

1 2 9 0



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

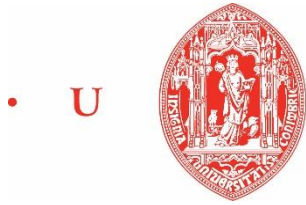
Aline de Almeida Silva Sousa

**DIREITO E JUSTIÇA NAS JURISPRUDÊNCIAS
DESCONSTRUTIVISTAS: SOBRE A DESCONSTRUÇÃO
TRANSCENDENTAL E A FILOSOFIA DO LIMITE. OU A
ALTERNATIVA AUTÔNOMA DA
AUTOTRASCENDENTALIDADE AXIOLÓGICA**

VOLUME 1

Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico-Filosóficas, orientada pelo Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2020



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Aline de Almeida Silva Sousa

**DIREITO E JUSTIÇA NAS JURISPRUDÊNCIAS DESCONSTRUTIVISTAS:
SOBRE A DESCONSTRUÇÃO TRANSCENDENTAL E A FILOSOFIA DO
LIMITE. OU A ALTERNATIVA AUTÔNOMA DA
AUTOTRASCENDENTALIDADE AXIOLÓGICA.**

LAW AND JUSTICE IN DECONSTRUCTIVE JURISPRUDENCE: ABOUT
TRANSCENDENTAL DECONSTRUCTION AND THE PHILOSOPHY OF THE
LIMIT. OR THE AUTONOMOUS ALTERNATIVE OF AXIOLOGICAL SELF-
TRANSCENDENTALITY.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização
em Ciências Jurídico Filosóficas

Orientador: José Manuel Aroso Linhares
Coimbra, 2020

AGRADECIMENTOS

Embora seja bastante clichê, é imprescindível exaltar que nada disso seria possível sem a paciência, a generosidade e a resiliência da minha Mãe que, mesmo com todas as minhas grosserias, me deu todo o suporte para explorar as minhas capacidades. Minha mãe é tudo para mim. Já meu pai ficou bastante preocupado com a minha mudança de país e com o fato de eu morar sozinha em uma cidade universitária. Me liguei todos os dias enquanto estive longe. Eu agradeço toda a preocupação e todas as ligações diárias.

Preciso agradecer também o Gabriel, que sempre soube a importância da pesquisa para a minha realização pessoal. Obrigada por sempre acrescentar coisas incríveis na minha vida e por sempre me ver como uma estrela, embora eu esteja mais para um asteroide.

Impossível esquecer das irmãs Pearce, Isabella e Alessandra, já que uma me abriu as portas para o mundo e a outra me ajudou em uma decisão muitíssimo importante. As duas serão sempre grandes inspirações.

Mas eu não posso deixar de agradecer a quem percorreu este caminho junto comigo. Meus colegas e amigos do Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas do ano curricular de 2017/2018. Sem a convivência, as discussões em sala de aula, os grupos de estudo extraclasse, as oportunidades de desabafo, os passeios, as viagens e os risos fáceis, tudo teria sido impossível. Sou eternamente grata por todo o suporte, que se estende até os dias de hoje. Obrigada pelas memórias eternas de felicidade. E que ainda venham mais algumas.

E, por fim, eu não poderia deixar de agradecer aos Doutores Professores do Mestrado em Direito da Universidade de Coimbra que tive o privilégio de ter aulas, em especial aos da menção em Jurídico-Filosóficas, incluindo o orientador desta pesquisa, o Senhor Doutor José Manuel Aroso Linhares, que sempre comunicou de forma gentil e humilde a sua extraordinária genialidade, e teve paciência para todas as minhas dúvidas, inclusive as mais rudimentares. E a Senhora Doutora Ana Margarida Simões Gaudêncio, por transmitir com tamanha dedicação e preocupação o seu exímio conhecimento.

Por fim, agradeço à Coimbra, que é, realmente, para sempre saudade!

RESUMO

O presente estudo consiste em um diálogo entre três pensamentos jurídicos sobre a complexa dinâmica entre o Direito e a Justiça. Dois partem da mesma matriz filosófica – da Desconstrução –, embora a assimilem de forma diferenciada. Por esta razão, tais pensamentos estão categorizados como jurisprudências desconstrutivistas, nas quais estão incluídas para fins deste estudo: a Desconstrução Transcendental de Jack Balkin, que discorda de forma contundente de algumas das afirmações feitas em nome da desconstrução, embora assevere estar de acordo com as intenções que a mesma demonstra na prática; e a Filosofia do Limite de Drucilla Cornell, que confirma muitas das ideias principais da sua matriz filosófica, embora não deixa de lhe dar uma continuidade renovada e propriamente jurídica. Portanto, tem-se o intuito de ponderar: de que forma cada uma compreende a “posição” da desconstrução entre o direito e a justiça; de que forma percebem a justiça e o direito; quais as observações sobre a responsabilidade nesta relação; bem como as suas formas de compreensão da realização da decisão judicial justa, na medida do possível. No entanto, outro pensamento jurídico é chamado a dialogar, posicionando-se como uma alternativa capaz de confrontar a abordagem jurídica da desconstrução nos seus limites, já que confia no direito, que só pode assim ser na sua configuração justa e, por esta razão, aposta numa abordagem materialmente autônoma de autotranscendentalidade axiológica, inclusive na prática judicativa. Trata-se da perspectiva Jurisprudencialista de Castanheira Neves, que dialoga com as demais jurisprudências em todos os pontos mencionados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Justiça, Desconstrução Transcendental, Filosofia do Limite, Jurisprudencialismo.

ABSTRACT

The present study is a dialogue between three legal thoughts about the complex dynamics between Law and Justice. Two of them start from the same philosophical matrix - from Deconstruction -, although they assimilate it differently. For this reason, such thoughts are categorized as deconstructive jurisprudences, in which are included for the purposes of this study: Jack Balkin's Transcendental Deconstruction, which strongly disagrees with some of the statements made in the name of deconstruction, although it claims to be in accordance with intentions that it demonstrates in practice; and Drucilla Cornell's Philosophy of the Limit, which confirms many of the main ideas of its philosophical matrix, while still giving it a renewed and properly legal continuity. Therefore, it is intended to consider: how each one understands the “position” of the deconstruction between law and justice; how they perceive justice and law; what clarifications they have about responsibility in this relationship; as well as their ways of understanding the application of a fair judicial decision, as far as possible. However, another legal thought is called for dialogue. A thought that positions itself as an alternative capable of confronting the legal approaches of deconstruction within its limits, since it believes in law, which can only be so in its just configuration. For this reason, it bets on a material and autonomous approach of axiological self-transcendentality, including the judicial practice. It is the Castanheira Neves's Jurisprudentialism, which dialogues with the other jurisprudences on all the mentioned points.

