, v. 20, p. 255-281, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlin: Springer-Verlag, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. *Lua Nova*, v. 89, p. 107-134, 2013.
- CASTANHEIRA NEVES, António. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do future. In: NUNES, António José Avelás; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (orgs.) *O direito e o futuro – o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.
- DERRIDA, Jacques. Nietzsche and the Machine. In: DERRIDA, Jacques. *Negotiations: interventions and interviews, 1971-2001*. Trad. de Elizabeth Rottenberg. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- FARIA, José Eduardo. *O Brasil Pós-Constituinte*. São Paulo: Graal, 1989.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Legado da Revolução. *Síntese Nova Fase*, v. 47, p. 5-11, 1989.
- HUSSERL, Edmund. The Origin of Geometry. Trad. de David Carr. In: DERRIDA, Jacques. *Edmund Husserl's Origin of Geometry: An introduction*. Trad. de John P. Leavey Jr. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989.
- KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, v. 88, p. 141-184, 2013.
- NANCY, Jean-Luc. Lapsus judicii. Trad. de Simon Sparks. In: NANCY, Jean-Luc. *A Finite Thinking*. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araujo. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. 2004. 417 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.
- SCHMITT, Carl. The guardian of the constitution. Trad. de Lars Vinx. In: VINX, Lars. (ed.) *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 79-173.
- TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, p. 523-553, 2004.
- WALT, Johan van. *Law and Sacrifice*. Nova Iorque: Birbeck Law Press, 2005.

DIREITO, DESCONSTRUÇÃO E JUSTIÇA / UM MÍNIMO DE LIBERDADE

Alexandre Araújo Costa

Ricardo Martins Spindola Diniz

A - O DIREITO CONSTRUÍDO

Os jusnaturalismos partem da ideia de que o direito positivo só é válido na medida em que pode ser compatibilizado com uma ordem natural, composta por direitos, deveres valores intrinsecamente justos¹. Essa ordem primordial tem vários nomes: *cosmos*, *tao*, *dharma*, conceitos que apontam para a existência de uma estrutura permanente, por trás dos voláteis fatos do

“Direito, Desconstrução e Justiça” foi originalmente publicado em 2007, no primeiro volume da *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, que há anos saiu do ar. Como a data deixa entrever, o Prof. Alexandre Araújo Costa publicou esse texto

1 Esse início do texto foi um dos pontos mais alterados com relação à versão original, de mais de dez anos atrás. Nesse meio tempo, me convenci de que usamos a ideia de “norma” de uma forma demasiadamente vaga, para indicar qualquer elemento deôntico, o que é inadequado e gera várias imprecisões. Creio que norma deve ser entendido apenas no sentido de “enunciado normativo”, e que levar isso às últimas consequências exige reconhecer que o direito clássico não era um discurso “normativo”, mas sim um discurso “deôntico”, centrado na afirmação de direitos e deveres. Somente com Kelsen é que se consolida a noção de que a afirmação de direitos e deveres implica logicamente a afirmação de um enunciado normativo que os estabelece. Porém, parece-me equivocado usar esse paradigma normativista para redescrivere concepções jurídicas que não são normativistas, como o jusnaturalismo presente no senso comum teórico dos juristas, que admitem a existência de “direitos naturais” inscritos na própria ordem do mundo, sem afirmar com isso que tais direitos decorrem de “enunciados normativos implícitos”. O jusnaturalismo, ainda dominante, é uma concepção sobre direitos, e não sobre normas. O costume também não forma enunciados, mas práticas que podem ser compreendidas como exercício de direitos e deveres implícitos nas interações sociais. A exigência lógica de que, por trás de todo dever deve ser pressuposta uma norma, não me parece hoje uma teoria convincente, mas creio que não chegamos ainda ao ponto de dizer claramente que o normativismo é uma teoria moderna bastante problemática e pouco capaz de lidar com as complexidades efetivas das interações sociais mediadas por discursos deônticos. (AC).

mundo físico que habitamos.

Nossas culturas são permeadas pela ideia de que nossas ordens políticas somente podem ser justas e estáveis na medida em que sejam um espelho de uma ordem natural cuja ruptura necessariamente conduz ao desastre. A ordem natural é a verdadeira *lei* e os comandos emitidos pelos governantes (que modernamente chamamos de *leis*) tem por função garantir que as pessoas atuem em conformidade a essa ordem, impondo os deveres e punindo as injustiças.

Governar em função dos próprios interesses, e não pela justiça, era a marca dos tiranos. E a tirania depende de um grau de concentração de poder que é difícil de ser conservado, pois abre margem para que outros pretendentes a governante se apresentem como os verdadeiros defensores da ordem.

Além disso, o exercício criativo da legislação sempre foi percebidos como um risco para o tecido social. Por um lado, ele depende de um arriscado grau de concentração. Por outro, leis muito originais podem estabelecer situações inaceitáveis e, com isso, estimular a ruptura da ordem política. Não devemos perder de vista que, antes da modernidade, não era função dos governantes legislar sobre a ordem social

no ano em que *Força de Lei* ganhou tradução para a língua portuguesa pelo mercado editorial brasileiro. Não à toa, é a esse contexto que Alexandre faz referência ao projetar no texto como que uma sua intenção autoral: “Contra essa tendência hegemônica de separar direito e violência e de buscar fundar o direito na justiça, o filósofo Jacques Derrida escreveu o livro *Força de lei*”. Interpretativamente é questionável enquadrar qualquer texto assinado ao final ou encabeçado ao seu começo pelo nome Jacques Derrida como “livro”. Factualmente, trata-se de uma contextualização equivocada – e que, ao meu ver, indicam que mesmo autores cientes das operações de referência da máquina jurídica, (*Cf.* LEGENDRE, 1990) isto é, de enquadrar autorias e projetar intenções em todo e qualquer texto, eventualmente são vítimas de seu funcionamento extremamente efetivo – afinal, não parece haver maneira melhor de imperativamente

determinada pelos costumes: cabia aos governantes manter a ordem, e não modificá-la, sob o risco de perder a lealdade das oligarquias que a sustentam.

Em um contexto no qual a *legislação* não é um poder típico dos governantes, a imposição de novos deveres somente poderia ser justificada sob o argumento de que os novos comandos *realizam* a justiça. O *discurso justificador* da política sempre esteve entremeado pela ideia de justiça e o caráter mítico desse tipo de argumentação é percebido há muitos séculos.

Platão já colocava na boca do sofista Trasímaco a afirmação de que “a justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais forte” (338c) e que, portanto, os valores entendidos como justos não são o fundamento da autoridade, mas uma decorrência das relações de poder. Essa postura sofística reduz a justiça a um tipo de argumento vazio e estimula a adoção de posturas estratégicas desvinculadas de um ideal objetivo de bem, que se opunha tanto ao conservadorismo tradicionalista dos *sábios* como ao racionalismo idealista de *filósofos* que defendiam que o agir humano deveria seguir um critério objetivo de Bem, em vez de se pautar pela tradição ou pelos interesses individuais.

Por isso, se Platão invocou tal

amarrar um texto. *Força de lei* foi escrita como uma contribuição ao simpósio realizado entre 1 e 2 de outubro de 1989 na *Benjamin N. Cardozo School of Law* intitulado *Deconstruction and the Possibility of Justice*. Como assinam Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld e David Gray Carlson na introdução ao volume resultante dos trabalhos daquele evento, as circunstâncias comuns a ambos dizem respeito à recepção americana da obra de Jacques Derrida, especialmente pelos departamentos de literatura e de Direito, no segundo caso no contexto do *Critical Legal Studies*. (1992, p. ix-x)

Exemplo da animosidade que circundava esse processo de recepção é a história compartilhada por Derrida na entrevista *Politics and Friendship*, editada em inglês por Elizabeth Rottenberg na obra *Negotiations: Interventions and Interviews, 1971-2001: "I burst out laughing when I*

argumento foi apenas para refutá-lo, mediante a aproximação socrática entre justiça e virtude, que também se repete em Aristóteles e na tradição de matriz greco-romana. Tanto para sábios como para filósofos, a *legislação* carrega uma pretensão de justiça que vem sendo regularmente questionada por abordagens que se consideram realistas.

Derrida é um desses realistas. Um filósofo marcado pela sua concepção *desconstrutivista*, por sua capacidade ímpar de mostrar o caráter mítico dos pressupostos tradicionais. Quando Derrida foi chamado para falar sobre a Justiça, imagino que muitos dos seus ouvintes esperavam um discurso que retomasse Trásimaco e afirmasse o caráter ideológico de toda pretensão de objetividade. Imagino que eles esperavam um discurso semelhante ao que Kelsen realizou sobre a Justiça alguns anos antes: a indicação de que toda pretensão de justiça objetiva não passa de uma tentativa vazia de fundamentar valores absolutos. (KELSEN, 1998)

Também imagino a alegria de Derrida quando decidiu frustrar essa expectativa e apresentar uma espécie de *apologia desconstrutivista* da justiça. Em vez de afirmar que a justiça não existe, como faziam os positivistas, ele

*read twice in the press (notably in the Wall Street Journal) that Allan Bloom, the author of *The Closing of the American Mind*, accused Foucault and me by name of a whole bunch of negative things in the United States, such as, for example, Judge Bork's failure and the destabilization of discussions about original intent in the Constitution. Then, after laughing – and judging – I said to myself, 'Of course!' Neither Foucault nor I nor any individual nor 'deconstruction' is responsible for the fact at the time of the hearings all those questions about original intent took on the proportions they did and led to those conclusions. We didn't produce those questions: they were produced by a general deconstruction where everyone asks himself, 'What is original intent? What axiomatic ensures its authority? What interests serve this axiomatic? What is the meaning of the Constitution?' These questions are not the effect of a theoretical discourse, but, rather, they are theoretical or theoretico-political events*

defendeu uma tese inusitada: a desconstrução da justiça não demonstraria a inutilidade desse velho conceito, mas viabilizaria a defesa da desconcertante tese de que a *justiça* pode (e deve) ser relida ela própria como uma forma de desconstrução. Mas ele não poderia falar isso no início de seu texto, pois era preciso primeiro criar a armadilha, era necessário reforçar a expectativa de que ele se alinharia aos sofistas, para reforçar o impacto de sua peculiar tese sobre a identidade entre justiça e desconstrução.

