

O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução

Have you ever asked yourselves sufficiently how much the erection of every ideal on earth has cost? ... If a temple is to be erected a temple must be destroyed: that is the law...²

As sociedades contemporâneas são marcadas pela contingência e pela diferenciação, as quais impedem o estabelecimento de uma única noção de bem comum ou a definição de objetivos políticos inquestionáveis. O projeto político democrático depende, para a sua viabilidade, do reconhecimento desta abertura de sentido. Porém, ainda que se reconheça a impossibilidade de um consenso racional e final quanto a meios e fins na ação política, um certo grau de fechamento se torna indispensável para que a democracia possa ser vivenciada. Não é possível uma abertura total, sob o risco de se comprometer os princípios básicos constitutivos da sociedade política. A abertura, a contingência e o reconhecimento do outro só são possíveis a partir de um lugar comum, de um certo fechamento e institucionalização de algumas regras. As diferentes demandas e forças em oposição na sociedade impõem a necessidade de que algumas decisões sejam tomadas, implicando riscos nessas decisões. É precisamente pela necessidade de se estabelecer um certo fechamento que o direito assume um importante papel no sentido de se tornar um instrumento viabilizador — ou um dos instrumentos — da democracia. As regras jurídicas, bem como a maneira como as mesmas são aplicadas podem servir — e servem — como um “norte” para a atividade política. Isso não significa

1 Professora do curso de Direito da UFPR e da PUC-Paraná.

2 “Alguma vez vocês se indagaram suficientemente quanto a edificação de um ideal na terra custou?... Se um templo está para ser edificado um templo tem que ser destruído: esta é a lei...”. (F. Nietzsche, *Genealogia da moral*). As traduções que aparecem neste trabalho são traduções livres, realizadas pela autora para fins acadêmicos.

juridicizar o espaço político e nem politizar o direito, mas pensar uma nova forma de articulação entre o direito e a política. Se o direito pode servir a uma política democrática, é necessário repensar o tipo de interpretação e aplicação que se deve dar às regras jurídicas. Como diz Nietzsche, na citação que abre este trabalho, se um templo está para ser erguido, outro deve ser destruído. Assim, é necessário “desconstruir” o modo vigente de interpretação e aplicação do direito, para que uma nova forma de se pensar essa problemática possa ser edificada. As regras jurídicas, dotadas de impessoalidade e generalidade, servem de parâmetros não só às condutas dos indivíduos, como também à resolução de conflitos e ao próprio estabelecimento de políticas públicas. Essas regras e a aplicação das mesmas pelos tribunais, nessa perspectiva, podem se constituir em um horizonte de sentido para a vivência democrática. A questão que aqui se coloca é quanto a uma teoria da interpretação e aplicação³ do direito que permita uma melhor articulação entre o direito e o político, buscando a redefinição das fronteiras que os significam na atualidade. Essa nova definição de seus espaços constitutivos deverá explicitar os vínculos de sentido que os constituem reciprocamente sem, porém, implicar na tentativa de juridicizar a política ou politizar o direito.

3 É necessário frisar em que sentido se utilizam, aqui, os termos “interpretação” e “aplicação” do direito. Por interpretação, em sentido amplo, entende-se a busca por uma definição de sentido do conteúdo das regras jurídicas. Já a aplicação é tomada em sentido mais restrito, enquanto busca de sentido do conteúdo das regras jurídicas realizadas pelos órgãos encarregados da aplicação do direito, ou encarregados do julgamento. Nessa ótica, também é necessário referir que a aplicação envolverá sempre, ainda que em um sentido mínimo, o que se chama de um conhecimento com aceitação, uma vez que esta implica a aceitação das regras do sistema. Diferentemente, a interpretação realizada fora do âmbito dos tribunais pode ser realizada de forma “descomprometida”, a partir do que se entende por conhecimento sem aceitação. Assim, a *applicatio* envolve o sentido da ação, conhecimento e ação, uma vez que a interpretação realizada pelos tribunais se reveste de um conteúdo normativo. Acerca da relação entre “interpretação” e “aplicação” no direito conferir Kozicki, “O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito”. In: Rocha (org.) 1997:127-149. Para um melhor esclarecimento da distinção entre conhecimento e ação, no contexto que se está referindo, conferir Lamego, 1990:162-ss. Também é necessário frisar que grande parte da análise realizada é feita a partir do chamado sistema do *common-law* e que, nesse sistema, a chamada aplicação do direito pelos tribunais é compreendida dentro do que se chama de *theory of adjudication*. A tradução para o português do termo *adjudication* pode se referir aos termos “aplicação” ou “julgamento”. Para manter uma fidelidade maior com as matrizes teóricas estudadas, o termo “aplicação” vai ser usado preferencialmente. Neste mesmo sentido, também se prefere o termo “aplicação”, pois “julgamento”— na forma como este é compreendido em alguns autores cujo pensamento será referência para este texto (basicamente, Drucilla Cornell e Michel Rosenfeld), envolve um compromisso ético, uma tomada de decisão que adentra o terreno daquilo que não pode ser decidido. Em conjunto com a explicação acima, a expressão “teoria da aplicação” do direito quer se referir a um estudo da maneira como este é interpretado pelos seus órgãos aplicadores.

Toda regra jurídica necessita de interpretação e, na realidade, o sentido da regra se constrói no próprio ato interpretativo. Cada leitura de uma determinada situação fática e da regra jurídica que lhe serve de instrumento regulador representa uma possibilidade em meio a diferentes possibilidades significativas. Ou seja, faz-se uma leitura em detrimento de outras. Se as decisões políticas não são neutras, no sentido de fazerem opções entre valores antagônicos, o mesmo se pode dizer das decisões jurídicas. Não é possível que o encarregado da aplicação do direito possa escolher entre sentidos variados a partir de um ponto de vista neutro, apolítico ou não comprometido com suas convicções pessoais. O direito é sempre fruto de uma decisão, um ato de poder que está na sua origem e perdura no sentido de impor a sua validade através do tempo.