KEYWORDS: Law, Justice, Transcendental Deconstruction, Philosophy of the Limit, Jurisprudentialism.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CLS – Critical Legal Scholars

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSTRUÇÃO DE JACQUES DERRIDA.....	11
1.1 Sobre a Metafísica da Presença.	14
1.2 As ferramentas inteligíveis da desconstrução e os predicados do texto.....	17
1.3 A Desconstrução entre a Justiça Infinita e o Direito.	21
1.4 A assimilação da Desconstrução pela Jurisprudência Pós-moderna.	30
2. DIREITO E JUSTIÇA NA DESCONSTRUÇÃO TRANSCENDENTAL E FILOSOFIA DO LIMITE, OU A ALTERNATIVA AUTÔNOMA DA AUTOTRASCENDENTALIDADE AXIOLÓGICA.....	35
2.1 A Desconstrução Transcendental de Jack Balkin.....	35
2.2 A Filosofia do Limite de Drucilla Cornell.....	43
2.3 O Direito como Validade e Justiça: A alternativa autônoma da Autotranscendentalidade Axiológica de António Castanheira Neves.	53
2.4 Entre a Justiça Infinita, a Justiça Indefinida e a Justiça como Limite.	63
2.5 A Justiça enquanto possibilidade de realização da Pessoa.	74
2.6 Entre a Responsabilidade Infinita e a Indefinida.	85
2.7 A Responsabilidade investida na Pessoa.	89
3. JUSTIÇA E DECISÃO: SOBRE AS APORIAS NA PRÁTICA JUDICATIVA.	92
3.1 A Interpretação Jurídica como uma empreitada pragmática e a analogia " <i>Law as Performance</i> " em Jack Balkin.....	95
3.2 Os Princípios como as "Luzes de um Farol" para a <i>indeterminacy thesis</i> e a interpretação jurídica como processo de <i>Descoberta e Invenção</i> em Drucilla Cornell....	106
3.3 O juízo Problemático-Normativamente Fundamentado em Castanheira Neves.	111
CONCLUSÃO.....	122
REFERÊNCIAS.....	128

INTRODUÇÃO

A Justiça é incontornável, não só para juristas. Qualquer pessoa que se importa com as razões e consequências das suas atitudes, com a realidade que a rodeia, pensa e fala sobre ela. Ora, não é à toa que está presente em diversas narrativas, reais e fictícias, mesmo quando ninguém a menciona expressamente.

Em boa parte das estórias é possível notar os apelos à Justiça em sua *obliquidade*, nos sentimentos que causam ao leitor pelas circunstâncias descritas, como por exemplo: nos pensamentos subversivos de Winston, apesar da Polícia do Pensamento, bem como pela sua desconfiança diante das versões do Partido, inclusive porque ele próprio as reinventava quando requisitado¹; na angústia de Josef K. ao ser preso e processado por autoridades, sem qualquer motivo, prova ou oportunidade para defesa, até enfim ser brutalmente assassinado²; na revolta de Caleb ao descobrir que toda sua existência, assim como da humanidade, é determinada pela *Rehoboam* que, por possuir amplamente todos os dados pessoais, é capaz de inferir e manipular destinos para obter os “melhores” resultados, sacrificando uma minoria de *outliers*³; e na radicalização da desigualdade social assinalada não só em termos econômicos, mas pela expectativa de vida milenar de poucos Matusaléns, que têm amplo acesso à biotecnologia e design corporal inteligente, bem diferente das pessoas comuns que, raramente, conseguem outras *capas* além das de nascença⁴.

Ora, percebe-se que o assunto do Direito também se faz presente, mesmo pela sua ausência. Na história do ocidente, é possível dizer que já foram feitas apostas em algumas narrativas, por vezes identificando, por vezes aproximando e, em outras ocasiões, separando completamente a justiça do direito⁵. Wolcher constata que há uma trajetória de altos e baixos, que passa tanto pelo triunfo da justiça, que se ergue sobre um direito considerado injusto, como pelo seu declínio, porquanto deixa de ser um discurso

¹ ORWELL, George. **1984**. Porto: Coleção Mil Folhas, 2002.

² KAFKA, Franz. **O Processo**. Portugal: Publicações Dom Quixote, Leya SA, 2009.

³ **WESTWORLD** [Seriado de TV]. 3ª temporada. Produtores executivos: Jonathan Nolan, Lisa Joy. Estados Unidos: HBO, 2020.

⁴ **ALTERED CARBON** [Seriado de TV]. 1ª temporada. Produtor: John G. Lenic. Estados Unidos: Netflix, 2018.

⁵ Para conhecer as diferentes ideias de justiça e direito da civilização ocidental, e os seus momentos de identificação, aproximação e separação completa: NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 254 e ss.

transcendente para se tornar uma realização concreta. Com efeito, rapidamente é descoberta a necessidade de abandonar o caos revolucionário para instaurar um novo *nomos* através de padrões autoritários de segurança. Os desejos humanos são instáveis, movimentando-se para o ressentimento daquilo que se torna velho. A vitória de qualquer projeto é, simultaneamente, o início da sua derrota, e o sofrimento da oposição se torna cada vez mais plausível⁶.

No cenário atual de incerteza, senão mesmo de desilusão sobre as narrativas ocidentais – considerando: as insatisfações generalizadas diante dos projetos políticos; a necessidade de acolhimento das diferenças, há muito desconsideradas pela tradição filosófica, na sua recorrente redução da alteridade do *outro* ao *mesmo*; bem como os problemas oriundos de uma perspectiva positivista cognitivista (*lato sensu*) na compreensão do direito, que o restringe ao positivado e o identifica como objeto, abrindo espaço para a sua instrumentalização, inclusive em torno das retóricas inumanas⁷ –, nada mais compreensível do que encantar-se pela *desconstrução* de Jacques Derrida, na medida em que pretende viabilizar o *acolhimento das diferenças* que foram desconsideradas por boa parte do pensamento do ocidente. Logo, a desconstrução não aposta em fundamentos e valores absolutos, porquanto é comprometida com a abertura para as diversas teses insurgentes, assumindo a incessante possibilidade de transformação⁸, não só das relações entre ideias, mas da própria realidade.