Imagino que é por isso que ele começa sua fala de forma cifrada, ganhando aos poucos a atenção do auditório e reforçando o caráter apóretico de qualquer tentativa de afirmar um valor objetivo. A noção tradicional de justiça não merecia mesmo muito crédito e o início do texto se dedica a caracterizar os elementos místicos envolvidos em qualquer tentativa de fundamentação absoluta. Mas, em vez de voltar a Trasímaco, Derrida preferiu partir de uma tese filosófica que já tematizava explicitamente a questão das leis: a afirmação de Montaigne de que “as leis mantêm-se credíveis, não por serem justas, mas por serem leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm nenhum outro.” Não lhe interessava apenas afirmar que a justiça era um fenômeno de poder,

that happened and that cannot be without relation to the work of Foucault and I, among others, took an interest in, the work whose interest command the attention (and not fortuitously) of so many people – work on intentionality, will to say, meaning and signification, the text, the concept of the author, the theory and limits to the theorization of speech acts, etc. None of these projects is a cause, but they are not accidents or isolatable epiphenomena, either. Between the constitutional debates over original intent (with their enormous direct or indirect stakes) and a certain state of genealogico-deconstructive research, there is a certain configurativity. To say that it's Foucault's or 'deconstruction's' fault is stupid; but to claim that there is no relationship and to be insensitive to this configuration would not be serious, either.” (2002, p. 197-198) A título de esclarecimento, a rejeição da nomeação de Robert Bork, então um dos mais eminentes juristas de

mas retomar a ideia de que existe um fundo místico-religioso nas crenças ligadas a uma justiça *absoluta*, o que lhe fez retomar a ideia de Pascal, no sentido de que “o costume faz a equidade, pela simples razão de ser recebido; tal é o fundamento místico de sua autoridade.” (Cf. DERRIDA, 2007, p. 21)

Derrida percebe claramente que a justiça é utilizada para justificar a violência, mas que esse tipo de utilização não passa de um discurso mistificador. Essa é a tônica do discurso de Walter Benjamin, que estimulou a escrita da segunda parte do ensaio. Em suas reflexões sobre a violência, Benjamin esclarece que os discursos modernos e antigos buscam afirmar que a *violência* é um meio que pode ser justificado quando ele busca realizar *fins* justos. Enquanto *puro meio*, a violência não pode ser qualificada nem como justa, nem como injusta. Enquanto *puro fim*, a justiça objetiva é sempre utilizada como justificativa para a violência, mas Benjamin tinha dúvidas sinceras sobre a possibilidade de justificar *objetivamente* a violência com base em percepções individuais tão contingentes como as noções individuais ou coletivas de justiça.

Por outro lado, a impossibilidade da *violência legítima* significava

tendência conservadora, para a Suprema Corte, aconteceu em 1987. (Cf. HODDER-WILLIAMS, 1988) Assim, e em suma, *Força de lei* é, portanto, uma espécie de esclarecimento e de resposta tanto aos críticos quanto aos leitores norte-americanos – talvez por isso, muito sugestivamente, Derrida a inicie se desculpando. Essa correção de uma escolha de palavras argumentavelmente ingênua de Alexandre se justifica porque a sua explicação suscita uma afinidade maior entre o esforço de seu texto e aquele de Jacques Derrida – na leitura que faço de *Direito, Desconstrução e Justiça* pelo menos, trata-se de um texto que busca desenvolver e destrinchar a contra-força de *Força de Lei* em face das categorias que estruturam a tradição jurídico-constitucional brasileira, preocupada e direcionada não tanto para debates tais quais aqueles entre originalistas e interpretativistas, quanto para as relações entre poder constituinte originário e poder

a impossibilidade de uma *revolução legítima*, que viesse instaurar situações de maior liberdade. Toda intervenção na ordem social é violenta, e negar a possibilidade de justificar *objetivamente* certas violências implicava a impossibilidade de defender posições políticas voltadas a tornar o mundo mais justo. Seria o relativismo valorativo necessariamente uma concepção paralisante? Os seguidores de Trásímaco tinham de conservadores guiados pela busca de estratégias individuais de poder. Seria o realismo necessariamente conservador?

O *historicismo* radical do século XX tornava difícil questionar Trásímaco. O *positivismo* não deixava margem para o que os filósofos cristãos chavam de *recta ratio*: uma razão a serviço dos valores corretos. Na esteira de Hume, a razão tinha de ser reconhecida como um instrumento meramente instrumental e estratégico. Aparentemente, não havia mais lugar para as concepções clássicas de filosofia, que nunca assumiram claramente que suas noções de *ordem natural* eram determinada pelos *valores tradicionais*. A consciência histórica parecia ter fechado as portas da justiça, exceto como estratégia sofística de justificação retórica dos próprios interesses.

Mas será preciso abandonar o

constituinte derivado, bem como a relação entre o texto constitucional de 1988 e a “tradição republicana” que o antecede, a apagar metodológica-mnemonicamente a questão quanto a relação entre 1988 e 1964, se de continuidade e concretização ou de ruptura.

Por esses motivos, assim, após convidar Alexandre para contribuir com esse volume, quem me sugeriu esse texto, dediquei-me ao esforço de retomá-lo no contexto de pensamento acerca dos 30 anos de experiência jurídica da Constituição Federal, articulando o conceito de “retomada” em sintonia para com quem introduziu essa categoria na linguagem filosófica, Martin Heidegger. Esse existencial é introduzido no contexto da constituição fundamental da historicidade, indicando a transmissão de uma possibilidade legada, por meio do qual o *Dasein* “escolhe seus heróis” – e é possível dizer, com o que Heidegger

conceito de justiça? Ainda existe algum espaço razoável para ressignificar a justiça, em vez de simplesmente afirmar o seu caráter vazio e retórico? Parece-me que esse é o esforço de Derrida nos dois ensaios que compõem o *Força de Lei*. Mas trata-se de um esforço muito arriscado. Sartre tentou algo semelhante em sua palestra na qual defendeu que “o existencialismo é um humanismo”, tentando compatibilizar seu relativismo valorativo com o engajamento político progressista do partido comunista. (*Cf.* 1989) O resultado do esforço de Sartre me parece bem ruim: seu discurso teve de relativizar suas próprias concepções filosóficas e, mesmo assim, foi rejeitado duramente pelos comunistas a que o discurso se dirigia. Quando um filósofo deseja ser ao mesmo tempo *realista* e *progressista*, é difícil que ele consiga manter um discurso coerente. Mas o risco pode valer a pena para enfrentar a dura acusação que é dirigida aos relativistas: a de que eles são fatalmente conservadores, por negarem a possibilidade de um engajamento político orientado por critérios objetivos de justiça.

No caso de Derrida, a tentativa de enfrentar esse problema exigiu que ele tentasse redefinir a própria noção de justiça, desvinculando-a da ideia de bem. Tratava-se de pensar

quer designar por herói, que Alexandre seja um dos meus, com quem tive a oportunidade de ser aluno por um ano e trabalhar como seu monitor na disciplina de *Filosofia Política e Direito Constitucional* ofertada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília no primeiro semestre de 2018 –, controvertendo e respondendo ao passado a partir de um projeto decidido (HEIDEGGER, 2012, p. 478). Na explicação esclarecedora de Paul Ricoeur, por meio da retomada, abrem-se “possibilidades que passaram sem notícia, que foram abortadas, ou reprimidas no passado”, abre-se o passado novamente “em direção ao porvir.” (1990, p. 76) Ainda nesse sentido, a formatação do texto – ou, melhor dizendo, a decisão por deixar meu comentário às suas margens e as consequências daí advindas –, divergente dos demais textos desse volume em diversos aspectos, veio de uma conversa entre seu autor original e eu, na qual comentei

as possibilidades contemporâneas de justificar a violência com base nos ideais de justiça. Assim, Derrida é levado a dialogar não apenas com os filósofos da ética, mas a dialogar com aquelas pessoas que cotidianamente exercem a violência política justificada: os juristas. Creio que essa escolha ocorre especialmente porque a *filosofia política* da modernidade é uma filosofia jurídica: na modernidade, a explicação preponderante sobre a legitimidade política dá-se a partir do instituto jurídico do *contrato* celebrado entre pessoas autônomas.

A filosofia do direito geralmente admite que há uma relação necessária entre direito e força, mas ao mesmo tempo reconhece explicitamente que direito não pode ser fundado na violência. O poder puro e simples pode gerar *obediência*, mas é incapaz de gerar *dever*. Por mais que o medo da punição possa fazer com que as pessoas observem as normas impostas pelos governantes, a validade do direito não pode ser fundada no fato de ele ser *coativo*, mas somente no fato de ele ser *justo* (ou *legítimo*, o que é a mesma coisa nesse contexto).

Isso inverte os termos da tese de Trasímaco: não é a força que justifica a validade da norma, mas é a validade

práticas parecidas articuladas por Derrida em *Glas*, no prefácio à obra *Margens da filosofia*, e, especialmente, com Geoffrey Bennington, em *Jaques Derrida*, (1993) no qual o segundo se propôs a escrever um comentário introdutório e hermenêutico à obra de Derrida como um todo, com o interpretando comentando às margens o texto do intérprete, confrontando-se, aquiescendo e surpreendendo a sua teleologia. Não à toa, a obra carrega ou se divide em dois títulos, tal qual a presente contribuição que, por evidente, se inspirou nessa colaboração.

Em uma passagem particularmente curiosa da *Teoria Pura do Direito*, Kelsen escreve que o Direito seria como o Rei Midas, “da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico.” (1999, p. 194) Isso parece ser particularmente correto se se interpreta essa

da norma que justifica o uso da força, convertendo o que seria *violência* em um *exercício legítimo da autoridade*. Fundamentar o direito não significa explicar as razões da obediência, mas justificar o dever de obedecer, oferecendo critérios para diferenciar o *simples uso da força* do *uso legítimo da força*.

O instrumento conceitual normalmente usado para operar essa milagrosa transmutação de *violência* em *força legítima* é o recurso a padrões objetivos de justiça, pois somente a justiça pode servir como critério para diferenciar adequadamente o direito da mera imposição. Nessa medida, toda teoria jusnaturalista contém em si uma teoria da justiça, pois refere-se a um conjunto das regras e princípios *naturalmente justos*, os quais não pretendem estar apenas no mundo das ideias, mas realizar-se na prática como um direito natural válido e efetivo. Assim, ocorre que “o direito pretende exercer-se em nome da justiça e que a justiça exige instalar-se num direito que deve exercer-se (constituído e aplicado) pela força (*enforced*).” (DERRIDA, 2007, p. 37)

Portanto, a instituição de uma ordem jurídica nunca se afirma como um *ato de violência*, dado que a constituição de um sistema jurídico precisa

colocação como a se referir à peculiar máquina de leitura em que todo e qualquer texto pode se ver submetido pela comunidade jurídica. O Direito parece absorver quaisquer tentativas de interpretá-lo de perspectivas que não a sua, na medida em que as submete a sua orientação prática, projetando consequências normativas, na mesma medida em que enfatiza nomes e conclusões na busca por configurar não só a teleologia, mas também a autoridade argumentativa do texto.