O argumento a ser desenvolvido neste trabalho parte da premissa que não existe uma resposta certa para a democracia, assim como não existe uma resposta certa para o direito, no tocante à melhor forma de interpretação e aplicação do mesmo. A melhor forma de equacionar as relações entre o jurídico e o político é algo que, em última análise, sempre permanecerá em aberto. Ou seja, não é possível estabelecer, com precisão, as fronteiras entre esses dois campos de saber — no plano teórico — ou entre esses instrumentos de poder/estabilização — no campo fático. Estes são planos interdependentes e interrelacionados, cujos sentidos só se constituem contra e a partir um do outro. A partir dessa compreensão, objetiva-se discutir de que maneira o direito pode ser melhor pensado como instrumento para a efetivação de uma prática política democrática nas sociedades contemporâneas. Tal objetivo se realizará através da análise de novas possibilidades para a interpretação e aplicação do direito, notadamente a perspectiva da desconstrução quanto ao problema da justiça.

Nessa mesma linha de raciocínio, a análise da aplicação do direito se reveste da mesma dificuldade que caracteriza as sociedades democráticas: é necessário um tipo de interpretação jurídica que, reconhecendo a abertura e contingência dos conteúdos jurídicos, não se revista de um caráter totalizador ou definitivo, estando sempre aberta a novas possibilidades significativas. Porém, ao mesmo tempo, a interpretação e aplicação do direito pelos tribunais deve, necessariamente, representar padrões relativamente rígidos de conduta e ser o instrumental necessário, porém nem sempre suficiente, para a solução dos conflitos sociais. Nisto reside a dificuldade contida nesta problemática: ainda que não exista uma única resposta certa para a democracia e o direito, é necessário que se busquem respostas tanto no plano político quanto

no plano jurídico e que essas respostas representem, ainda que provisoriamente, atos de estabilização. Ou seja, tanto a prática política democrática quanto a aplicação do direito dentro das sociedades democráticas vão estar sempre significadas pela paradoxal busca, em simultâneo, de abertura e fechamento. O direito pode e deve servir como instrumento de fechamento, mas a sua realidade interna não permite que esse fechamento seja inquestionável ou permanente.

O que se pretende é demonstrar que somente através de um compromisso ético com a justiça e o reconhecimento de uma infinita responsabilidade para com o outro⁴ será possível administrar a contingência e a diferenciação típicas deste final de século, sem que o reconhecimento das mesmas implique em negligência ética ou indiferença moral. Através de um verdadeiro compromisso com o outro, e de uma verdadeira busca pela justiça, é possível criar sentido num universo sem sentidos.

A partir desses pressupostos, em primeiro lugar vai ser explicitada a noção de justiça existente na obra de Jacques Derrida. Essa noção de justiça como *aporia* permite compreender o caráter aberto, até certo ponto intangível e abstrato da justiça enquanto conteúdo das decisões judiciais. Tal constatação não significa — e não obsta — que a justiça deixe de ser tomada sempre como valor de referência na construção dessas decisões. Partindo da reflexão de Emmanuel Levinas⁵ quanto à existência de uma infinita responsabilidade para com o outro e o seu reconhecimento pleno, o pensamento de Derrida pode ser usado para desconstruir alguns mitos presentes no universo jurídico, ao mesmo tempo em que possibilita ressaltar a necessidade do ordenamento jurídico como instrumento de estabilização.

A partir da perspectiva da justiça como *aporia* e, neste sentido, da justiça como algo irrealizável no presente, pretende-se demonstrar de que maneira o

4 “Finalmente, os conceitos de ‘eu’ (reflexivo) e ‘outro’ não devem ser entendidos como referindo-se a entidades fixas mas, ao contrário, como designando relações, respectivamente, de identidade, diferença ou alteridade.” (Rosenfeld 1990: 1228). Este mesmo autor, na continuidade, refere que, dependendo do contexto, “eu” e “outro” podem se referir a um indivíduo ou a um grupo, a uma classe econômica ou a uma minoria étnica, tribos ou nações, grupos temporários ou permanentes. Dessa forma, o “outro” representa uma posição de exterioridade quando da constituição da identidade; ao mesmo tempo que se opõe a esta, ele também lhe possibilita a formação do sentido.

5 Levinas e Derrida têm várias divergências quanto ao significado da justiça e quanto ao caráter autoritativo da força que reveste o direito. Entretanto, este último claramente se apropria de algumas categorias daquele para a explicitação da sua perspectiva da justiça como *aporia*. Nos limites deste trabalho, as referências a Levinas serão sempre realizadas de forma indireta, a partir da leitura de Derrida.

direito pode abraçar uma prática de desconstrução que, revelando seus mitos, permita-lhe uma nova configuração. Para tanto, é preciso desconstruir esses mitos presentes na aplicação do direito, bem como apresentar leituras que possam re-significar tal prática interpretativa. A posição que se defenderá implica a chamada tese da responsabilidade judicial, a qual está diretamente ligada ao que se poderia chamar de lógica de equivalência dos direitos.

1. Direito, justiça e desconstrução

A primeira questão que pode ser aqui levantada é quanto à existência, ou não, de uma efetiva preocupação da chamada teoria desconstrutivista⁶ com a justiça. Nas palavras do próprio Derrida, *la déconstruction est la justice* (a desconstrução é a justiça). Por que desconstrução é justiça?