Com efeito, a desconstrução possibilita mudanças concretas nas circunstâncias sociais, bem como é uma via aberta para a realização da justiça através do direito, conjugada com a *ética da alteridade*, ainda que de forma aporética. Por esta razão, alguns juristas passam a assimilá-la no seu pensamento e prática, inclusive de forma sistemática, em um determinado local e tempo⁹. Alguns vão mais longe e formulam verdadeiras

⁶ WOLCHER, Louis E. **Law's Task: The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering**. England and USA: Ashgate, 2008, p. 59-60.

⁷ HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o Século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 21-40. – “*La philosophie occidentale a été le plus souvent une ontologie : une réduction de l'Autre au Même, par l'entre mise d'un terme moyen et neutre qui assure l'intelligence de l'être*”. In: LEVINAS, Emmanuel. **Totalité et Infini: Essai sur l'extériorité**. Original Edition, La Flèche: Martinus Nijhoff, 1971. – NEVES, A. Castanheira. A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia: Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. STVDIA IVRIDICA 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 30-37.

⁸ BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.**, n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 5-6.

⁹ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992.

jurisprudências desconstrutivistas, que se desenvolvem a partir das premissas de Jacques Derrida, embora de formas bastante diversificadas.

O objetivo do presente estudo é precisamente analisar o modo que algumas *jurisprudências desconstrutivistas* realizaram tal assimilação, tratando especificamente de dois pensamentos que se expressam de formas consideravelmente distintas, embora venham a convergir em muitos pontos. Fala-se da *Desconstrução Transcendental* de Jack Balkin, que discorda expressamente de alguns dos principais axiomas de Derrida, embora acredite estar em acordo com as intenções práticas do seu pensamento¹⁰; bem como da *Filosofia do Limite* de Drucilla Cornell, que ratifica tais axiomas em todos os seus termos, reinterpretando-os de maneira inventiva na sua abordagem jurídica¹¹. Neste sentido, importa investigar: de que forma cada uma dessas linhas condutoras, ao seu modo, “situa” a desconstrução entre o direito e a justiça; qual é a perspectiva de cada uma sobre a justiça e sobre o direito; as suas percepções sobre o papel e o limite da responsabilidade nesta dinâmica; bem como a forma que cada uma acredita que a decisão judicial deva ser realizada quando se queira justa, ainda que sob o seus dilemas.

No entanto, tal reflexão não seria propriamente crítica se não viesse acompanhada de uma *alternativa*, também não-positivista, capaz de confrontar a desconstrução, precisamente porque compreende o Direito, necessariamente, na sua configuração justa e, por esta razão, conta com uma sólida base fundamentante e integradora, posicionando-se autonomamente e de forma compatível com a ética da alteridade¹². Isto pode parecer um tanto impossível do ponto de vista da desconstrução, mas após explicitadas as suas motivações e em que termos é pensada esta autonomia, vê-se que faz o completo sentido. Trata-se, com efeito, da perspectiva *Jurisprudencialista* de António Castanheira Neves, que diverge sobre o modo como o direito se relaciona com a justiça; sobre o que realmente “determina” o direito e a justiça; assim como na condução da realização do juízo decisório.

¹⁰ BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019.

¹¹ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992.

¹² NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. – NEVES, A. Castanheira. **O Direito como Alternativa Humana. Notas de uma reflexão do problema actual do direito**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Tal pensamento demarca o cenário contemporâneo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra de forma paradigmática, bem como é interpretado e desenvolvido profundamente por muitos pensadores, sendo alguns destes tomados como marco teórico para o presente estudo, como José Manuel Aroso Linhares, Fernando José Bronze e Ana Margarida Simões Gaudêncio.

Desta feita, para dialogar com as diferentes abordagens já mencionadas sobre a dinâmica entre o Direito e a Justiça, inclusive na prática judicativa, importa, primeiramente, elucidar a posição da desconstrução no pensamento contemporâneo, no âmbito filosófico e jurídico.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSTRUÇÃO DE JACQUES DERRIDA.

Não se pretende relatar de forma absoluta toda a vida e obra de Jacques Derrida. Importa, na realidade, interpretar as suas ideias, que não deixam de carregar os eventos do sujeito que as pensa. Afinal de contas, em aproximação ao que o próprio Derrida considera, aquele que lê e interpreta de maneira inventiva a obra de um filósofo, conhece-o muito mais do que quem apenas a disserta¹³.

Pois bem, o fato que remete para algumas das ideias de Derrida, principalmente no que diz respeito ao tema da justiça, é que ele nasceu na Argélia, no ano de 1930, como parte de uma família judaica de pequenos burgueses da classe colonial francesa¹⁴. No ano de 1940, o antissemitismo se tornou doutrina oficial do governo francês e, conseqüentemente, na Argélia, essa forma de violência atingiu de forma marcante a vida de Derrida que, junto com seus irmãos, foi expulso da escola em que estudava, como todos os professores, alunos e servidores judeus, sem entender a motivação. A violência era diariamente vivida, inclusive em perseguições verbais e físicas. Tal experiência, extrema e dolorosa, naturalmente o marcou profundamente, não só pela dor da exclusão, mas pelo seu próprio desconforto em estar restrito a viver em uma comunidade puramente judaica,

¹³ **DERRIDA**. Direção: Kirby Dick; Amy Ziering Kofman. Produzido por Amy Ziering Kofman. United States. Zeitgeist Films, 85min, 2002. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pn1PwtcJfwE&t=1831s>. Acesso em 12 de set 2019, min. 7.

¹⁴ STRATHERN, Paul. Derrida's Life and Work. In: **Derrida: Philosophy in an hour**. Australia: Harper Press, Kobo: Publisher Default, 2000, p. 1-2.

fato que, de certo modo, contribui para identificar algumas das motivações sobre a sua sensibilidade diante do racismo e antissemitismo¹⁵.

No que diz respeito à formação do pensamento desconstrutivista, importa dizer que, na década de 1950, período de formação filosófica de Derrida, a fenomenologia e a dialética configuravam o espaço filosófico parisiense. Por sua vez, os pensamentos de Hegel, Husserl e Heidegger eram incontornáveis, sem esquecer de Merleau-Ponty e dos diálogos com a filosofia existencialista de Sartre e Emmanuel Levinas, que posteriormente tomou outros rumos. Estas bases permitiram reflexões sobre um conjunto de problemas filosóficos de natureza epistemológica, fenomenológica, semiótica e dialética, com influência de Nietzsche, pelo seu viés antidialético¹⁶. Na realidade, inúmeras são as influências, logo, não se pretende compilar todas.