Em outras palavras, todo e qualquer texto – mas em especial, para a presente situação, textos filosóficos – é habilmente vertido em um punhado de verbetes judiciais, ou, sempre já, a “melhor doutrina a respeito”, o que se faz concomitantemente à transformação de autores em doutrinadores. *Força de lei* de Jacques Derrida não é uma exceção que foge a essa regra – muito embora, ironicamente, o texto possa

ser entendida como *exercício legítimo de poder*, realizado por uma autoridade que atua em nome da própria justiça. Não é por outro motivo que a teoria atualmente hegemônica acerca da instituição de ordens jurídicas é a que atribui *poder constituinte originário* ao povo, poder esse que não é propriamente jurídico (e sim jurígeno) e que é necessário descrever como exercício legítimo de uma autoridade absoluta: uma legitimidade que não pode ser derivada da lei, mas que precisa ser baseada em alguma espécie de direito natural (ou seja, na justiça).

Essa fundamentação filosófico-política do direito está na base inclusive do que comumente é chamado de *positivismo*, pois o normativismo positivista não nega a fundamentação jusnaturalista do poder, mas apenas recusa a possibilidade de se utilizar referências ao direito natural para fins de contestação da validade da ordem constitucional instituída. Portanto, o positivismo é tipicamente um jusnaturalismo disfarçado, na medida em que sua expressa limitação ao estudo do direito positivo válido oculta o fato de que a validade do direito que ele descreve é assentada sobre uma base jusnaturalista (mais especificamente, uma base juracionalista vinculada

começar a ser interpretado justamente como uma série de variações em torno a essa fuga.

No contexto brasileiro de sua interpretação jurídica, invariavelmente Derrida termina sendo apresentado como se fosse um dos pais-fundadores da Constituição Federal de 1988. (*Cf.* CHUERI, 2017, p. 27-30) Argumentavelmente, o texto de Alexandre se põe às margens dessa prática, como, talvez, um único e excepcional relapso interpretativo, resistente às convencionalidades da jurística. Ao invés de terminar forjando a assinatura de Derrida como a avalizar certas propostas jurídico-metodológicas, o texto se inicia explodindo as consequências da força (DERRIDA, 1990, p. 33-35) de *Força de lei*, de modo a alcançar os conceitos fundamentais da teoria constitucional brasileira. Eu gostaria de aproveitar, contudo, a posição desse comentário – e talvez não

às teorias contratualistas que estão na origem da própria idéia de poder constituinte originário).

Foi para se contrapor a essa tendência hegemônica de separar direito e violência e de buscar fundar o direito na justiça, o filósofo Jacques Derrida escreveu o livro *Força de lei*, que é composto por duas partes relativamente autônomas.

Na primeira, Derrida se inspira nas ideias de Montaigne e Pascal acerca do *fundamento místico da autoridade* para desconstruir as relações tradicionais entre direito e justiça, desestabilizando a possibilidade de se tentar buscar na justiça um fundamento para o direito positivo.

Na segunda parte, ele analisa criativamente um texto de Walter Benjamin chamado *Zur Kritik der Gewalt*, ou seja, Crítica da “Gewalt”, que é uma palavra germânica usada para designar tanto *violência* quanto *poder legítimo*. Essa ambiguidade parece estimular Derrida porque ela tanto indica as relações viscerais entre direito e força quanto a oculta a violência imanente ao direito por trás de manto de uma legitimidade mítica. Assim, ela serve como *Leitmotiv* para um texto que, sob o pre-texto de avaliar um artigo do início da década de 1920, termina por

haja nada mais essencial à literatura jurídica ocidental do que se apresentar como um comentário que se substitui, em catacreses disfarçadas de paráfrases, ao texto que comenta, muito embora a história da sua disposição, originalmente marginal, e posterior e paulatinamente tão ou mais central que o texto legal que o justifica inclusive economicamente, esteja ainda para ser escrita, de modo que a sensação de vertigem que se acomete ao leigo quando diante do resultado de uma interpretação jurídica em sua contraposição ao ponto de partida legal tenha também um paralelo material, o dos dispositivos legais e das páginas que se dedicam a sua explicitação — para ser mais fiel à letra que a intenção do texto, ainda que para tanto eu possa e, portanto, deva riscá-lo.

Na modernidade a origem de uma ordem jurídica não só nunca se afirma como um ato de violência. Ela sequer se apresenta como

realizar uma contundente análise das relações entre direito e violência.

B-DIREITO E JUSTIÇA

Segundo Derrida, o estilo desestrutivista tem uma aplicabilidade muito rica no campo do direito, pois trata-se de um espaço no qual há muitas verdades mitológicas a serem desestabilizadas. Portanto, o desestrutivismo pode aqui exercer o seu papel de maneira adequada, desestabilizando verdades cristalizadas, complicando as crenças estabelecidas e lembrando aos juristas os paradoxos sobre os quais se assentam seus discursos. Isso ocorre especialmente porque o direito se pretende válido, mas a autoridade das leis não tem qualquer fundamento, *não assenta senão no crédito que se lhes dá. Crê-se nelas, tal é o seu fundamento único. Este acto de fé não é um fundamento ontológico ou racional.* (DERRIDA, 2007, p. 22)

A busca de descrever o fundamento da autoridade termina por gerar discursos circulares, como um cachorro a correr atrás do próprio rabo: a lei vale porque gera dever e gera dever porque é válida. Então, deveríamos admitir desde logo que a autoridade da lei não pode apoiar-se senão em si mesma e que, portanto, o direito é *uma violência sem fundamento.* Mas isso não quer

origem. O estado de natureza sempre já foi superado, restando ao fundo como um ponto de clausura hipotético do horizonte moderno que se absolutiza – um horizonte absoluto é com certeza um contrassenso, mas de todo operativo – e exige ser interpretado, juridicamente, como permanência absoluta.

Contemporaneamente, é a categoria de poder constituinte que articula essa efetiva queima-de-arquivo inerente à autoridade exclusionária e expansiva do direito moderno. Nas palavras de Derrida: “Parece que a lei nunca pode enquanto tal dar azo a qualquer história. Para ser investida com autoridade categorial, a lei precisa ser sem história, sem gêneses, ou qualquer possível derivação.” (1991, p. 191)

O jurista, nesse contexto, seria, por definição, aquele que dá as costas à falta de fundamento do direito moderno, na mesma medida em que o opera enquadrando tecnologicamente

dizer que as leis são *injustas, no sentido de “ilegais” ou de “ilegítimas”*, dado que, em seu momento fundador, elas não são nem legais nem ilegais, pois nenhum discurso justificador pode e deve assegurar o papel de metalinguagem em relação à performatividade da linguagem instituinte ou a sua interpretação dominante.

O discurso encontra ali o seu limite: nele mesmo, no seu próprio poder performativo, o que faz com que exista um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque este silêncio não é exterior à linguagem. (DERRIDA, 2007, p. 24)

Existem autoridades instituídas que constroem discursos jurídicos que apresentam como legítimos, mas a validade desses discursos não pode ser fundamentada. Porém, como a autoridade dos discursos deve ser preservada, é necessário construir muros em volta da própria autoridade, para evitar o seu questionamento, já que não se pode sustentar essa validade mitológica com base em argumentos objetivos. Portanto, o discurso fundamentador é um discurso que precisa ocultar o seu caráter místico, escamoteando o *fundamento místico da autoridade* de que falam Pascal e

a existência. Por essa razão, a lei é sempre críptica, “isto é, ela é um segredo (...) que uma casta pretende possuir por delegação. O segredo é nada – e esse é o segredo que precisa ser bem guardado, nada nem presente nem apresentável, mas esse nada precisa ser bem guardado.” (DERRIDA, 1991, p. 205)

Ao contrário do homem do campo, no texto de Kafka que empresta seu título a esse outro texto de Derrida, que olha de frente para o portão da lei, e na sua branquidão se vê diante da sua superficialidade – da dogmaticidade do direito, contraposta à sua interpretabilidade que invariavelmente vai reduzida ao final do processo, para evocar uma esquecida distinção de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2006: p. 46-47) –, o porteiro, por estar de costas, conjectura a respeito de toda uma hierarquia que lhe precede e o fundamenta. Ao contrário do homem do campo, o guardião da lei

Montaigne (DERRIDA, 2007, p. 24). Não é a *justificação semântica*, mas a *vedação pragmática do questionamento*, que serve como apoio efetivo para as percepções sociais de legitimidade.

O próprio direito é historicamente fundado (“quer dizer, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis”), mas o seu fundamento último, “por definição, não é fundado” (porque tem caráter claramente mitológico). (2007, p. 25) Essas contradições e ocultamentos originais tornam o campo jurídico muito fértil para o estilo desestrutivista, cuja principal função é justamente mostrar os paradoxos e desvelar as ocultações contidas nos discursos.

Esse caráter iconoclasta do desestrutivismo faz com que os juristas tradicionais o percebam como uma postura inconsequente, na medida em que ataca a ordem instituída sem propor a sua substituição por uma ordem diversa e mais *justa*. Tal percepção torna-se ainda mais aguçada quando existe uma polarização do debate jurídico e político em torno de concepções contrapostas que se pretendem *fundadas na justiça*. E a situação torna-se ainda mais complexa quando, tal como ocorreu no século XX, as concepções hegemônicas contrapostas

toma para si uma série de liberdades interpretativas que evocam e constituem sua proximidade para com ela.

Talvez se possa chamar essa estrutura, na esteira do que pioneiramente propôs Alexandre – articulando de maneira particularmente engenhosa uma proximidade que é explorada na fronteira das discussões sobre Kelsen, a exemplo de Lindahl (2002: p. 797-798) – ao aproximar Kelsen e Derrida – aproximação que, é importante dizer, causa desafios à narrativa que, fundamentando o direito na filosofia, propõe uma derivação da história do primeiro como que a partir daquela da segunda, ambas aproximadas pelo uso problemático do conceito de paradigma, (STRECK, 2014, p. 293) não só porque coloca em contato autores que, “paradigmaticamente”, não o poderiam estar, mas também porque é Derrida quem denuncia que, fora da prática científica, e

eram variações da mesma matriz moderna, assentada em conceitos desconstrutíveis tais como propriedade, sujeito, igualdade, pessoa, consciência, vontade, liberdade.