É devido à existência do caos que a estabilidade é necessária; é precisamente porque o mundo se apresenta aos homens “em desordem” que estes necessitam de instrumentos para “ordená-lo”⁷. Nesse sentido, foi afirmado que o direito pode ser compreendido como um instrumento para a obtenção de estabilidade, ainda que parcial e provisória. O direito, como uma construção do homem, pode ser sempre desconstruído. Desconstruir o direito pode ser considerado uma prática destinada a demonstrar que qualquer lei, qualquer ordenamento jurídico, pode ser “desestabilizado”. O sentido de todo texto — e o direito se revela através dos textos — resta sempre em aberto; qualquer fechamento *final* ou *definitivo* de sentido é autoritário. A desconstrução exige que toda leitura de um texto possa ser submetida a uma nova leitura, em um movimento que une presente e passado, futuro e presente. Uma leitura/interpretação de um texto é um reescrever do texto passado, a sua tradução para o presente, ao mesmo tempo que o texto presente é ele mesmo um não-texto, na medida em que existe apenas enquanto possibilidade para a construção futura de um novo texto, a qual se dará pela sua leitura. Dessa forma, uma prática desconstrutiva do direito pode significar um avanço no sentido do enriquecimento de seus conteúdos, pois, permanecendo o sentido em aberto, novas interpretações podem ser obtidas, expondo o aparato jurídico e

6 Daqui para a frente, o termo “*deconstruction*” e a perspectiva teórica que o representa será traduzido apenas por “desconstrução”.

7 Neste sentido: “O caos e a instabilidade são não elimináveis, mas, como Derrida indica, isso é ao mesmo tempo um risco e uma sorte, já que a estabilidade continua iria representar o fim da política e da ética.” Mouffe, “*Deconstruction, pragmatism and the politics of democracy*”. In Mouffe (org.) 1997:9.

judiciário a novas formulações. Em suma, a desestabilização do direito é realizada em nome da possibilidade de uma transformação deste e, em uma última análise, em nome da justiça.⁸

Retornando à pergunta do primeiro parágrafo (por que a desconstrução é justiça?), Derrida afirma que é na paradoxal situação de ser a justiça indeconstruível que reside a possibilidade da desconstrução, propriamente dita:

O paradoxo que eu gostaria de submeter a vocês para discussão é o seguinte: é a estrutura desconstruível do direito ou, se vocês preferirem, da justiça como direito, que assegura a possibilidade da desconstrução. A justiça em si mesma, se é que isso existe, fora ou além do direito, não pode ser desconstruída.⁹

Com isto se quer afirmar que a própria possibilidade da desconstrução está afirmada pela justiça, mas que esta, compreendida fora do direito, não pode ser desconstruída. É porque o direito pode ser construído que ele pode ser desconstruído, mas a justiça, separada deste, não pode sê-lo. A justiça, se considerada como algo imanente ao direito, instala um modo circular de justificação, em que algo se apresenta como justo porque conteúdo de um ordenamento jurídico que em si mesmo é justo. Nessa situação, descrição vira prescrição. Ou seja, o direito é considerado como algo inerentemente justo e, assim, a sua descrição implica, ao mesmo tempo, a prescrição de que o seu conteúdo seja significado da justiça. Na perspectiva da desconstrução, a recusa em transformar descrição em prescrição justifica a insistência na separação entre direito e justiça, e esta transcende os limites do ordenamento jurídico tal como ele é construído.

Dessa forma, o que sobressai é a separação que esse autor realiza entre direito e justiça. A partir da interpretação de um texto de Montaigne, Derrida afirma: “A justiça do direito, a justiça como direito não é justiça. Leis não são justas por serem leis. Nós não lhes obedecemos porque elas são justas, mas porque têm autoridade.”¹⁰ Justiça e direito são conceitos distintos e, na pró-

8 Nas palavras do próprio Derrida: “A estrutura que eu estou descrevendo aqui é uma estrutura na qual o direito é essencialmente desconstruível, seja porque ele é fundado, construído em interpretações ou transformável (e esta é a história do direito, sua possível e necessária transformação, talvez a melhoria do direito), ou porque sua fundação última é por definição sem fundação. O fato de que o direito é desconstruível não é uma má-notícia. Nós podemos mesmo ver nisso uma sorte para a política, para o progresso histórico.” (Derrida, “Force de loi: le ‘fondement mystique de l’autorité’” (1990:942).

9 *Id.*, *ibid.*:944.

10 *Ibid.*:938.

pria tentativa de confundir-los ou assemelhá-los, já é possível deparar-se com um dos mitos envolvidos na configuração do fenômeno jurídico. Também nesse pensamento de Montaigne se revela a presença de uma íntima relação entre autoridade e lei.

Partindo do termo em língua alemã “*Gewalt*”, Derrida¹¹ relaciona direito e força, força e autoridade. A tradução em inglês ou francês dessa expressão é “violência”. Porém, segundo este autor, o termo “violência” não contém a mesma carga significativa que o termo alemão possui e, nesta língua, “*Gewalt*” daria a idéia de poder legítimo, autoridade justa, ao mesmo tempo em que também compreende a idéia de violência. A questão é como diferenciar a força legítima, aquela que estabelece a autoridade, da força que é significada como violência ou abuso. De acordo com Derrida, na base de todo o direito reside um ato de força, que não é em si mesmo nem justo nem injusto, nem legítimo nem ilegítimo, e tal ato não pode ser avaliado de acordo com nenhum critério anterior que o possa justificar ou não. Nesse sentido também, ainda que com outras fundamentações, recorrentemente a ciência jurídica tem colocado as regras jurídicas como elementos de um sistema auto-regulado e auto-referente, cuja validade ou autoridade só pode ser buscada em fontes internas ao sistema ou, então, remetida a recursos hipotéticos, como é o caso da norma hipotética fundamental em Kelsen¹². Conforme se colocou acima, a desconstrução enfraquece uma determinada concepção de direito, a qual pretende ver no modo deste funcionar os fundamentos da sua autoridade. O ato que funda o direito, dessa forma, seria sempre um ato sem fundação, um ato instituinte que carece, ele próprio, de fundação. E o direito, assim, pode ser sempre desconstruído, seja no tocante ao seu ato fundador, seja no tocante à autoridade que o originou ou ainda na interpretação que prevalece. Mas este ato, cuja origem não pode ser chamada de justa ou injusta, não implica necessariamente a criação de uma ordem jurídica justa.

11 *Ibid.*:927.