A desconstrução, enquanto termo comumente associado ao pensamento de Derrida, também é marcada pela literatura, o que não significa que se trate de uma estetização da filosofia ou de uma mera análise filosófica de obras literárias. Todavia, a literatura é um componente essencial para manter a abordagem desconstrutivista distinta do mero conjunto de construções conceituais, porquanto se trata de um pensamento que denuncia os limites de conceitos. Na realidade, qualquer tentativa de enquadramento associada à desconstrução é vista como problemática, apesar de ser comum situar Derrida em uma geração de intelectuais franceses conhecidos a partir de 1960, sob o rótulo de “pós-estruturalistas”, que inclui Foucault, Deleuze, Lyotard e Barthes. Mas a realidade é que não há uma coesão ou um programa comum que justifique tal agrupamento, apesar de todos ultrapassarem os limites do pensamento filosófico até então, em torno de reflexões sobre a questão da *diferença*¹⁷.

O que se pode dizer, de modo genérico, é que o pós-estruturalismo é uma resposta filosófica à pretensão de tornar a cientificidade um megaparadigma para as ciências sociais. Trata-se de um movimento de destaque a partir da década de 1960 que, de modo geral, tem como foco o “descentramento” das estruturas. Neste contexto, o pensamento de

¹⁵ **DERRIDA**. Direção: Kirby Dick; Amy Ziering Kofman. Produzido por Amy Ziering Kofman. United States. Zeitgeist Films, 85min, 2002. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pn1PwtcJfwE&t=1831s>. Acesso em 12 de set 2019, min. 47-49.

¹⁶ FERRO, Roberto. **DERRIDA, Una Introducción**. Colección Pensamientos locales. Buenos Aires: Editorial Quadrata, Kobo: Publisher Default, 2009, p. 21-35.

¹⁷ NASCIMENTO, Evandro Batista. **Derrida**. Coleção passo-a-passo, nº 43. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, Kobo: Publisher Default, 2004, p. 2-6.

Derrida ganha destaque ao contribuir com questionamentos sobre a estruturalidade da estrutura e sobre a ideia de “centro”¹⁸.

É importante clarificar que o estruturalismo e o “pós-estruturalismo” partem de muitas das mesmas ideias¹⁹, mas há consideráveis inovações do segundo em face do primeiro. A primeira é a relevância atribuída à abordagem crítica da história, pois, ao contrário do estruturalismo, que parte de uma análise sincrônica, o pós-estruturalismo investe em uma visão diacrônica sobre a dinâmica de transformação das estruturas, assumindo uma narrativa genealógica em substituição da ontológica. Neste sentido, assume-se também uma leitura antifundacionista e um certo perspectivismo interpretativo, em confronto com o cientificismo, racionalismo e realismo assimilados pelo estruturalismo. Ademais, na linguística, o pós-estruturalismo também enfrenta a estruturalidade das oposições binárias tidas como fundamentais, na medida em que não as reconhece nem como fundacionais e nem exclusivas. As oposições binárias também são identificadas na construção dos valores iluministas e na política da democracia liberal, logo, algumas vertentes do pensamento pós-estruturalistas atentam para as fronteiras que são socialmente construídas e mantidas a partir destas oposições, o que abre espaço para a possibilidade de desconstrução das mesmas²⁰.

O pós-estruturalismo também conta com a noção de diferença (*différence*), ou melhor, com as *filosofias da diferença*, em uma crítica direta aos valores supostamente universais do Iluminismo e à cultura política europeia. Tal contexto foi propício para que Derrida desenvolvesse a sua própria compreensão sobre a diferença, através da *differánce*²¹, que é objeto do presente estudo.

Após tais considerações, importa adiantar que a desconstrução não é descrita sob a forma de uma cadeia de conceitos, mas é vivenciada como um evento, um acontecimento em determinado contexto, no texto, embora não no sentido livresco da palavra²². Ou seja, a desconstrução já acontece antes da sua nomeação a partir dos termos heideggerianos

¹⁸ PETERS, Michel. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**: uma introdução. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 9-31.

¹⁹ PETERS, Michel. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**: uma introdução. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Belo Horizonte: Autêntica 2000, p. 35-38.

²⁰ PETERS, Michel. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**: uma introdução. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Belo Horizonte: Autêntica 2000, p. 38-42.

²¹ PETERS, Michel. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**: uma introdução. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Belo Horizonte: Autêntica 2000, p. 43

²² DERRIDA, Jacques. Letter to a Japanese Friend, p. 1-5. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David. **Derrida and Différance**. Evanston II: Northwestern University Press, 1988, p. 4

*Abbau e Destruktion*²³, o que não retira o papel da problematização singular das estruturas do pensamento ocidental e nem do desenvolvimento da mentalidade/atitude desconstrutivista realizada por Derrida, sob auxílio de ideias/ferramentas desenvolvidas por toda a sua obra.

1.1 Sobre a Metafísica da Presença.

De la Grammatologie, obra publicada pela primeira vez em 1967, é conhecida pelo seu grande impacto no pensamento ocidental, pois a crítica que carrega consigo não equivale ao mero rejeite de toda a tradição filosófica, mas consiste em um novo modo de pensá-la²⁴, o que não deixa de significar uma continuidade transformadora ao evidenciar alguns elementos ora mitigados. Neste sentido, o que Derrida deseja alertar na epígrafe da obra é que a mesma ordem que orienta a compreensão da história e da ciência está conectada à própria forma de compreensão da escritura. Isto porque a tradição filosófica ocidental, dos pré-socráticos até Heidegger, apesar de todas as peculiaridades de cada pensamento, sempre privilegiou o *logos*, em sua identificação com a origem e a verdade, ideia que se conecta com a plenitude atribuída à fala e ao rebaixamento da escritura.²⁵

Importa destacar que o ponto de partida da crítica derridiana, explorado em muitas de suas obras, é o viés *logocêntrico* que orienta a metafísica ocidental, que nada mais é do que o privilégio do *logos*, identificado como a razão originária e autossuficiente de todas as coisas, que está sempre em proximidade com o discurso falado, em sua presença plena. Ou seja, o próprio discurso já seria a presença idêntica a si, verdadeira e sem desvios do *logos*. Já a escrita seria apenas uma representação diferida do *logos*, relegada à posição de cópia imperfeita e perversa, pois seria ausente em relação à origem verdadeira²⁶. A partir deste comentário, é possível extrair algumas das oposições entre conceitos exploradas pelo pensamento de Derrida, como a oposição entre *presença/ausência*, *identidade/diferença*, *fala/escrita*, sem esquecer das outras ordens correlacionadas, como a do *fonocentrismo*,

²³ DERRIDA, Jacques. Letter to a Japanese Friend, p. 1-5. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David. **Derrida and Différance**. Evanston II: Northwestern University Press, 1988, p. 1.