Nesse contexto, o desconstrutivismo é tipicamente percebido como um niilismo, dado que, quando a credibilidade em um axioma é suspensa pela desconstrução, “pode sempre crer-se que não há mais lugar para a justiça, nem para a própria justiça, nem para o interesse teórico que se orienta para os problemas da justiça” (DERRIDA, 2007: 34). Com isso, os pensadores que não se limitam a criticar apenas uma tentativa específica de fundamentação, mas atacam diretamente a própria fundamentabilidade do direito, são criticados pelos fundamentacionistas de todos os matizes, que formam a imensa maioria dos juristas.

O testemunho mais claro nesse sentido parece-me ser o oferecido por Kelsen acerca da recepção da sua teoria pura do direito, uma postura teórica

mesmo nas distintas práticas que se organizam científicamente, o uso do conceito mais esconde que tematiza a historicidade dessas práticas (2005a, p. 120, 128) – pelo nome de norma fundamental. Diante desse argumento, não poderia ser mais pertinente a metáfora proposta por Bert van Roermund. Com a paulatina cotidianização da perspectiva linear, originalmente introduzida pela pintura renascentista, a compreensão antecipativa do espaço como um contínuo organizado sistematicamente tem na noção de ponto de fuga o seu cerne. Segundo Roermund, a autoridade moderna se aproximaria da técnica da perspectiva linear de várias maneiras, sobretudo no que diz respeito a Kelsen, quanto ao ponto

2 Uma interpretação que consiga apreender a problemática apontada por Alexandre na primeira nota de rodapé desse texto me parece ser possível a partir da metafórica do ponto de fuga. De fato, a historicidade da categoria de norma parece escapar à apreensão, justamente em razão de sua generalização, motivada especialmente por seu uso retrospectivo, tal qual denunciado por Alexandre. De várias maneiras, o que parece regular esse uso é a mesma motivação historicista que permite Marx escrever, na introdução à Contribuição à crítica da economia política, o seguinte: “A sociedade burguesa é a organização histórica da produção mais desenvolvida, mais diferenciada. As categorias que exprimem suas condições, a compreensão de sua própria organização a tornam apta para abranger a organização e as relações de produção de todas as formas de sociedade desaparecidas, sobre cujas ruínas e elementos se acha edificada e cujos vestígios, não ultrapassados ainda, leva arrastando, enquanto que tudo o que for antes indicado se desenvolveu, tomando toda sua significação etc.”

que, ao sustentar a impossibilidade de fundamentar racionalmente o direito,⁴ recebeu oposição de as orientações de fuga.²⁻³ A norma fundamental seria o “ponto de fuga” do sistema jurídico,

(2008, p. 264) Uma lógica parecida, e se trata justamente de uma lógica, está de todo presente no esforço interpretativo que esquematiza com vistas à relevação da totalidade do Direito em sua racionalidade nos Princípios da Filosofia do Direito de Hegel, ao submeter o tempo cronológico a um tempo lógico que é encontrado na atualidade do Estado Moderno. (Cf. HEGEL, 2008; FINE, 2001, p. 28 e ss.) Contudo, mais uma vez, eu teria dificuldades em adsscrever a Kelsen a prática dos enunciados normativos – ou, como Alexandre colocou de maneira muito mais precisa, “a exigência lógica de que, por trás de todo dever deve ser pressuposta uma norma.” Essa exigência lógica é justamente o que Kelsen designa por “norma fundamental”, e ao assim fazê-lo, ao menos da segunda edição da Teoria Pura do Direito em diante, entendo que o que se tem é justamente um esforço por colocar o limite dessa compreensão especificamente moderna ao mostrar seu aspecto fictício, – de véu que esconde a Górgona do poder – mas também a sua necessidade. De um lado, nas palavras resgatadas de um parecer de 1927 da autoria de Kelsen, ao se olhar para as “costas do direito positivo”, “quem descobre o véu e não fecha os olhos é deslumbrado pela Górgona do poder.” (Cf. LOSANO, 2016, p. 631; SOLON, 1997: 203) De outro, nas palavras de Solon, “não se pode prescindir de um ‘principium unitatis’ do sistema, que reconheça o fato da unidade do direito perseverar na diversidade da experiência jurídica e na heterogeneidade de suas fontes.” Ao projetar na “descontinuidade material do direito” uma “identidade formal”, para a ordem jurídica moderna “é como se o tempo não existisse, pois já se produziram todas as ‘mudanças’ de direito intertemporal na norma-origem (única). A norma origem é indiferente ao momento em que estas alterações ocorrem, desde que tudo venha nela se desembocar. Todos os conteúdos normativos potenciais já estão previstos in nuce na norma-origem que fixa as condições de variação do sistema.” (1997: 201-202) Esse talvez seja o mais preciso comentário nunca escrito – inclusive por ser anterior ao texto ao qual o projeto como comentário, algo que não deixa de cometer certa injustiça ao seu autor e à potência de pensamento que se inscreve nessas frases – à enigmática frase de Antonio Negri de que “as constituições podem se suceder, cada tempo tem a sua constituição, mas o tempo deve ser constitucionalizado sempre. E a diversidade entre os tempos deve ser reduzida a zero. O dispositivo desta redução é temporal, a constituição é uma máquina temporal.” (2002, p. 436) Sem esse dispositivo, não é possível projetar a certeza jurídica necessária ao desenvolvimento modernidade. Concomitantemente, na esteira do afirmado por Alexandre, torna-se evidente que existem modos de ser-em-comum que se organizam de outras maneiras, em que suas estruturas vinculativas - prefiro essa expressão, na esteira das indicações formais cunhadas por Heidegger, à utilizada por Alexandre, “elementos deônticos”, porque a logicização das operações da comunidade na manutenção de sua identidade pressupõe a modernidade que ora se quer destacar como insita à clausura da modernidade – não assumem o papel de esquema interpretativo, (KELSEN, 1999: 3-4) interpretando-se e praticando-se de outras maneiras – é o caso dos gregos, por exemplo, que preferiam decisões discricionárias, voltadas para as particularidades das circunstâncias e envolvidos em cada situação prática trazida perante os tribunais da cidade, (Cf. LANNI, 2006) o que deixa vestígio na afirmação de Aristóteles de que a equidade seria um modo mais elevado de justiça que aquela das leis, corrigindo-as em suas deficiências. (1137b-1138a) Isso pressupõe, contudo, que nem tudo precisa ou pode estar, esquemática, prévia e totalmente, sobre controle. (RD)

- 3 Achei interessante que esta é a segunda vez que vejo Kelsen sendo interpretado à luz da ideia de fuga, mas em sentidos muito diversos. Luis Alberto Warat, o professor em que sempre me inspira, certa vez deu um curso sobre Kelsen que se chamava exatamente: Teoria Pura do Direito – Sinfonia e Fuga. A fuga dita por Warat é uma metáfora musical, para tratar das variações que ele estabelecia a partir de Kelsen. Já Ricardo utiliza uma metáfora ligada à pintura. Mas creio que ambos também invocam a polissemia da palavra fuga para acentuar que o normativismo de Kelsen é uma espécie de escape e que nós devemos também escapar das bem montadas armadilhas da teoria pura do direito. (AC)
- 4 Para Kelsen, a validade das normas não passa de uma hipótese epistemológica, uma ficção necessária para o trabalho dos juristas, que pensam o direito como se ele fosse um conjunto de normas válidas, mesmo que essa validade não possa ser fundamentada por meio de argumentos racionais. (AC)

políticas, de tal forma que “os fascistas declararam-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo Do lado comunista ela é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado.” (KELSEN, 1999, p. iv)⁵

Em sua época, Kelsen operou uma espécie de desconstrução epistemológica⁶ em nome da *verdade*, o que o levou a negar científicidade às construções jurídicas existentes e enveredar-se no desenvolvimento de uma teoria verdadeiramente científica sobre o direito. Como um bom relativista, ele não buscou afirmar que sua concepção pessoal de justiça é a *Justiça*, mas atuou vivamente contra a apropriação da idéia de *justiça* pelas ideologias jurídicas, na tentativa de justificar suas próprias opções políticas em um valor objetivo.

A separação kelseniana entre

e seus oficiais, na medida em que aceitam o ponto de fuga, seus “especta-dores”, ou se se permite um desvio à interpretação do autor, espectadores, sem dúvida, que se colocam de costas à pintura. (2002: 214-215)

Contra Kelsen, Joaquim Carlos Salgado (2006: 140-141) escreve que haveria uma “diferença essencial” entre “o produto do ato de autoridade que cria a norma” e a sua aplicação, de modo que, por exemplo, a superioridade esteja no poder constituinte, e não na norma constitucional: “A hierarquia é de órgão, portanto, consequentemente de competência, não de normas, a não ser em sentido figurado, por *sinédoque*.” A “artifiosa construção” da qual o denuncia, contudo,

5 E Kelsen continua: “O seu espírito é - asseguram muitos - aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísta. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita.” (AC)

6 Segundo Derrida, a desconstrução pratica-se segundo dois estilos, que o mais das vezes ela enxerta um no outro. Um assume o ar demonstrativo e aparentemente não-histórico de paradoxos lógico-formais. O outro, mais histórico ou mais anamnésico, parece proceder através de leituras de textos, interpretações minuciosas e genealogias. (2007, p. 37) Parece-me que a parte crítica do discurso de Kelsen se enquadra razoavelmente no primeiro grupo, que aponta as insuficiências lógicas dos discursos hegemônicos e acentua sua base ideológica e mítica. (AC)

justiça e direito, tão criticada pelos que pretendem oferecer um conceito material de direito, é o reflexo da ideia de que a identificação entre “direito e justiça conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva do Estado que constitui tal comunidade.” (KELSEN, 1999, p. 75) Assim, qualquer discurso no sentido de afirmar que o direito é essencialmente justo somente pode ser fundado em um dogmatismo injustificado (quando apela para concepções materiais de justiça, as quais sempre são baseadas em escolhas valorativas não fundamentáveis) ou um discurso vazio (quando apela para um conceito formal de justiça, que a pretexto de dar a cada um o que é seu, apenas naturaliza os valores tradicionais).

Portanto, é a separação entre direito e justiça que mantém o espaço da crítica, na medida em que é essa distância que possibilita a permanente crítica do direito. E esta abertura não é apenas a uma crítica científica ou filosófica (porque a crítica filosófico-científica possível não passa de um desconstrutivismo que mostre a insuficiência de toda dogmática), mas também uma crítica política ou moral, baseada nos padrões valorativos que identificamos como justos.