12 Com isso se quer dizer que, notadamente na perspectiva do positivismo jurídico, a fonte de validade do direito se encontra dentro do próprio ordenamento jurídico, numa estrutura hierárquica, que remete a validade da norma à norma superior. Para evitar o regresso *ad infinitum*, Kelsen se serve da norma hipotética fundamental, da qual derivaria a validade de todas as normas do sistema. Já esta norma está acima de qualquer consideração de validade ou legitimidade, sendo ela própria insuscetível de avaliação. Neste sentido é que a norma fundamental em Kelsen, ou a regra de reconhecimento, em Hart, podem ser tomadas como exemplos de um “ato” fundador (ainda que em Kelsen esta seja um juízo hipotético e em Hart a representação de uma prática social), o qual, segundo Derrida, não é ele próprio justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo.

Na base de todo ordenamento jurídico está contido um ato de violência que o institui. Dessa forma, o direito sempre está relacionado à força, seja em um sentido físico ou em um sentido simbólico, seja para a instauração do ordenamento ou para a sua perpetuação. Novamente retornando à problemática da língua, Derrida frisa que na base de todo o direito está a noção de *enforceability of the law or contract* ou *to enforce de law*. Considerando esse verbo fundamental para entender a relação entre direito e força, este autor remete à tradução francesa do termo “*enforceability*” — “*l’applicabilité*” —, que considera insuficiente para exprimir o mesmo sentido que o termo em inglês, pois, quando se diz *aplicar* o direito ou o contrato, perde-se a idéia da força interna ao direito, a qual lembra que o direito é sempre uma força autorizada.¹³ Nas palavras do autor:

Aplicação, “*enforceability*”, não é uma possibilidade exterior ou secundária que pode ser ou não agregada ao direito. Ela é a força que está essencialmente implicada no próprio conceito de justiça como direito, de justiça como transformando-se em direito... A palavra “*enforceability*” nos lembra que não existe uma coisa tal qual o direito que não implique em si própria, *a priori*, dentro da estrutura analítica do seu conceito, a possibilidade de ser aplicada (pela força).¹⁴

A justiça, se entendida como direito, reveste-se dessa força autoritativa. Ou pode se confundir com essa mesma força. Ao identificar a força intrínseca relacionada ao direito, mais uma vez este autor frisa a necessidade destes dois conceitos — direito e justiça — serem separados. A partir desse reconhecimento da força intrínseca ao direito, da possibilidade de o mesmo ser desconstruído — uma vez que em algum momento, e por um ou mais modos, ele é construído — e da separação entre direito e justiça, Derrida explicita através de que formas a justiça pode ser entendida como *aporia* e, nesse sentido, ser a mesma indeseconstruível.

13 Conferir Derrida 1990:924-926. O mesmo se poderia dizer da tradução do termo para a língua portuguesa. Na falta de um sentido mais exato, este pode ser traduzido por “*aplicar a lei*”, mas perde o sentido de força, de algo a ser exigido, tornado efetivo.

14 *Id. ibid.*:924.

1.1 A justiça como *aporia*

Nas palavras de Derrida:

*Uma aporia é um não-caminho. A justiça será, deste ponto de vista, a experiência daquilo que nós não podemos experimentar ... eu acredito que não exista justiça sem essa experiência, tão impossível quanto ela seja, de uma aporia. A justiça é a experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura não seja a experiência de uma aporia não terá a chance de ser o que ela é, notadamente, um chamado por justiça.*¹⁵

E novamente ele separa direito e justiça:

*O direito não é a justiça. O direito é um elemento de cálculo e é justo que exista o direito, mas a justiça é o incalculável, ela requer que nós calculemos o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências, tão improváveis quanto necessárias, da justiça, quer dizer, de momentos em que a decisão entre o justo e o injusto não é jamais assegurada por uma regra.*¹⁶

A justiça se caracterizaria por ser infinita, incalculável, avessa à simetria, enquanto o direito existe no âmbito da legalidade, estável e estatutária, como um sistema regulador e normativo. Uma das mais difíceis tarefas para a reconciliação do direito com a justiça é equacionar a generalidade daquele com a necessária singularidade desta. Essa é a questão que está por detrás de toda a aplicação do direito pelos tribunais:

*Como nós podemos conciliar o ato da justiça que sempre é concernente à singularidade, a indivíduos, insubstituíveis grupos e vidas, com o outro ou eu mesmo como outro, em uma situação única, com a regra, a norma, o valor ou o imperativo de justiça, o qual, necessariamente, tem uma forma genérica, ainda que esta generalidade prescreva uma aplicação singular em cada caso?*¹⁷

Ou seja, interpretar e aplicar o direito obriga sempre a um balanceamento entre o geral e o singular, entre o texto passado da norma e a exigência pre-

¹⁵ *Ibid.*:946.

¹⁶ *Ibid.*:946.

¹⁷ *Ibid.*:948.

sente da justiça. Atender ao chamado da justiça exige a recriação da norma contida no texto legal, não somente no sentido de que toda leitura/interpretação implica na construção de um sentido novo, mas também no sentido de que a interpretação jurídica deve atender à singularidade de cada caso, através dos padrões gerais contidos na norma. Como fazer isso sem violar a generalidade da regra, sem abandonar mesmo essa regra ou, ainda, sem tornar seu conteúdo, inscrito no texto passado, tão fluido que ele já não sirva mais como um instrumento de mediação e estabilização, funções caracterizadoras do direito?

Na resposta a essa questão é possível perceber a importância da desconstrução para o direito — e sua interpretação — e para a democracia. Pois tal resposta revela: a) a adequação entre o passado, o presente e o futuro — no sentido de que a construção do sentido da norma se dá na sua interpretação e a aplicação da mesma implica uma busca incessante pela justiça; b) essa busca incessante pela justiça, através de um compromisso ético dos tribunais para com a mesma pode levar à transformação do direito e à sua melhor adequação a uma sociedade democrática; c) o direito, servindo como elemento de estabilização das relações e efetivamente comprometido com a realização da justiça, pode levar à consolidação dos princípios políticos constitutivos da sociedade política (liberdade e igualdade, basicamente) fortalecendo os laços de solidariedade social; e, por fim, d) um tipo de interpretação do direito que reconheça a sua indeterminação de sentido e que reconheça a contingência e fragmentação do social estaria melhor preparada para fazer frente ao crescente grau de complexidade e ao incremento do número de conflitos, típicos das sociedades contemporâneas.