²⁴ GLENDINNING, Simon. Chapter 3: Reading The Logocentric Heritage. In: GLENDINNING, Simon. **Derrida: A Very Short Introduction**. New York: Oxford University Press Inc. Kobo: Publisher Default, 2011, p. 3

²⁵ DERRIDA, Jacques. **De La Grammatologie**. Paris: Lés Editions de Minuit, 1967, p. 11-13.

²⁶ NASCIMENTO, Evandro Batista. **Derrida**. Coleção passo-a-passo, nº 43. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, Kobo: Publisher Default, 2004, p. 18.

que sempre privilegia a unicidade discursiva e a sua condição de fundamento da consciência, e o *falocentrismo*, já que a virilidade tem o seu correlato direto ao *phallus*, que culturalmente faz referência ao masculino e à própria ideia de presença²⁷. Ambas as ideias reforçam o rebaixamento da ausência, conectada nos exemplos com a escrita e o feminino.

É a partir da exposição de cada relação hierárquica entre ideias que Derrida clarifica, em cada obra de modo diverso, os efeitos de uma *Metafísica da Presença*, que é identificada por Evandro Nascimento como “o privilégio da presença como valor supremo em prejuízo de qualquer repetição ou *diferença* em todos os sentidos do termo”²⁸, ou seja, numa preferência pela lógica do “centro” e da identidade, em detrimento daquilo que é ausente e distante. Dito de outro modo, Derrida percebe que a filosofia ocidental busca estabelecer conceitos fundamentais e autossuficientes, que são compreendidos como referência para outros derivados, que se constituem a partir do diferimento e da diferença em relação ao “original”²⁹.

Infelizmente, não é possível explorar muitos exemplos de oposições conceituais por limites de caracteres e tema. O que interessa clarificar é que o projeto desconstrutivista envolve a identificação de hierarquias estabelecidas entre ideias para que se possa invertê-las temporariamente, visto que não se tem como objetivo apenas sedimentar outro padrão hierárquico que reforçaria a metafísica da presença em outros termos, mas sim denunciar os seus limites constantemente, abrindo caminho para outros *insights*. Com efeito, a desconstrução nos mostra que a hierarquia entre conceitos opostos é, na realidade, uma ilusão, pois uma ideia só existe porque depende, desde a sua constituição, da existência de outra³⁰.

Para compreender no que consiste a possibilidade de inversão das hierarquias conceituais, é importante retornar ao exemplo mais explorado, que é o da oposição *fala/escrita*. Vários pensadores ocidentais foram responsáveis por sedimentar e reiterar esta oposição conceitual, inclusive Rousseau, Lévi-Strauss e Saussure, em correlato com a

²⁷ NASCIMENTO, Evandro Batista. **Derrida**. Coleção passo-a-passo, nº 43. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, Kobo: Publisher Default, 2004, p. 21.

²⁸ NASCIMENTO, Evandro Batista. **Derrida**. Coleção passo-a-passo, nº 43. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, Kobo: Publisher Default, 2004, p. 16.

²⁹ NASCIMENTO, Evandro Batista. **Derrida**. Coleção passo-a-passo, nº 43. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, Kobo: Publisher Default, 2004, p. 18.

³⁰ BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.**, n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 5-6.

própria tradição logocêntrica da filosofia, que suspendeu qualquer reflexão livre sobre a escritura. Deste modo, tais filósofos reiteraram a ideia de que a escrita não seria mais do que representação exterior da fala e inventada a partir dela, em sua unidade autossuficiente. A fala é compreendida como a própria presença plena, da qual a escrita teria a sua origem. Neste sentido, em razão da distância da escritura em relação ao seu “centro original”, haveria a possibilidade de transmitir erros e perversões, o que, em tese, não aconteceria com o discurso falado. Ademais, a fala conta com as diferentes entonações, que são menos discerníveis pela escrita³¹.

Contudo, Derrida aponta a frouxidão dos argumentos utilizados na manutenção da hierarquia conceitual *fala/escrita*. Primeiramente, porque a fala não deixa de ser uma representação diferida do que é pensado por uma pessoa, ou seja, uma forma de mediação do pensamento que também pode trazer as mesmas perversões e erros atribuídos à escrita. Em segundo lugar, porquanto a fala, enquanto significante, é iterável e separável das intenções de quem fala, inclusive, porque nem sempre se fala o que se pensa. Neste sentido, a fala possui as mesmas características atribuídas à escrita; ainda, ambas as ideias podem ser classificadas como *casos especiais da ideia geral de escrita*. Ou seja, a *fala* e a *escrita* são variedades que integram uma ampla e generalizada rede chamada de “*arquiescritura*”³².

Outro exemplo de oposição hierárquica entre ideias, a fim de encerrar o tópico com o que há de mais fundamental no pensamento ocidental, é a relação entre *identidade* e *diferença*. Portanto, tudo aquilo que é autossuficiente e originário pode ser compreendido como idêntico a si mesmo. De modo contrário, o que deriva e se difere do idêntico é compreendido como diferente. Todavia, na realidade, a desconstrução nos mostra, como já se pode perceber na relação entre *discurso falado* e *discurso escrito*, que não há como uma ideia ser idêntica à outra sem, simultaneamente, estabelecer a sua diferença diante de todas as outras. Ou seja, a *identidade* só é compreendida a partir da *diferença*, assim como só há diferença porquanto existem ideais que são idênticas em determinadas situações. Logo, a desconstrução nos alerta para o fato de que as relações entre conceitos não são marcadas

³¹ BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.**, n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 5 e p. 15-17.

³² BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.**, n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 17-18.

simplesmente pela hierarquia e oposição, mas por uma dependência e diferenciação, revelando que aquilo que é tido como fundamental, originário e autossuficiente é, na realidade, igualmente dependente do termo que é compreendido pela sua ausência e diferimento. Com efeito, desmistifica-se a centralidade assumida na filosofia ocidental pela *Metafísica da Presença*, pois não há ideia que seja tão originária e fundamental que não dependa simultaneamente de outras³³.