Assim, a desconstrução que Derrida opera no campo do direito

que sacrificaria a “realidade jurídica” me parece ser mais algo da modernidade no direito, a qual Kelsen interpreta rigorosamente, (SOLON, 1997, p. 53-62) acredito poder escrever com o autor ao lado.

Ou, sendo mais preciso, Kelsen interpreta o direito moderno da perspectiva do *schlemiel*, que não é senão o homem do campo de *Dante da Lei*, ou mesmo Joseph K., de *O Processo*. (ALBERTS, 2013, p. 186) O *schlemiel*, ou o pobre diabo, tem como sua principal característica, segundo Hannah Arendt, a inocência. Em sua inocência, o *schlemiel* na condição de pária, “excluído da sociedade formal e sem qualquer desejo de ser envolvido nela, se volta naturalmente para aquilo que entretém e encanta o povo comum. Compartilhando de seu ostracismo social, ele também compartilha de suas alegrias e tristezas, seus prazeres e suas tribulações.

conduz o seu pensamento por trilhas bastante aproximadas das ideias de Kelsen. Derrida tentou mostrar que o direito fundado é sempre desconstrutível, pois a sua fundação é histórica e seu fundamento é mitológico. Nessa medida, utilizando as chaves de leitura oferecidas por Derrida, podemos entender os jusnaturalismos como tentativas de construir mitologias específicas e os positivismos como uma espécie de construção de muros em torno do seu próprio fundamento, que é assumido como dogma e, portanto, não demanda justificação expressa, mas apenas proteção contra a crítica.

O desconstrutivismo, portanto, tal como a crítica kelseniana contra a ideologização da ciência jurídica, pode ser dirigido contra as duas concepções jurídicas mais tradicionais. Porém, contrariamente ao que podem pensar os juristas que têm seu discurso atacado pelos desconstrutivistas, Derrida afirma que o fato de o direito ser desconstrutível não é uma infelicidade, pois é justamente aí que se encontra a *chance política de todo o progresso histórico*, pois é sempre possível estabelecer contra-discursos apoiados nas fissuras e contradições do discurso jurídico-político hegemônico. Assim, a desconstrução gera um momento de “suspeição da credibilidade dos dogmas

Ele se volta, de fato, do mundo dos homens e seus costumes para a recompensa aberta e sem limites da terra” (2007, p. 278). Mais ainda, “os párias sempre representam, numa sociedade baseada em privilégios, orgulho do nascimento e arrogância do título, a verdadeira humanidade, o especificamente humano, o destacado da generalidade. A dignidade humana, o respeito à pessoa que o pária descobre instintivamente, é o único estágio preliminar natural para o conjunto da estrutura moral universal da razão.” (1994, p. 176)

Gostaria de sugerir que essa relação do pária com a humanidade diante da desumanidade da sociedade continua e se intensifica, na verdade, ao invés de desaparecer quando os costumes que sustentavam a vida europeia dão lugar, ainda seguindo a metafórica de Arendt, ao deserto que permite a ascensão do totalitarismo.

e, com isso, abrindo o espaço *em que transformações, ou mesmo revoluções jurídico-políticas, têm seu lugar.*" (DERRIDA, 2007, p. 33)

Mas o que move o desestrutivista a promover esse discurso não é a simples consciência da inverdade, mas a exigência de um acréscimo de justiça, baseada na experiência de *uma inadequação ou de uma incalculável desproporção entre direito e justiça*. Por isso, Derrida se pergunta "por que, enfim, onde encontraria a desestruturação a sua força, o seu movimento ou a sua motivação senão neste apelo sempre insatisfeito, para além das determinações dadas do que se chama em contextos determinados, a justiça, a possibilidade da justiça?" (2007, p. 33)

A consciência de que o direito nunca é a realização do mundo da própria justiça pode conduzir tanto ao niilismo de um sono dogmático (de um relativismo que se torna conservador na medida em que justifica sua inércia pela possibilidade da justiça no mundo) quanto à exigência ativa de que o direito se torne mais justo (o que leva a um desestrutivismo consciente e que se sabe engajado em uma concepção de justiça que não pode justificar, mas que mesmo assim o move). Como o desestrutivismo propugnado por Derrida é sempre o do segundo tipo,

(1973, p. 466; 2005, p. 344, 348) De imediato, a ilacionar Arendt e Kelsen, poder-se-ia evocar a franca constatação de Weber, uma fonte de leitura em comum para os dois autores, no tocante a burocracia: "A burocracia é desenvolvida mais perfeitamente o quanto mais é 'desumanizada,' o quanto mais completamente ela sucede em eliminar dos assuntos oficiais amor, ódio e todos os elementos puramente pessoais, irracionais e emocionais que escapem ao cálculo." (1978, p. 975) Em suma, quando a pessoa é transformada em um ponto de imputação. (KELSEN, 1999: 64-70) Weber continua, contudo, e destaca a importância do segredo para a construção da calculabilidade – a "tendência ao segredo" como uma consequência de sua "natureza objetiva": "A administração burocrática sempre tende a excluir o público, a esconder seu conhecimento e ação de qualquer critismo o melhor que pode." (1978, p. 992)

ele chega mesmo a identificar desconstrução e justiça. (2007, 26)

Essa enigmática identificação me parece indicar as duas opções valorativas centrais do texto, cada um delas ligada com um dos polos da relação de igualdade. A primeira, centrada na ideia de que a *desconstrução é justiça*, tem a ver com o a noção de que o desconstrutivismo deseável tem por objetivo o incremento de justiça, em uma clara rejeição ao nihilismo paralisante e uma vinculação do desconstrutivismo com o rompimento da inércia. Porém, também é preciso que nos concentremos na linha de que a *justiça é desconstrução*, pois é ela que nos leva mais longe, no sentido de estabelecer um conceito de justiça que não caia nem no vazio formalista nem no essencialismo dogmático. Derrida acentua reiteradamente que o direito é desconstrutível porque é *construído*, o que indica que a justiça não é desconstrutível porque ela própria *não é construída*.

A justiça que é desconstrução não pode ser reduzida a um sistema dogmático nem cabe em uma descrição fechada, pois ela é sempre abertura para o novo e para a diferença. Isso não quer dizer, porém, que não se possa praticar atos em nome da justiça: isso nós o fazemos a cada momento, pois a justiça

Ainda nesse sentido, é essa mesma objetividade que leva a burocracia a desprezar normas gerais e a preferir a “canonização da abstrata e ‘objetiva’ ideia de ‘razão de estado.’” (1978, p. 979) Assim, ainda que decretos sejam hodiernamente usados por todos os governos em tempos de emergência, Arendt argumenta, sendo a emergência então sua “clara justificação e automática limitação”, na burocracia os decretos aparecerem puramente despídos, como “a encarnação do poder ele próprio”, envoltos tão somente com as circunstâncias sempre em mudança, de exclusivo domínio do especialista, a culminar na “ignorância cuidadosamente organizada” em que todos os administradores buscam deixar os administrados. (1973, p. 243-244) Essa estrutura, tal qual a própria tirania, termina por isolar o burocrata da realidade. Isolamento que rende vantagens notáveis e uma eficiência claramente superior do governo por decreto

pretende realizar-se em cada uma das nossas ações, especialmente naquelas que instituem ou aplicam normas jurídicas. Portanto, para que uma decisão jurídica seja justa, não basta que ele seja *conforme a lei*, mas é preciso que ela ponha em suspenso a validade da lei, para, “em cada caso, reinventá-la, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre do seu princípio.” (2007, p. 38)

A aplicação da justiça, portanto, exige uma constante reinvenção que é incompatível com a sua redução a um sistema dogmático de normas e valores a ser aplicado. Assim, a redução da justiça a um sistema de direito natural, tanto quanto a redução positivista da validade à vigência, é uma espécie de negação da própria possibilidade de desconstrução, pois considerar que determinadas normas ou valores são intrinsecamente justos significa impedir a sua crítica a partir de um padrão exterior a eles mesmos: tais parâmetros não são medidos com a régua da justiça, mas são considerados os próprios critérios do justo.

Para usar uma metáfora de Deleuze e Guattari, a justiça é como movimento infinito, de tal forma que ela não pode ser retida em um determinado tempo histórico sem

da burocracia se em comparação às demais formas. Isso se dá, na interpretação de Arendt, por um motivo simples: sua ignorância de todos os estágios intermediários entre promulgação e aplicação, somada à retenção de informação, constitutiva da aura pseudomítica de segredo tão característica das burocracias, em que o povo nunca pode saber o que está acontecendo, privado da possibilidade de qualquer interpretação racional e, então, da própria capacidade de pensar politicamente. (1973, p. 244-245)

A calculabilidade configurada pela burocracia exige sua absolutização – a exclusão de qualquer exterioridade, de qualquer fora, ou melhor dizendo, de qualquer contratempo. Ao ser lido cuidado-samente, é possível sugerir que Kelsen, mesmo e já na *Teoria Pura do Direito*, não faz nada senão inscrever um limite à máquina do direito moderno, ao inscrever “um

se desnaturar. Ela é o constante movimento no sentido do novo, uma exigência perpétua de uma justificação que se sabe de antemão impossível, pois nenhuma decisão pode se colocar como justa sem implicar a paralisia do movimento da justiça.

Dessa forma, nenhuma decisão que pretende realizar a justiça pode se dizer puramente justa. Em vez de “justo”, pode-se dizer legal ou legítimo, em conformidade com o direito, regras e convenções que autorizam o cálculo, mas com um direito cuja origem fundadora mais não faz do que arremediar o problema da justiça. Porque no fundamento ou na instituição desse direito, o próprio problema da justiça terá sido posto, violentamente resolvido, quer dizer, enterrado, dissimulado, recalculado. (2007, p. 39)

A justiça desconstrutivista, portanto, é paradoxal, na medida em que exige o impossível, mas somente no processo de realização de sua impossibilidade é que ela se pode encontrar.

Essa justiça não se deixa aprisionar em sistemas dogmáticos de moralidade, de legitimidade ou de direito natural, o que a converteria em um construto social pseudo-fundamentado. Essa justiça sempre em aberto, portanto, está sempre a construir, e é

mínimo de liberdade” na sua operatividade, enquanto subjetividade interpretativa que o sistema precisa e, não obstante, apaga em seu funcionamento – ao garantir a permanência absoluta do sentido objetivo jurídico. (1999: 32-39)

Essa subjetividade sempre se excede, contudo, e daí o “mínimo de liberdade” advogado por Kelsen, quer dizer, o fato de que estaria “sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição. Mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito insto do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana.” (1999, p. 30-31) Acredito ser difícil negar o

isso que a torna indesconstrutível. O direito é construído porque ele provém de um processo histórico que lhe atribui tanto forma quanto conteúdo, e é o caráter mitológico da fundamentação desse conteúdo que a desconstrução aponta a todo momento.