O caminho teórico para buscar a resposta a essa questão implica um compromisso ético com a obtenção da justiça e a visualização desta como *aporia*, ou seja, como algo impossível de ser experimentado, mas cuja experiência é imprescindível. Em primeiro lugar, o que se coloca é uma responsabilidade sem limites perante a memória, no sentido de se recuperarem as direções e os limites contidos nas concepções de direito e justiça historicamente construídos em cada sociedade. A desconstrução pode significar um clamor infinito pela justiça e por um incremento incalculável de responsabilidade. É no intervalo entre o direito e a justiça que a desconstrução encontra seu lugar privilegiado; desconstruindo-o, desestabilizando o tradicional do direito, a justiça pode encontrar caminhos para a sua expressão.

Partindo da obra de Emmanuel Levinas, Derrida considera ser a ética a primeira filosofia, em termos de ética como uma relação entre pessoas. A

ética, tal como Levinas¹⁸ a concebe, coloca em questão *minha* liberdade e espontaneidade, *minha* subjetividade, e o *outro*. Para Levinas¹⁹, a justiça define e é definida por uma relação ética com o outro, em resposta ao sofrimento do outro, para com o qual o sujeito tem uma infinita responsabilidade. Mas esta concepção ética de justiça também se coaduna com uma noção política de justiça, no sentido de que toda relação ética é sempre situada em um determinado contexto sócio-político, o qual implica diferentes concepções éticas, levando à necessidade da escolha entre estas, ou de uma decisão. Na realidade, a concepção ética da justiça em Derrida, configurada na leitura que este faz de Levinas, é também uma concepção política, no sentido de que envolve a idéia de transformação política, a abertura para o futuro que pode trazer mudanças. A idéia de justiça como a experiência daquilo que não pode ser decidido (*undecidable*²⁰) é o que leva o sujeito à política (e pode-se dizer que ao direito, também), dada a necessidade da decisão. Do indecível para a decisão, esse é o momento do julgamento, a passagem de uma experiência ética da justiça para a ação política. De que forma isso pode ser feito, ou quais são os conteúdos dessa ação política? A resposta, em Derrida, jamais se encontra no presente, ou em alguma forma específica de ação política (assim também, como vai ser referido adiante, nunca uma decisão judicial específica pode ser considerada *justa*); a justiça deve servir de guia, de elemento crítico, mas ela jamais poderá ser tornada presente. Assim:

Um aporte desconstrutivista da política, baseado na separação radical entre justiça e direito e na não presença da primeira dentro do último, leva-nos ao que se pode chamar de descorporificação da justiça, onde nenhum Estado, comunidade ou território pode ser tido como expressão da justiça. Alguém pode dizer que a “experiência” da justiça é a de uma absoluta alteridade ou transcendência, a qual guia a política sem estar completamente no reino público.²¹

18 A esse respeito, conferir a posição de Simon Critchley no livro *The ethics of deconstruction: Derrida and Levinas*. (1992).

19 Emmanuel Levinas, *Totalité et infini* (1990).

20 “Indecível é o nome de dilemas insolúveis, os quais ocorrem sob circunstâncias completamente determinadas. Mas indecível refere-se não somente às *aporias* fundamentais dentro de um discurso mas também à exigência de uma decisão constitutiva, que articule sentidos sociais em um sentido ou em outro.” Torfing 1999:307. De certa forma, pode-se dizer que “*undecidability*” refere-se a uma *escolha de Sofia*: a decisão é necessária, exigida por circunstâncias determinadas, mas, em verdade, aquilo que se coloca para ser decidido não poderia sê-lo, dada a impossibilidade de obtenção de qualquer critério que possa orientar a decisão e que seja completamente válido nas circunstâncias. Esse conceito envolve uma abertura determinada, no sentido de não remeter a possibilidades infinitas e nem a um fluxo caótico; representa uma oscilação determinada entre possibilidades pragmaticamente determinadas.

21 Critchley, “Derrida: private ironist or public liberal?” In Mouffe (org.) 1997:36.

A forma política que melhor poderia conduzir a essa experiência da justiça seria a democracia. Não uma democracia realizada aqui e agora, mas a democracia entendida como possibilidade, como abertura para o futuro. Outrossim, justiça e democracia se entrelaçam como representações que escapam ao aqui e agora, escapam ao presente, representando algo que está sempre por acontecer. Algo que não se realiza no presente, mas também não no futuro:

(...) ela deve ter um *por vir*, um *to-comes*, o qual eu rigorosamente distingo do futuro que pode sempre reproduzir o presente. A justiça permanece, é ainda, um *to-comes*, ela é algo *por vir*, a verdadeira dimensão de eventos irreduzíveis no tempo. Ela sempre terá esse *por vir*, *por acontecer*, sempre o tem. Talvez seja por essa razão que, desde que a justiça não é somente um conceito jurídico ou político, ela se abre para esse *por vir* da transformação, a reformulação ou refundação do direito e da política.²²

Nesse sentido, se a justiça representa o encontro com o outro, a infinita responsabilidade que o outro demanda, a verdadeira experiência da alteridade, ela é algo que nunca se apresenta. Ainda assim, ela pode significar a possibilidade da transformação do direito e da política, enquanto percebida como uma responsabilidade inafastável e inadiável. E por isso se torna importante ressaltar, com o autor, a separação das idéias de futuro e o que ele chama de *à-venir/to comes*: o futuro pode significar a mera reprodução do presente ou, quando muito, a sua evolução. Ao contrário, a idéia de algo que está *por acontecer* representa a possibilidade da transformação, um recriar, repensar, reformular. Talvez seja essa a principal conclusão que se pode retirar da percepção de justiça como *aporia*, neste autor: a de que o fato de a justiça exceder as fronteiras do jurídico e do político, e o fato de que ela não é um elemento de cálculo, não pode servir como *álibi* para alguém negar a responsabilidade na busca da transformação das instituições que compõem a sociedade. Essa idéia está diretamente ligada ao ideal de emancipação, que Derrida afirma jamais ter sido realizado e o qual deve sempre ser perseguido.