Tais relações de dependência e diferenciação, entre outras que a desconstrução utiliza para demonstrar a reversibilidade de hierarquias conceituais³⁴, possuem designações bem específicas, o que torna possível observar certas construções que esta abordagem explora reiteradamente.

1.2 As ferramentas inteligíveis da desconstrução e os predicados do texto.

Falar de ferramentas inteligíveis é bastante arriscado, porque passa a ideia de que a desconstrução é um processo metódico, instrumental e previsível, o que contraria de forma significativa o que o próprio Derrida compreende³⁵. Todavia, é possível adiantar que, ao observar a repetição de certas práticas e elementos presentes em seus escritos, abre-se espaço para a reflexão sobre uma possível utilização orientada e instrumental da desconstrução³⁶.

Por sua vez, reitera-se que a crítica à metafísica da presença mostra que não há conceitos absolutos e nem fundamentos autossuficientes. Os significados se interconectam e não podem se autodeterminar sem considerar as próprias relações de dependência e diferenciação que mantêm uns com os outros. Neste sentido, importa conhecer os elementos que permitem identificar tais relações.

³³ BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.**, n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 7.

³⁴ BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.**, n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 7.

³⁵ DERRIDA, Jacques. Letter to a Japanese Friend, p. 1-5. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David. **Derrida and Différance**. Evanston II: Northwestern University Press, 1988, p. 3.

³⁶ BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 27, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 722.

Começa-se, portanto, pelo *rastro*, ou *traço*, que desde logo implica a ideia de uma marca que atesta a ausência irreduzível na própria presença. Ou seja, o *rastro* faz referência ao que não está mais presente, mas que deixou a sua marca. Com efeito, oposições só têm sentido pela possibilidade do *rastro*, na medida em que marca a relação com o *outro*, sinalizando a presença antes mesmo de se constituir enquanto tal³⁷. Neste seguimento, o *rastro* é o que comprova a própria realidade de um ente, pois a presença plena e autossuficiente não existe³⁸.

Ainda, a dinâmica entre a identidade e a diferença de conceitos opostos, marcada pelo *rastro*, pode ser condensada no termo *différance*. Nota-se que Derrida insere uma discreta modificação ortográfica (do “e” para o “a”, em francês, que de *différence* passa a ser *différance*) para causar uma diferenciação escrita, porém não sonora, já que os dois termos em francês soam exatamente iguais, como um rasto mudo da diferença na própria identidade, representando a relação de simultânea identidade e diferença. Entretanto, este termo não é um simples conceito, mas uma tentativa de designar as relações de mútua dependência e diferenciação que se revelam na desconstrução. Isto porque a perda de um sentido exato ocasionada pela troca de uma letra permite a polissemia, que atende simultaneamente aos sentidos do verbo diferir, que pode significar a temporização, ou seja, a mediação temporal que assinala um distanciamento, um intervalo, um deslocamento espaciotemporal; mas também se refere à não-identidade, ao discernimento em relação ao outro³⁹.

Nessa linha argumentativa, diverge-se da ideia de que conceitos diferentes devem manter relações de hierarquia para clarificar que estão situados em uma cadeia de remissões, inclusive, porque se a dinâmica entre termos opostos fosse reduzida à absoluta diferença, estar-se-ia unicamente repetindo a lógica da presença⁴⁰. Em síntese, a *différance*, é o que permite a significação do elemento presente, na medida que implica a sua relação com algo diverso de si, mantendo o rasto do passado, assim como seguindo o rasto do

³⁷ DERRIDA, Jacques. **De La Grammatologie**. Paris: Lés Editions de Minuit, 1967, p. 68-69 – BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.**, n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 11.

³⁸ NASCIMENTO, Evandro Batista. **Derrida**. Coleção passo-a-passo, nº 43. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, Kobo: Publisher Default, 2004, p. 31.

³⁹ DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papyrus Editora, 1991, p. 34-39.

⁴⁰ NASCIMENTO, Evandro Batista. **Derrida**. Coleção passo-a-passo, nº 43. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, Kobo: Publisher Default, 2004, p. 5.

futuro⁴¹. Ou seja, trata-se de reconhecer que a relação entre as oposições conceituais é constituída por uma série de remissões igualmente relevantes e fundamentais, que não podem ser definidas por um presente, ou por uma presença fundamental originária.

Ainda, para dar continuidade ao assunto das ininterruptas remissões presentes nas relações entre conceitos opostos, é importante clarificar o que Derrida entende por *suplemento*, ideia que é recorrente na prática desconstrutivista. O próprio termo é um tanto quanto autoexplicativo, apesar de ser polissêmico, podendo abarcar complementação de alguma falta ou o acréscimo de algo. Na filosofia não é diferente. Rousseau utiliza o termo para reforçar o privilégio da fala sobre a escrita, na medida em que a escrita era considerada como um mero complemento da fala; uma mera representação mediana do pensamento. Logo, a escrita, que é tão medíocre por ser distanciada do pensamento, não passa de uma forma defeituosa de tornar a fala presente, representando uma verdadeira violência ao destino natural da língua (*le dangereux supplément*). Todavia, Derrida alerta que a escrita é um suplemento perigoso, não porque contamina e prejudica o pensamento, mas em razão da sua capacidade de suplementar, que em si demonstra as faltas da fala. Ora, se a fala fosse a presença plena, não necessitaria de qualquer suplemento. Além do mais, a fala é tão distante do *logos* quanto a escrita. Ambas são igualmente mediadoras do pensamento e partem da mesma cadeia de representações, com as mesmas faltas diante do *logos*. Ou seja, o suplemento é algo constante, pois o espaço para as remissões e repetições sempre se faz presente; logo, a representação não simplesmente imita a presença, mas verdadeiramente cria o desejo pela mesma, em razão do abismo das ininterruptas remissões entre os significados, das ininterruptas ausências⁴².

É neste sentido que um dos axiomas fundamentais em *De la Grammatologie* é o de que não existe nada fora do texto, e não há nada além de suplementos e substitutivos, que só podem existir nesta cadeia de referências e interpretações de rastros. Todo o significado, para Derrida, só é possível pela abertura que a escrita proporciona, juntamente

⁴¹ “é o que faz com que o movimento da significação não seja possível a não ser que cada elemento dito “presente” [...] se relacione com outra coisa que não ele mesmo, guardando em si a marca do elemento passado e deixando-se já moldar pela marca da sua relação com o elemento futuro.” *In*: DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papirus Editora, 1991, p. 45.