A justiça, porém “*infinita, incalculável, rebelde à regra, estranha à simetria, heterogênea e heterotrópica*” (2007, p. 36) não é conteúdo, mas puro movimento: ela é um não-construído porque é um não-lugar; ela não está em lugar nenhum porque está sempre além. Toda vez que afirmamos a identificação da justiça com um determinado grupo de valores, essa justiça será construída e histórica, tal como o direito. Porém, ela deixará de ser a justiça propriamente dita, na medida em que a abertura para a justiça implica uma abertura constante para a desconstrução.

Não obstante, a justiça pretende realizar-se no mundo, o que exige de nós que tomemos decisões justas, mesmo sabendo que isso é impossível, na medida em que a justiça é incalculável e, portanto, indecidível. Assim, é

estilo messiânico dessas palavras inscritas no começo da *Teoria Pura do Direito*.

No mesmo sentido, gostaria de arriscar interpretá-las como a indicar algo que Weber, em um excuso imprevisto e posto no meio da discussão sobre a lógica da burocracia moderna, chama, entre aspas, de “justiça empírica.” (1978, p. 976) Devo confessar sua ironia. Minhas investigações, como eu as comprehendo, são exclusivamente filosóficas. Alexandre, muito embora pratique esse modo de ser em diversos textos, como foi o caso desse ao lado que ora se retoma, há algum tempo se destaca na comunidade jurídica como um crítico numerológico do Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, um árduo defensor da importância da pesquisa empírica no direito⁷. Como os recursos são finitos, o pesquisador empírico bem

7 O texto de Derrida contém uma instabilidade semântica no termo violência, que tanto pode significar violência mesmo quanto ser uma tradução de Gewalt, que é ao mesmo tempo violência e violência legítima, como já foi dito anteriormente. Nesta segunda parte do texto, a instabilidade se acirra, o que me levará a entender como autoridade alguns dos pontos que Derrida chama de violência, para facilitar a compreensão dos meus argumentos (o que implica, obviamente, o risco de distorcer demasiado o pensamento de Derrida, mas creio ser esse um risco que precisa ser corrido). (AC)

inescapável o decidir (porque sem uma decisão *nenhuma justiça se torna efectiva e se determina na forma do direito*), mas uma indecidibilidade essencial aloja-se em cada decisão como um fantasma, que “desconstrói do interior toda e qualquer segurança de presença, toda a certeza ou toda a pretensa criteriologia que nos asseguraria a justiça de uma decisão.” (2007, p. 41)

As regras de hermenêutica, as regras de argumentação, a racionalidade do discurso, a literalidade da norma, a finalidade social, a vontade do legislador, nenhuma desses conceitos que buscam dogmatizar a justiça tem a capacidade de afastar a assombração da indecidibilidade essencial. Entretanto, é preciso enfrentar a aporia de decidir o indecidível, pois a desestruturação pretensões da certeza de uma justiça presente é feita *a partir de uma “ideia de justiça infinita”, e infinita porque irredutível, e irredutível porque devida ao outro* como uma exigência pura e não como um cálculo de retribuição. (2007, p. 41)

Mais do que isso, é preciso decidir imediatamente, pois a justiça tem uma urgência aporética: a inabilidade da decisão indecidível e sem garantias de correção. Pode ser temível a consciência de que a decisão

o sabe melhor que o filósofo, há uma preponderância cada vez maior, e as vezes até no próprio Alexandre, de preferir pesquisas empíricas a investigações filosóficas no mundo do Direito. Contudo, Weber assim escreveu, muito embora eu esteja claramente fazendo um seu uso catacrético, e articulá-la não deixa de querer admitir, de um jeito ou de outro, que o filosofar deve se pensar como interpretação, indo além da contraposição entre empiria e conceito, como interpretação desconstructiva, (CAPUTO, 1997, p. 76) que se advoga liberdade, e também responsabilidade, muito maior para com seus textos do que pode se permitir o modo de ser paradigmático da ciência. Esse cuidado para com o problema dessa contraposição, bem como o lugar do filosofar no atual contexto acadêmico, se encontra articulado de maneira especial em Derrida (1998, p. 162): “A ruptura é radicalmente empíricista. Ela procede como um pensamento errante à possibilidade de itinerário e método.

é um salto no escuro, mas isso não justifica a sua postergação para um tempo futuro. Tampouco se justifica a negação do caráter cortante do decidir, por meio da instituição mitológica de critérios dogmáticos que tirem de nossas costas a responsabilidade pelo corte envolvido em cada decisão.

Esse é o motor inconfessável de toda dogmática: livrar nossa consciência do peso que a nossa decisão impõe aos outros, e com isso conquistar sua obediência passiva. Contra essa má-consciência Nietzsche se ergueu, no que foi seguido pelos existencialistas como Sartre (que praticamente elegem a má-fé como o único pecado mortal) e tudo isso reverbera no discurso de Derrida, que insiste na negação simulânea do niilismo e do dogmatismo. E é como se toda essa tradição gritasse: afirmar a indecidibilidade não é negar a decisão! E a ignorância sobre os critérios e as consequências não afasta a urgência do decidir!

A resposta relativista às acusações de conservadorismo (feitas a Derrida, como a Camus e a Sartre) é a de que as perspectivas modernas somente sabem agir justificando a violência em critérios ilusórios de justiça. Mas, como afirmou Lyotard em sua tese sobre pós-modernidade,

Ela é afetada por um não-conhecimento bem como pelo seu futuro e se aventura fora deliberadamente. Eu próprio defini essa forma e vulnerabilidade desses empiricismo. Mas aqui o próprio conceito de empiricismo se destrói.”

Por isso, aquilo que Derrida escreve e que Alexandre comenta a respeito, de um lado, da imediaticidade da justiça, e de outro, de sua imprevisibilidade, me parecem poder ser interpretáveis também como a indicar uma “justiça empírica” – especialmente se precedida da presente discussão que não deixa de inscrever de maneira mais marginal que sistemática, admito, *pace* Alexandre, a historicidade da força de pária e *schlemiel* que mobiliza a economia textual da obra assinada por Hans Kelsen. Ainda em meu favor, dificilmente o protocolo de leitura ora realizado estaria à mão de um historiador ou seria possível a partir de uma metodologia de história intelectual – como exatamente me indagou um

passou o tempo do luto, em que estávamos paralisados pela ausência de critérios objetivos que justificassem nossas intervenções nas vidas das outras pessoas. A inexistência de regras objetivas somente é fator de paralisia para quem ainda deseja exercer a violência com base em uma justiça ilusoriamente objetiva.

O que a consciência da artificialidade dos valores impõem não é o *niilismo*, mas um alto grau de *reflexividade*: a justiça relativista dos pós-modernos exige que a cada passo nós re-instituamos as regras em nome das quais decidimos, em um agir cuja justiça não pode ser garantida por nenhum saber enquanto tal. Não é o conhecimento e a racionalidade que nos conduzem à justiça, pois ela é sempre indecidível e o agir implica um salto sem garantias.

A incerteza não pode ser transformada em náusea paralisante. “Este excesso da justiça em relação ao direito e ao cálculo, este transbordamento do inapreensível em relação ao determinável, não pode e não deve servir com álibi para o alheamento das lutas político-jurídicas.” (2007, p. 46) A justiça incalculável manda calcular, “negociar a relação entre o calculável e o incalculável, e negociar sem regra

deles ao ouvir a proposta de que Kelsen e Kafka, como juristas, judeus e austríacos inseridos na estrutura administrativa do Império Austro-Húngaro, ganhariam algo com uma leitura contraposta, “*Kelsen and Kafka, isn't that a bit too much?*” À calculabilidade da ciência falta imaginação – como uma necessidade para que se possa falar em progresso, argumentou-o rigorosamente Gyorgy Markus. (1987, p. 9-14) *Pari passu*, o mínimo de liberdade e sua inscrição como justiça empírica se fazem em resistência, no contratempo, à falta de imaginação da permanência intemporal do direito moderno.

Essa interpretação pode ser, como de fato vem, anotada às margens das escolhas que Alexandre faz para retomar a leitura de Derrida no tocante à distinção, assim traduzida por Alexandre, entre autoridade mítica e autoridade divina. Afinal, prefere-se abordar essas categorias diretamente

que não esteja por re-inventar," (2007, p. 47) tanto ali onde estamos quanto para além das zonas identificáveis. Assim, as aporias da justiça devem ser encaradas como uma abertura desestrutiva que possibilite a própria realização da justiça no mundo, para além de todas as metafísicas dogmáticas que buscam fundamentações míticas para suas certezas ilusórias.

Por tudo isso, Derrida afirma que se pode reconhecer na justiça uma espécie de loucura e talvez uma outra espécie de mística e que a desconstrução é louca por essa justiça. Louca por esse desejo de justiça. Uma tal justiça, que não é o direito, é o próprio movimento da desconstrução a operar no direito e na história do direito, na história política e na história "tout court", antes mesmo de se apresentar como o discurso que assim se intitula na academia ou na cultura do nosso tempo – o "desconucionismo".

Com isso, Derrida reafirma a identidade entre justiça e desconstrução para, com base nela, opor-se ao senso comum que tenta fundamentar dogmaticamente o direito na justiça, retirando da justiça o seu potencial desestrutivo mediante a sua redução a um parâmetro de *fundamentação mitológica* da autoridade legítima. Em

a partir de sua relação para com a realidade efetiva do Estado Moderno. Em outras palavras, acredito que Alexandre interprete Derrida interpretando Benjamin com vistas a desvelar a lógica da imperatividade do direito na modernidade.

Se se volta, mais uma vez, para a distinção proposta por Ferraz Jr. entre interpretabilidade e dogmaticidade, isto é, o fato de que o discurso jurídico é atravessado por uma "dupla ambiguidade", ao mesmo tempo "albergando múltiplos sentidos", mas "também imponível sem discussões", (2006, p. 47) ao contrastá-la com o tratamento oferecido páginas depois a respeito da imperatividade, enquanto "qualidade pragmática do discurso normativo, através da qual a norma se adapta a mudança e desvios em razão de uma estabilidade conhecida, constituindo um padrão de ordem superior caracterizado pelo rompimento e reconstrução de um padrão aplicável a maiores unidades

tempos de juízes neoconstitucionalistas que se enxergam como *vanguarda* e justificam suas próprias decisões em termos de sua “função iluminista”, parece que a importância dessa crítica desconstrutivista é renovada.