Justiça e direito. A justiça fora do direito. A justiça enquanto algo *por acontecer*. Assim como a democracia. A descorporificação ou despersonalização da justiça, que pode ser melhor representada a partir da democracia, como esta também significou a descorporificação ou despersonalização do poder; o corpo do príncipe que deixou de ser identificado com o Estado/soberania.

22 *Id. ibid.*:970.

Nesse sentido, a democracia seria a forma política mais apta a significar tal perspectiva de justiça. Perspectiva esta que não se esgota na ação política, mas pressupõe a ação política. Não se contém nos limites do ordenamento jurídico, mas pressupõe o direito como elemento de estabilização e prioriza o momento da decisão, ou melhor, do julgamento (significado este por um compromisso ético). Essa democracia pode ser significada pela busca infinita da justiça e representada por um compromisso com o outro. Democracia que em si também é um por acontecer.²³ A radicalização da democracia, compreendida pelo aprofundamento das relações democráticas; uma democracia plural, que possa reconhecer o outro em toda sua plenitude e que, indo além da razão, possa captar a importância das paixões como força motriz das ações humanas. Para que o direito possa significar um instrumento para viabilizar a justiça e a democracia é necessário que efetivamente exista um compromisso dos seus órgãos aplicadores com a justiça e a democracia.

2 A responsabilidade judicial

Existem vários mitos referentes à maneira como se realiza o processo de construção das decisões judiciais. Nunca a discussão da problemática da interpretação do direito e da sua aplicação pelos tribunais foi tão atual e necessária quanto neste final de século e início de milênio. A crescente intensificação dos conflitos sociais, ocasionada por um grau cada vez maior de complexidade e diferenciação nas sociedades contemporâneas, bem como por um recrudescimento no tocante à situação econômica e ao problema da distribuição de renda, tem levado ao aumento da demanda pela prestação da tutela jurisdicional. Nunca o ordenamento jurídico revestiu-se de tamanho grau de sofisticação e complexidade, ao mesmo tempo em que se lhe demandam respostas a problemas das mais diferentes ordens²⁴. Nesse cenário, pensar a in-

23. "... e quando eu falo em democracia por vir (*la démocratie à venir*) isso não significa que amanhã a democracia será realizada, e isso não se refere a uma futura democracia... Existe um futuro... Existe algo por acontecer. Isto pode acontecer... isto pode acontecer, e eu prometo abrir o futuro ou deixar o futuro em aberto." Derrida, "Remarks on deconstruction and pragmatism". In Mouffe *op. cit.*:83.

24. Como exemplos do grau de complexidade das respostas que têm sido solicitadas ao direito, através dos seus órgãos aplicadores, pode-se destacar as questões jurídico/éticas relacionadas à engenharia genética, a questão acerca de a quem cabe o custeio do tratamento de doenças como a AIDS, as revoluções no direito de família a partir da fecundação *in vitro* e outras formas, a mudança no direito previdenciário — entre outros — a partir da aceitação de que as relações entre pessoas do mesmo sexo merecem o mesmo tipo de proteção e assistência que as relações heterossexuais recebem, o problema da proteção do meio-ambiente e outros tantos mais.

interpretação jurídica tem levado ao desvelamento dos mitos a ela inerentes. Esse ocaso dos mitos que a cercam tem servido para mostrar cada vez mais a necessidade de um comprometimento dos tribunais com a justiça e a democracia. O direito só pode servir de resposta aos conflitos se for capaz de bem entender as diferenças inerentes ao processo de surgimento de tais conflitos. A administração das diferenças é, antes de mais nada, uma ação política, e não jurídica, a qual deve ser exercitada dentro dos pressupostos democráticos. Uma vez normatizadas as soluções politicamente encontradas, cabe aos tribunais a sustentação das mesmas, através da prestação da tutela jurisdicional.

Na perspectiva da desconstrução, a justiça é entendida como *aporia*, o que impede que esta possa ser vista como uma questão daquilo que é, ou seja, que ela seja reduzida a padrões ou convenções normativas. O ordenamento jurídico, tal qual ele é colocado, não significa ou contém, necessariamente, qualquer representação do justo. A justiça não é algo imanente ao ordenamento jurídico, nem pode este ser considerado justo em resposta a critérios de validade ou legitimação que o próprio sistema impõe. Ao contrário, a justiça é algo que transcende o ordenamento, é algo que está além do sistema e que a ele não pode ser reduzido²⁵. A percepção de que jurídico e justo são noções distintas é um primeiro passo em direção a uma interpretação do direito que busque através dele a realização da justiça, não assumindo a mera aplicação das suas regras como suficiente para a concretização da justiça.

A responsabilidade judicial²⁶ impõe ao juiz que ele efetivamente realize o ato de julgar, que a decisão produzida seja um *juízo*, e não apenas a aplicação mecânica das regras jurídicas ou a apropriação dos precedentes para a solução de novos casos. O ato de julgar não se limita a um mero cálculo de probabilidades, e também não se limita à escolha neutra entre diferentes possibilidades normativas. Ao contrário, para que uma decisão judicial efetivamente possa ser compreendida como momento do julgamento, é necessário que esta traga em si um compromisso ético com a realização da justiça, o qual se realiza em primeiro lugar a partir da valoração que o julgador faz da norma aplicável ao caso concreto.