⁴² DERRIDA, Jacques. **De La Grammatologie**. Paris: Lés Editions de Minuit, 1967, p. 208-234. – BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.**, n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 18-22.

com o desaparecimento da presença originária⁴³. Isto permite perceber que a realidade é pensada através de uma teia de referências, sem a qual seria impossível compreender qualquer ideia.

Há ainda uma característica, presente em qualquer texto e em qualquer signo, que é fundamental para a desconstrução, chamada de *iterabilidade*. Com efeito, Derrida clarifica que a escrita, diante da ausência de destinatário que já se pressupõe, deve permanecer legível e, por esta razão, a sua estrutura é *iterável*, ou seja, repetível em situações diversas. A *iterabilidade* refere-se à propriedade da escrita, qualquer que seja (fonética, pictográfica, alfabética, entre outras), que a permite ser repetível e transmissível em diferentes contextos, para além da presença de um destinatário ou do autor. Por esta razão, mesmo quando repetida, a escrita conserva a sua alteridade, pois a novidade do contexto e dos signos relacionados admite esta constante abertura para diferentes interpretações, para além do que intencionou o seu autor, o que é um alerta para a indeterminação do texto, considerando a inovação de contextos que delimitam os significados⁴⁴.

Em suma, alguns dos predicados essenciais do texto, considerando o axioma de que não há nada fora do mesmo, é, em primeiro lugar, a sua permanência, seja na memória, em papel, ou em vídeo, para além do momento presente em que é inscrito, para além do sujeito que o produziu em um dado contexto; em segundo, a possibilidade de romper com o contexto, ou melhor, com as relações de presença do momento da sua inscrição, incluindo a intenção do autor; e, por fim, o intervalo, no qual se instala o rastro, que o separa dos referentes presentes e da cadeia contextual interna⁴⁵.

Por fim, não se pode dizer que os predicados e elementos inteligíveis mencionados até o momento são os únicos a serem mobilizados durante a leitura desconstrutivista. Não só pelo fato de Derrida utilizar de outras construções, como também há quem desenvolva seus próprios artifícios, embora baseados naqueles que já existem. A

⁴³ “[...] *Il n’y a pas de hors-texte[...]* l n’y a jamais eu que des suppléments, des significations substitutives qui n’ont pu surgir que dans une chaîne de renvois différentiels, le « réel » ne survenant, ne s’ajoutant qu’en prenant sens à partir d’une trace et d’un appel de supplément, etc. Et ainsi à l’infini car nous avons lu, dans le texte, que le présent absolu, la nature, ce que nomment les mots de «mère réelle», etc., se sont toujours déjà dérobés, n’ont jamais existé ; que ce qui ouvre le sens et le langage, c’est cette écriture comme disparition de la présence naturelle”. In : DERRIDA, Jacques. **De La Grammatologie**. Paris: Lés Editions de Minuit, 1967, p. 227-228.

⁴⁴ DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papyrus Editora, 1991, p. 356-357. – BALKIN, Jack. *Deconstructive Practice and Legal Theory*. **96 Yale L.J.**, n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 8 e p. 41-43.

⁴⁵ DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papyrus Editora, 1991, p. 358-362.

intenção deste tópico é apenas a de esclarecer os elementos essenciais para a compreensão dos próximos desenvolvimentos.

1.3 A Desconstrução entre a Justiça Infinita e o Direito.

Sentimental e *romântico* foram os predicados utilizados por Richard Rorty para descrever Jacques Derrida, o que não deixou de ser uma forma de tentar deslegitimar a relevância da desconstrução em qualquer debate político-jurídico⁴⁶. Todavia, na contramão de todo o senso comum que se tem sobre a desconstrução, ironicamente, Derrida anui com sinceridade à tais atribuições para admitir a sua designação de sentimental e crente na felicidade, características que são essenciais para o seu trabalho⁴⁷, o que não deixa de ser uma postura política e democrática, que é, verdadeiramente, o coração do seu pensamento⁴⁸.

O que interessa para o presente estudo é o debate jurídico-político movimentado pela desconstrução, no momento em que Derrida se endereça para a *justiça* e para o *direito* no colóquio chamado “*Deconstruction and the possibility of Justice*” de 1989, lançado depois em texto impresso com o título “*Force of Law: The Mystical Foundarion of Authority*”, de forma bem menos oblíqua que o de costume⁴⁹. Isto porque, segundo Derrida, a desconstrução sempre carregou consigo a justiça, embora de maneira implícita, visto que não é possível enfrentar este assunto de forma determinante, por tematizações e objetivações, através da desconstrução⁵⁰.

Logo, neste endereçamento mais direto do que de costume, Derrida enfrenta as acusações de niilismo ou irrelevância política, para discutir se a desconstrução nos oferece a possibilidade de justiça, bem como o que isto significaria para o direito. As respostas, em

⁴⁶ RORTY, Richard. Remarks on Deconstruction and Pragmatism. p. 13-18 *In: CRITCHLEY, Simon et al. Deconstruction and Pragmatism*. London and New York: Routledge, 1996, p. 13.

⁴⁷ DERRIDA, Jacques. Remarks on Deconstruction and Pragmatism. p. 79-90. *In: CRITCHLEY, Simon et al. Deconstruction and Pragmatism*. London and New York: Routledge Edit, 1996, p. 79.

⁴⁸ BERNARDO, Fernanda. A crença de Derrida na Justiça: para além do Direito, a Justiça. *ÁGORA – Papeles de Filosofia*, vol. 28, n. 2, p. 53-94, 2012, p. 55-56.

⁴⁹ “*It goes without saying that discourses on double affirmation, the gift beyond exchange and distribution, the undecidable, the incommensurable or the incalculable, or singularity, differance and heterogeneity are also, through and through, at least obliquely discourses on justice*”. *In: DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: Deconstruction and The Possibility of Justice*. New York: Routledge, 1992, p. 7.

⁵⁰ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. *In: Deconstruction and The Possibility of Justice*. New York: Routledge, 1992, p. 9-10.

uma primeira e superficial vista, poderiam ser inúmeras, justamente porque a desconstrução não se propõe a oferecer critérios absolutos e normas capazes de dar respostas exatas⁵¹.