C-ENTRE VIOLENCIA E AUTORIDADE

O direito se assenta na violência, mas não em qualquer violência.⁸ No momento instaurador de uma ordem jurídica, que sempre é revestido de um caráter jusnaturalista, o que instaura o direito não é uma *pura força*, mas uma *força que se pretende legítima* e que, portanto, utiliza-se da violência como instrumento de realização da justiça.

A violência revolucionária é um meio, e não um fim em si mesmo, pois o que lhe confere sentido é justamente estar a serviço de uma determinada ordem valorativa. Assim, toda ruptura revolucionária é violenta, mas a violência revolucionária não pode ser julgada justa ou injusta, dado que a justiça não está no *meio* de ruptura (que é a força utilizada), mas nas razões e finalidades da revolução, as quais conferem

de tempo,” em que “qualquer desvio” é contrabalanceado a longo prazo (2006, p. 131) – ou, se se preferir uma metáfora mais corrente na atualidade da linguagem jurídica brasileira, quaisquer desvios desaparecem quando o Direito, em sua violência, é interpretado sob sua melhor luz (a indicar, justamente, a imperatividade do Império do Direito) – tem-se um valioso paralelo àquilo que Alexandre se projeta na terceira parte desse texto.

Paralelo que me suscita a destacar o que parece ser, no contexto de retomada desse texto, em volume que se insere em uma coleção voltada a entender as experiências jurídicas nos 30 anos da Constituição, a sua contribuição mais importante. De fato, o centro de meu comentário se dirigi a essa seção. Lê-se que os “representantes da ordem jurídica

8 O texto de Derrida contém uma instabilidade semântica no termo violência, que tanto pode significar violência mesmo quanto ser uma tradução de Gewalt, que é ao mesmo tempo violência e violência legítima, como já foi dito anteriormente. Nesta segunda parte do texto, a instabilidade se acirra, o que me levará a entender como autoridade alguns dos pontos que Derrida chama de violência, para facilitar a compreensão dos meus argumentos (o que implica, obviamente, o risco de distorcer demasiado o pensamento de Derrida, mas creio ser esse um risco que precisa ser corrido). (AC)

um sentido político e moral ao uso da força. Porém, como veremos adiante, tampouco a autoridade revolucionária não pode ser devidamente julgada ao seu tempo, embora por outros motivos.

Para os jusnaturalistas, o recurso violência legítima *não coloca qualquer problema, visto que os fins naturais são justos*. Ao positivismo, contudo, na medida em que pressupõe a legitimidade da ordem jurídica positiva, falta um critério jurídico capaz de avaliar a justiça do uso da força. Isso ocorre justamente porque o positivismo se limita a avaliar a legalidade da força (que converte a violência em coerção), atribuindo ao campo da política ou da moral o julgamento acerca da legitimidade da violência.

Todavia, apesar das diferenças de enfoque, positivismo e naturalismo partilham a mesma pressuposição dogmática de que *é possível atingir fins justos a partir de meios justos*. A diferença é que o jusnaturalismo se esforça para justificar os meios violentos através da justiça dos fins que lhe inspiram (assentando a legitimidade da força sobre a justiça dos pressupostos), enquanto o positivismo se esforça para garantir uma sociedade mais justa na medida em que permite apenas a aplicação da força legalmente permitida.

De um lado ou de outro, porém,

hegemônica têm consciência de que ela foi instituída mediante um ato de violência fundadora.” O que a norma fundamental faz, enquanto ponto de fuga, é justamente encobrir, de maneira antecipada e exclusionariamente, a possibilidade mesma dessa consciência. Na operação da imperatividade se transforma, sempre já, violência em razão. Alexandre tem toda razão ao escrever, com enorme precisão, que “poder constituinte originário” é nome que se dá não ao poder que cria a Constituição, mas ao poder que a criou. A lógica desse “futuro anterior” não é outra senão a do “pondô de fuga”, que inscreve no evento fundador uma programação absoluta que o suspende na sua eventualidade – passa-se do extraordinário para o excepcional, em que a decisão deixa de ser enquanto tal e é apresentada, soberanamente, como uma possibilidade sempre já efetiva de manutenção da ordem. (DERRIDA, 2005b, p. 68-69)

a explicação somente é bem sucedida quando há uma presença concomitante de *fins justos e meios justificados*. Assim, por pressupor a justiça do direito natural, o jusnaturalismo é cego para o fato de que certos meios de sua aplicação não são hábeis a realizar justiça. Já o positivismo, ao pressupor a legitimidade dos meios, perde de vista que a aplicação de normas vigentes pode conduzir a injustiças flagrantes.

Nessa medida, ambas as perspectivas terminam por operar uma *fundamentação mítica* da autoridade, seja assentando a autoridade da lei em valores justos *em si* (e que, portanto, não podem ser questionados), ou pela simples vedação dogmática de seu questionamento jurídico (o que, no fundo, é uma espécie de jusnaturalismo manco, que coloca a obediência à lei como único valor *em si*, como único dogma). De um lado ou de outro, está presente o que Benjamin chama de *autoridade mítica*:⁹ uma autoridade em nome do qual se justifica a validade de um direito, transmutando *pura força* em *força legítima*.

Essa autoridade mítica, que justifica o emprego legítimo da violência, tem uma potência fundadora,

Interpretar a imperatividade do direito moderno como “uma espécie de amnésia” é talvez a melhor maneira de apreender o fato de que o guardião da lei se encontra de costas para ela. Entretanto, a força dessa interpretação implica na correção da denúncia de parágrafos atrás. Os representantes da ordem jurídica hegemônica não tem, sequer, consciência. A desumanização da burocracia engendrada pelo direito moderno exclui a humanidade, seja dos governantes, seja dos governados, na medida em que instaura essa distinção de maneira absolutamente incontornável – em outras palavras, a “aquisição evolutiva” da Constituição implica no fim do direito de resistência, interpretado retrospectivamente, a partir do passado presente da atualidade do direito, como o problema que lançou a Europa em um século de guerras civis. A imperatividade opera reduzindo a multiplicidade de sentidos

9 Contrariamente à tradução portuguesa, optei por utilizar autoridade e não violência, por considerar que ela transmite melhor o sentido de Gewalt descrito por Derrida. (AC)

pois em seu nome se justificam não apenas atos voltados à manutenção de uma ordem jurídica, mas principalmente atos que visam a sua derrubada revolucionária. Isso faz com que o Estado reivindique o monopólio da autoridade fundadora, não para proteger alguns fins justos e legais, mas para proteger sua própria autoridade contra uma contestação radical.

O Estado lida relativamente bem com a violência cometida pelos criminosos, mesmo com aquela do crime organizado, pois a existência do crime inclusive reforça a autoridade estatal, na medida em que justifica a sua existência. A criminalidade pode lhe dar trabalho (no duplo sentido de exigir esforço e justificar sua existência), pondo em xeque a eficiência de alguns programas de governo, mas não a própria legitimidade da autoridade estatal.

Porém, o Estado suporta mal a prática de atos violentos quando a violência é justificada por uma autoridade que se pretende fundadora de direitos, tal como ocorre nas greves ilegais, nos movimentos separatistas ou no MST. Esses casos, na medida em que atacam a própria legitimidade estatal, fazem com que a ordem jurídica não os qualifique apenas como *criminoso*, mas também como

no instante em que o sistema jurídico precisa se abrir para tanto por uma questão de legitimidade. Abre-se a porta para fechá-la, não sendo outro esse o movimento da soberania. A soberania é indivisível. Essa indivisibilidade, escreve Derrida, “é excluída, por princípio, de ser compartilhada, do tempo e da linguagem. Do tempo, da temporalização que ela infinitamente contrai e, assim, paradoxalmente, da história. De um certo modo, então, a soberania é ahistórica; ela é o contrato contraído com uma história que se retrai no evento instantâneo da exceção decisiva, um evento que é sem qualquer densidade temporal ou histórica. Como um resultado, a soberania se retira da linguagem, que sempre introduz um compar-tilhamento que univer-saliza.” (2005a: 101) Diante dessa programação absoluta, todo ato interpretativo assume, para terminar com Weber, um ar de ruptura profética. (1978: 976)

sub-versivo ou *terrorista*, na medida em que a pretensão de legitimidade torna o uso da força não apenas um desafio ao Estado, mas uma contestação das bases de sua autoridade.

Por isso, Derrida afirma que “o Estado tem medo da violência fundadora, isto é, capaz de justificar, de legitimar ou de transformar relações de direito, e portanto se apresentar como tendo um direito ao direito.” (2007, p. 64) E esse temor vem justamente do fato que a violência fundadora que contesta a autoridade estatal tem exatamente a mesma natureza da violência fundadora que o constituiu.

Os representantes da ordem jurídica hegemônica têm consciência de que ela foi instituída mediante um ato de violência fundadora, que a mitologia constitucional contemporânea tipicamente chama de *revolução*, enxergando nela o exercício de um *poder constituinte originário* (conceito que permite o milagre da conversão da violência fundadora em autoridade jurídica). Porém, por mais que os atos revolucionários sejam praticados em nome do direito, não se trata do direito posto, mas de um direito do porvir, que uma vez instalado, *justifica retrospectivamente* a violência fundadora.

Assim, *poder constituinte originário* não é o nome que damos ao *poder de criar* uma constituição, mas ao *poder que criou* a constituição: portanto, a autoridade desse poder é medida pela sua eficácia, o que faz com que sua legitimação tenha sempre um caráter retroativo. Nessa medida, todo exercício de autoridade fundadora não tem lugar no presente, mas em uma espécie de *futuro anterior*, uma antecipação de um futuro que legitimaria retrospectivamente os atos revolucionários, que são sempre violentos, mesmo quando não são ocorrem os “genocídios, expulsões, deportações em espetaculares com que tão amiúde são acompanhadas a fundação dos Estados, grandes ou pequenos, antigos ou modernos, perto ou longe de nós.” (2007, p. 95)

Essa antecipação do futuro é sempre incerta, mas sua presença fantasmagórica é constante nos períodos revolucionários, cuja violência instituinte é *ininterpretável e indecifrável*, justamente na medida em que é impossível justificá-la ou combatê-la a partir dos valores

presentes, dado que sua fundamentação é sempre retrospectiva. O momento revolucionário “é, no direito, uma instância do não-direito”, motivo pelo qual ninguém pretende que o poder constituinte originário seja um poder jurídico. Porém, toda a história do direito é atravessada por esses momentos de suspensão, “no qual a fundação do direito permanece suspensa no vazio ou por cima do abismo, suspensa de um ato performativo puro que não teria contas a dar a ninguém e diante de ninguém.” (2007, p. 66) E é justamente porque essa violência originária não se deixa apreender no presente que sua fundação adquire um caráter místico: desta violência fundadora, “só o porvir produzirá a inteligibilidade ou a interpretabilidade”.