A interpretação no direito vai sempre envolver, em paralelo, a descoberta e a invenção. Ou seja, o juiz deve buscar, descobrir, dentro do arsenal legislativo

25 Assim: "As aporias ou, mais precisamente, a Justiça concebida como *aporia*, são um insuperável limite que continuamente retorna para nós; um inerente e em última análise insolucionável paradoxo. A Justiça assim concebida resiste ao seu próprio colapso dentro do direito...". Cornell 1992:118.

26 Um desenvolvimento da perspectiva aqui adotada pode ser obtido na obra citada logo acima.

e jurisprudencial, as possíveis respostas que podem servir de solução ao caso que está *sub judice*. Porém, esta mesma atividade também exige a invenção do direito, não no sentido da atribuição de um poder discricionário aos tribunais, que permita ao juiz criar direito e utilizar o direito criado para a solução do caso concreto, *ex post facto*, mas sim no sentido de que a generalidade da lei deve ser reduzida à singularidade do caso concreto. Dessa forma, o juiz sempre vai ser responsável pela expressão dos seus próprios valores, a partir da leitura que ele próprio faz dos valores contidos nas normas. A responsabilidade do juiz se dirige não a uma “correta” leitura da norma (uma vez que é impossível a avaliação do que venha a ser essa correta leitura da norma) e também não ao simples levantamento/descoberta da norma no sistema: a sua responsabilidade diz respeito a uma valoração da norma que pode afastar a sua aplicação, em prol de outra norma que possa ser encontrada no ordenamento, caso a primeira norma referida não esteja adequada à justiça que se quer realizar no caso concreto.

O momento de julgar está diretamente relacionado à compreensão da justiça como *aporia*: envolve a suspensão do ato de apenas seguir a norma, suspendendo a sua aplicação, ao mesmo tempo que a sua leitura implica o reescrever da norma, tornando o seu texto passado em texto para o presente, através da sua avaliação e reconstrução de sentido. A decisão deve seguir a norma e reinventá-la, ao mesmo tempo. Cada decisão representa um corte, um “deixar de lado” outras possibilidades interpretativas. Nesse sentido, a interpretação jurídica é excludente (como, antes dela, já foi excludente a interpretação da realidade realizada pelo legislador, ao criar a lei, escolhendo uma ou outra prioridade, um ou outro direito e assim por diante): “Quando a juíza reivindica uma interpretação, ao invés de outra, ela necessariamente deslegitima uma entre perspectivas conflitantes”.²⁷ O julgador deve ser responsável por essa exclusão, se o resultado da sua decisão é para ser considerado efetivamente livre. E, assim como ele é responsável pelo passado, no sentido da história institucional inscrita no ordenamento, ele também é responsável pelo futuro, na medida em que suas decisões servirão de base a novas decisões, e assim por diante.

Uma das maneiras de se negar a responsabilidade do juiz, ou negar a possibilidade de transformação do direito e da própria política, é através da identificação do direito com a justiça. Essa identificação transforma descrição em prescrição (o que é o direito representa aquilo que *deve ser conside-*

27 Cornell, *op. cit.*:103.

rado como justo), reduzindo o problema da justificação ou legitimação do ordenamento a uma questão tautológica. Nessa perspectiva, ao juiz basta seguir as regras ou *fazer aquilo que vem naturalmente* (*doing what comes naturally*²⁸), entendido este “naturalmente” como a repetição, a reprodução de algo já bastante arraigado, que não demanda uma reflexão maior ou uma avaliação. Se o direito é a justiça, basta aplicar as regras do direito para que a justiça se realize. Ao contrário, localizando a justiça para além do direito, externamente a este, o próprio direito deve estar aberto para receber aquilo que está “fora” ou “além”, estando sempre aberto a transformações.

Se o que se objetiva é pensar o direito enquanto instrumento para a realização da justiça, uma concepção procedimental desta permite, não uma identificação dos princípios definidores do que ela venha a ser (incompatível com a perspectiva da justiça dentro da desconstrução), mas sim estabelecer o modo pelo qual os juízes podem construir as decisões. Na realidade, tal concepção, muito mais do que apontar o *caminho certo* para a justiça, aponta os *caminhos errados*, ou seja, aqueles que em hipótese alguma poderiam atender ao “chamado da justiça”.

Antes de mais nada, a responsabilidade judicial exige um compromisso em atender ao chamado da justiça. Isso implica o reconhecimento da insuperável separação entre direito e justiça, desmistificando os conteúdos legais como intrinsecamente justos. Assim, atender a esse chamado significa assumir a responsabilidade, envolvida em cada decisão, de repensar e justificar o direito passado e outras categorias jurídicas, ao invés de meramente repetilos²⁹. Ou seja, descobrir e reinventar o direito ao mesmo tempo.

Aliada a essa tese da responsabilidade judicial está a chamada tese da equivalência dos direitos. Em certo sentido, pode-se dizer que essa tese é uma modificação, aplicada ao direito, daquilo que Chantal Mouffe chama de equivalência das lutas democráticas. Ou, melhor dizendo, a tese da equivalência dos direitos pode representar, no plano jurisdicional, o mesmo que a tese da equivalência das lutas democráticas pode significar na arena política: uma nova maneira de aumentar e aprofundar a vivência democrática. Em ambas essas perspectivas o que existe é a consciência de que é necessário aumentar a

28 Essa é a posição de Stanley Fish (1989).

29 Para Cornell, a responsabilidade judicial envolve a possibilidade de os juízes virem eles próprios a ser julgados pelas decisões que tomaram. Assim: “Isso também pode ser traduzido em um *standard* segundo o qual nós podemos julgar os próprios juízes em relação a como eles exercitam sua responsabilidade... Nem todos os juízes são iguais no exercício da sua responsabilidade para com a Justiça, ainda que a justiça não possa, de uma vez por todas, ser tomada como um conjunto de normas estabelecidas.” Cornell, *op. cit.*:166.

área de inclusão nas modernas democracias, possibilitando que mais indivíduos e grupos exercitem formas de convivência democráticas, bem como aprofundando a noção de que não devem existir lutas ou direitos que se sobreponham uns aos outros.