Há casos em que esse momento de suspensão se prolonga por gerações, durante as quais não se sabe se o ato performativo da fundação violenta de um Estado foi efetivamente conseguido, mas é somente no momento da consolidação da ordem criada que se opera o milagre da fundamentação retrospectiva, que confere sentido jurígeno à violência fundadora. Uma tal interpretação será mediada sempre por uma espécie de autolegitimação, realizada por um discurso interpreta a violência originária como exercício de uma autoridade originária, e que nos Estados democráticos é feito mediante a conversão retrospectiva daquebra da ordem em exercício de poder constituinte originário.

Porém, a legitimação retrospectiva termina por gerar uma espécie de amnésia, caracterizada pela substituição da violência originária por uma representação de autoridade legitimada *ex post factum*, que faz com que as modernas democracias parlamentares vivam no esquecimento da violência de que nasceram, sempre em busca de criar modelos de legitimidade que ocultem a ligação direta entre direito e violência.

Mas ocorre que, uma vez instaurada, a violência instituinte converte-se em uma violência conservadora, cuja principal função é justamente evitar que uma nova violência fundadora seja perpetrada. Essa violência derivada, ao contrário da originária, é praticada em nome do direito, em nome da força da lei. O direito, assim, reverbera o imponderável da violência originária, de tal forma que a violência é parte

constitutiva de sua própria natureza. Portanto, o direito não é uma contenção da violência justificada pela justiça, nem como exercício de uma autoridade fundada em uma autoridade fundante, mas como um prolongamento da violência originária, representada pela violência conservadora. Portanto, “na sua origem assim como no seu fim, na sua fundação e na sua conservação, o direito é inseparável da violência, imediata ou mediata, presente ou representada” (2007, p. 85)

E todo esse processo de desconstrução das relações entre direito e violência leva Walter Benjamin a afirmar contundentemente que “é preciso rejeitar toda a autoridade mítica, a autoridade fundadora do direito, que se pode chamar autoridade governante. É também preciso rejeitar a autoridade conservadora do direito, a autoridade governada que está ao seu serviço.” (2007, p. 85) É preciso rejeitar essa autoridade que é apenas meio, na medida em que ela contribui para fundamentar mítica e retrospectivamente os valores constitutivos de uma ordem jurídica violentamente instituída.

Até esse ponto, o argumento desconstrói a própria possibilidade de se pretender que haja uma revolução justa, o que contraria o caráter revolucionário do pensamento do próprio autor. Assim, realizada a desconstrução da autoridade mítica fundadora, Walter Benjamin realizar uma reviravolta, apontando ser possível romper a identificação entre direito e autoridade que está na base da fundamentação mitológica. “Se, para além do direito, a autoridade vê seu estatuto assegurado como autoridade pura e imediata, isso provará então que a autoridade revolucionária é possível.” (2007, p. 96)

Essa autoridade pura, como a justiça pura, precisaria ser infinita e indecidível, o que torna impossível ao homem saber se, em um caso específico e presente, a autoridade revolucionária é *pura*, se ela é uma autoridade *em si*, para além de uma autoridade derivada de um direito mítico. Uma tal autoridade se aproximaria da autoridade divina, que é a mais justa, a mais efectiva, a mais histórica, a mais revolucionária, a mais decidível ou a mais decidinte. Mas enquanto tal, ela não se presta a nenhuma determinação humana, a nenhum conhecimento

ou certeza decidível de nossa parte. (2007, p. 97)

Essa autoridade pura, como a autoridade divina, é a única que pode ser chamada de soberana, na medida em que “é *insignia e selo, e nunca meio de execução.*” (2007, p. 97) Essa autoridade não é uma construção mítica retrospectiva, mas uma afirmação em si mesma, que existe para além e contra o direito instituído, significando o exercício de uma autoridade presente e não o exercício de falsa representação de autoridade.

E aqui novamente uma aporia como a apontada na desconstuição das relações entre direito e justiça: a autoridade autêntica é pura, mas sobre ela não temos conhecimento certo, nunca sabemos o que está presente em um determinado movimento histórico é a autoridade pura ou apenas o seu simulacro. A certeza somente está no campo da autoridade mítica, mas esse é um conhecimento seguro sobre um campo estruturalmente indecidível, pois trata-se apenas de uma segurança acerca do que é misticamente fundado.

Assim, *sob uma ou outra forma, o indecidível está de cada lado, e é a condição violenta do conhecimento ou da ação:* a ação revolucionária é feita sem a certeza de que se trata do exercício de uma autoridade pura e o conhecimento sobre a autoridade estatal mística e, portanto, indecidível. Portanto, a conclusão do argumento desestruturativo de Walter Benjamin não é a negação da possibilidade da revolução justa, nem a afirmação de critérios para identificá-la, e sim um desenvolvimento do indecidível que permeia sempre o nosso posicionamento acerca de praticarmos ou julgarmos um ato de instituição violenta de uma ordem simbólica.

Porém, o estilo desestruturativo vale mais pelo que ele descontorna em seu caminho do que pelas conclusões que afirma, especialmente porque, como afirma o próprio Derrida, “os discursos desestrutivos, tais como eles se apresentam na sua irredutível pluralidade, participam de forma impura, contaminante, negociada, bastarda e violentam em todas as filiações da decisão e do indecidível.” (2007, p. 98) E, na

travessia desconstrutiva construída ao retrair os passos Walter Benjamin, Derrida aponta as aporias contidas nas teorias hegemônicas de justificação do poder jurídico, especialmente a miraculosa transmutação de *violência* em *autoridade*, que constitui a fundamentação mística de toda ordem jurídica constituída.

REFERÊNCIAS

- ALBERTS, Paul. Knowing Life Before the Law: Kafka, Kelsen, Derrida. In: MORAN, Brendan; SALZANI, Carlo. (eds.) *Philosophy and Kafka*. Londres: Lexington Books, 2015, p. 179-197.
- ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. Nova Iorque: Harcourt, Brace & Joanovich, 1973.
- ARENDT, Hannah. *Rahel Varnhagen: a vida de uma judia alemã na época do Romantismo*. Trad. de Antônio Trânsito e Gernot Kludasch. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- ARENDT, Hannah. On the nature of Totalitarianism: An essay in Understanding. In: *Essays in Understanding, 1930-1954: Formation, Exile and Totalitarianism*. Ed. Jerome Kohn. Nova Iorque: Schocken, 2005, p. 328-360.
- ARENDT, Hannah. The Jew as Pariah: A hidden tradition. In: *The Jewish Writings*. Ed. por Jerome Kohn. Nova Iorque: Schocken, 2007, p. 275-297.
- BENNIGTON, Geoffrey; DERRIDA, Jacques. Jacques Derrida/Circumfession. Trad. de Geoffrey Bennington. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.
- CAPUTO, John. A Commentary: Deconstruction in a Nutshell. In: *Deconstruction in a Nutshell: A conversation with Jacques Derrida*. Ed. por John D. Caputo. Nova Iorque: Fordham University Press, 1997.
- CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. Introduction. In: CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel; CARLSON, David Gray. (eds.) *Deconstructions and the possibility of justice*. Nova Iorque: Routledge, 1992.
- CHUERI, Vera Karam. Constituição radical: uma ideia e uma prática. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 58, p. 25-36, 2013.
- DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Trad. de Leyla Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DERRIDA, Jacques. Forza e significazione. In: *La Scrittura e la differenza*. Trad. De Gianni Pozzi. Torino: Giulio Einaudi editore, 1990.
- DERRIDA, Jacques. Before the law. In: *Acts of Literature*. Ed. por Derek Attridge. Nova Iorque: Routledge, 1991, p. 181-220.
- DERRIDA, Jacques. *Of Grammatology*. Trad. de Gayatri Chakravorty Spivak. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1998.
- DERRIDA, Jacques. *Rogues: Two essays on Reason*. Trad. de Pascale-Anne Brault e Michael

- Nass. Stanford: Stanford University Press, 2005a.
- DERRIDA, Jacques. *The Politics of Friendship*. Trad. de George Collins. Nova Iorque: Verso, 2005b.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- HEGEL, G. W. F. *Outlines of the Philosophy of Right*. Trad. de T. M. Knox. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2012.
- HODDER-WILLIAMS, Richard. The strange story of Judge Robert Bork and a vacancy on the United States Supreme Court. *Political Studies*, v. 36, n. 4, p. 613-637, 1988.
- FINE, Robert. *Political Investigations*: Hegel, Marx, Arendt. Londres: Routledge, 2001.
- KELSEN, Hans. O problema da justiça. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LANNI, Adriaan. *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- LEGENDRE, Pierre. The Lost Temporality of Law: An interview with Pierre Legendre. Trad. de Alain Pottage. *Law and Critique*, v. 1, n. 1, p. 3-20, 1990.
- LINDAHL, Hans. Dialectic and Revolution: confronting Kelsen and Gadamer on legal interpretation. *Cardozo Law Review*, v. 24, p. 769-798, 2003.
- LOSANO, Mario. O parecer de Hans Kelsen de 1933 sobre a Assembleia Nacional Constituinte do Brasil – Parecer em alemão, espanhol e italiano. *Direito & Práxis*, v. 7, n. 14, p. 624-648, 2016.
- MARKUS, Gyorgy. Why is there no hermeneutics of natural sciences? Some preliminary theses. *Science in context*, v. 1, n. 1, p. 5-51, 1987.
- MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. Trad. de Florestan Fernandes. São Paulo: Editora Popular, 2008.
- RICOEUR, Paul. *Time and Narrative*. v. 3. Trad. de Kathleen Blamey e David Pellauer. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- ROERMUND, Bert van. Instituting Authority. Some Kelsenian Notes. *Ratio Juris*, v. 15, n. 2, p. 206-218, 2002.
- SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SARTRE, Jean-Paul. Existentialism is a humanism. Trad. de Philip Mairet. In: KAUFMAN, Walter. (ed.) *Existentialism from Dostoyevsky to Sartre*. Wirral: Meridian Publishing Company, 1989.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WEBER, Max. *Economy and Society*. Ed. e trad. por Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1978.