No plano do direito, pensar a equivalência dos direitos pode ser um caminho para aprofundar o compromisso dos tribunais com a justiça e a democracia, ampliando o sentido da responsabilidade judicial. O que está na base dessa concepção é que não existem lugares privilegiados ou sentidos naturais em relação ao que se passa na sociedade. A contingência de todas as identidades, bem como seu caráter relacional, importa que todos os padrões e critérios normativos possam ser questionados, não se furtando à argumentação. Dessa forma, a equivalência entre os mais variados direitos pode levar os juízes a terem mais responsabilidade em relação aos padrões que eles utilizam para o julgamento de cada caso. Essa tese visa, basicamente, a buscar caminhos que possam, ao mesmo tempo, respeitar as demandas por igualdade e diferença.

As lutas levadas a cabo no plano político pelo movimento negro, ambientalista, gay, dos trabalhadores, e outros, encontra respaldo jurídico nessa idéia de direitos equivalentes. O pressuposto é o de que esses direitos possuem o mesmo valor, não podendo ser diferenciados quanto à prioridade da sua vivência, expressão e proteção. Porém, não se apregoa a igualdade entre os sujeitos envolvidos em cada uma dessas situações, pois efetivamente eles se diferenciam, e essa diferença não só é insuperável, como deve ser valorada em si mesma. A igualdade, neste sentido, se realiza na idéia de respeito à diversidade, à diferença, à expressão de opiniões, crenças, valores e afetos nas mais variadas formas. Dessa forma, tal prática pode efetivamente contribuir para o aumento da legitimidade das decisões dos tribunais, abrindo novos caminhos para a vivência democrática (essa contribuição pode se dar no sentido de que, não priorizando um direito em detrimento de outro, tornando-os equivalentes, o vínculo de solidariedade social pode ser fortalecido, diminuindo — embora não eliminando — as áreas de conflito): “Porque aceita a responsabilidade de justificar as decisões jurídicas e não somente repetir decisões passadas e reconhece os limites e excluiões próprios das leis e standards, a prática dos direitos equivalentes seria apta a respeitar a abertura constitutiva da lei para o futuro e para a sua própria transformação.”³⁰

30 Keenan, A.J. *The democratic question: on the rule of the people and the paradoxes of political freedom* (1995).

No campo do direito, a perspectiva da desconstrução quanto à justiça permite pensar a mesma como irrealizável no presente, mas sempre se constituindo como exigência ética. Desconstruir a justiça pode levar à possibilidade da sua reconstrução, agora no campo do direito, e não no campo apenas filosófico. E essa reconstrução dos critérios e instrumentos jurídicos disponíveis à realização da justiça pode significar um avanço para a sua consecução. Se é impossível a obtenção abrangente da justiça, é possível buscá-la e, talvez, realizá-la no particular, parcial e provisoriamente.

Referências Bibliográficas

- Beardsworth, R. *Derrida and the political*. Londres: Routledge, 1996.
- Brudner, A. "Toward objectivity in legal interpretation". *Deconstruction and the Possibility of Justice*. *Cardozo Law Review*, v.11, n. 5-6:1133-1210, 1990.
- Cornell, D. "From the lighthouse: the promise of redemption and the possibility of legal interpretation". *Deconstruction and the Possibility of Justice*. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6:1687-1714, 1990.
- . "The violence of the Masquerade : law dressed up as justice". *Deconstruction and the Possibility of Justice*. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6:1047-1064, 1990.
- . *The philosophy of the limit*. New York: Routledge, 1992.
- . *Beyond accommodation: ethical feminism, deconstruction, and the law*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999.
- Critchley, S. *The ethics of deconstruction: Derrida and Levinas*. Oxford: Blackwell, 1992.
- . "Derrida: private ironist or public liberal?" In Mouffe, C. (org.). *Deconstruction and pragmatism*. Londres: Routledge, 1997.
- Derrida, J. "Force de loi: le 'fondement mystique de l'autorité'". *Deconstruction and the Possibility of Justice*. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6:919-1046, 1990.

———. “Remarks on deconstruction and pragmatism”. In Mouffe, C. (org.), 1997.

———. *Politics of friendship*. Londres: Verso, 1997.

Dworkin, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

———. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

———. *Law's empire*. Oxford: Hart Publishers, 1998.

Fish, S. *Doing what comes naturally. Change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Guest, S. (org.). *Positivism today*. Aldershot, UK: Dartmouth, 1996.

Habermas, J. *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996.

Hart, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1975.

Keenan, A.J. *The democratic question: on the rule of the people and the paradoxes of political freedom*. Tese (PhD em Filosofia), Johns Hopkins University, Maryland, 1995.

Kelsen, H. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

Kozicki, K. *H.L.A. Hart : a hermenêutica como via de acesso para uma significação interdisciplinar do Direito*. Dissertação de Mestrado em Filosofia do Estado e do Direito, UFSC. Florianópolis, 1993.

———. “O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito”. In Rocha, L.S. (org.), 1997: 127-149.

Lamego, J. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

Levinas, E. *Totalité et infini*. Paris: Livre de Poche, 1990.

Morrison, W. *Jurisprudence: from the greeks to post-modernism*. Londres: Cavendish, 1997.

Mouffe, C. *The return of the political*. Londres: Verso, 1993.

———. *The democratic paradox*. Londres: Verso, 2000.

———. (org.). *Deconstruction and pragmatism*. Londres: Routledge, 1997.

Rocha, L.S. (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

Rosenfeld, M. "Deconstruction and legal interpretation: conflict, indeterminacy and the temptations of the new legal formalism." *Deconstruction and the possibility of justice*, *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6:1228-1267, 1990.

———. *Just interpretations. Law between ethics and politics*. Berkeley: University of California Press, 1998.

Staten, H. *Wittgenstein and Derrida*. Lincoln: University of Nebraska Press, 1984.

Torjng, J. *New theories of discourse. Laclau, Mouffe and Zizek*. Oxford: Blackwell, 1999.