Com efeito, para o início do debate sobre o assunto, Derrida se endereça em inglês, já denunciando a hospitalidade e a justiça que orientam o seu pensamento, visto que a maioria dos ouvintes ali presentes assim o entenderiam. Contudo, o ponto alto está na expressão “*to enforce the law*” ou “*enforceability of the law*” que, diferente da sua tradução em outros idiomas, traz uma alusão clara à força inerente e autorizada do direito. A força é um elemento inseparável e implícito da própria essência da justiça do direito. Isto porque, para Derrida, há também uma justiça que excede os limites do sistema jurídico, que pode até mesmo o contradizer⁵². Ou seja, a justiça e o direito não necessariamente andam juntos, já que nem todo sistema jurídico se propõe a acolher conteúdos que sejam justos, de fato, o que nos permite perceber de imediato que o direito, para Derrida, tem uma significação formal, capaz de ser separado de conteúdos axiológicos e, inclusive, de ser injusto.

Todavia, a grande incógnita é o que diferenciaria a força justa e legítima do direito da violência injusta. Para discutir isto, Derrida conta com Pascal para nos dizer, em suma, que a justiça do direito precisa da força para que se realize, mas a força do direito também precisa da legitimidade da justiça para não se tornar tirânica. Todavia, a impressão que alguns pensadores possuem é que esta relação fora pensada e reinterpretada a partir das ideias de Montaigne sobre *o Fundamento Místico da Autoridade*, que basicamente sintetiza o fato de que o direito é obedecido não porque é justo, mas porque é o direito⁵³.

Portanto, novamente, vê-se acentuada a separação entre o direito e a justiça, mas dessa vez é possível observar que não há necessariamente um fundamento justo para a força do direito. O que faz com o que ele seja obedecido é o próprio fato de ser direito. Por isso é que o fundamento é místico, desconhecido, já que a autoridade se justifica por si própria. É neste sentido que o condutor resgata também o termo *Gewalt*, utilizado por Walter Benjamin no texto intitulado “*Zur Kritik der Gewalt*”, para falar da violência que é

⁵¹ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 4.

⁵² DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 4-6.

⁵³ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 10-12.

justificada, autorizada pelo próprio Estado, ou seja, da violência considerada legítima. Isto porque, como já foi visto, há uma força inerente ao direito, à justiça do direito, mas o que a autoriza se apresenta enquanto místico. Desta feita, Derrida resgata o pensamento de Pascal e Montaigne para observar as premissas de uma crítica à ideologia jurídica moderna que atinge a estrutura mais intrínseca do direito, ao elucidar que o momento fundador – a força performativa, ou mesmo a violência interpretativa que institui o direito – não é em si justo nem injusto, já que nenhuma norma ou justiça anterior poderia validar ou invalidar. O limite da força performativa se encontra nela própria, ou seja, baseia-se em um fundamento místico⁵⁴.

Entretanto, é através da sua leitura desconstrutivista que Derrida identifica que a *violência fundadora* não deixa de conter em si mesma a *violência conservadora*, responsável pela manutenção do Direito, tendo em vista a iterabilidade que inscreve a promessa diante da herança e da tradição no momento irruptivo de fundação. Não há um momento puro de fundação do direito porque a repetição já está inscrita no próprio ato constitutivo. A desconstrução aponta sempre uma *différentielle contamination* entre a violência fundadora e conservadora⁵⁵.

É a partir da separação entre justiça e direito e da percepção da contaminação entre a violência fundadora e conservadora que é possível chegar juntamente com Derrida às conclusões de que o direito é desconstrutível, o que torna possível a sua transformação através da história, com destaque para a transformação política. Por outro lado, a justiça é indeseconstrutível, assim como a desconstrução, pois ultrapassa qualquer possibilidade de convenção prévia e tematização⁵⁶. É por estas razões que Derrida conclui que a desconstrução está no intervalo entre a desconstrutibilidade do direito e a indeseconstrutibilidade da justiça⁵⁷.

⁵⁴ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 7-14.

⁵⁵ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 38.

⁵⁶ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 14-15.

⁵⁷ Trata-se das três premissas sobre a justiça, a desconstrução e o direito: “(1) *The deconstructibility of law (droit), of legality, legitimacy or legitimation (for example) makes deconstruction possible. (2) The undeconstructibility of justice also makes deconstruction possible, indeed is inseparable from it. (3) The result: deconstruction takes place interval that separates the undeconstructibility of justice from the deconstructibility of droit (authority, legitimacy, and so on).*” In: DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 15.

Na realidade a justiça em Derrida é de uma profundidade que não nos deixa atingir qualquer tipo de limite ou determinação capaz de situá-la em um dado lugar. A justiça, portanto, é também identificada à desconstrução e compreendida como uma aporia, uma experiência de impossibilidade, que não pode ser alcançada por qualquer caminho que entregaria localizações certas, mas verdadeiramente como um não-caminho, algo que não se pode experimentar. Por esta razão é que não se pode dizer que o direito, compreendido como um sistema de normas desconstrutíveis, possa ser identificado à justiça, pois ela está para além de qualquer regra, qualquer projeção e qualquer cálculo. A justiça é incalculável, infinita, e a sua realização através do direito é uma experiência verdadeiramente aporética⁵⁸.

Além do mais, o endereçamento da justiça é singular e único, visto que os conviventes são insubstituíveis, ao contrário do direito, que não consegue escapar da generalidade e da necessidade de comparabilidade. Por esta razão, na tentativa de realizar a justiça, é necessário falar a língua do outro, o que não deixa de ser uma impossibilidade, porque há sempre um terceiro implícito que suspende a unilateralidade, exigindo não só a comparabilidade, mas a própria universalidade⁵⁹.

Não se pode deixar de acentuar a marca das ideias de Emmanuel Levinas nestes escritos, já que falar a língua do outro, ao passo que se considera a existência de um terceiro, revela a influência da ética da alteridade, que nem de longe se confunde com um conjunto de mandamentos moralistas. A ética, em Levinas, é compreendida como uma responsabilidade pelo Outro, por tudo o que lhe diz respeito⁶⁰, por isto é excessiva e infinita, nos termos de uma alteridade absoluta, que não pode ser encerrada e definida através da razão⁶¹. A responsabilidade surge antes mesmo que se possa decidir sobre isto,

⁵⁸ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 15-16.

⁵⁹ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 17.

⁶⁰ “*Lá ética, aquí, no viene a modo de suplemento de una base existencial previa; es en la ética, entendida como responsabilidad, donde se anuda el nudo mismo de lo subjetivo. Entiendo la responsabilidad como responsabilidad para con el otro, así, pues, como responsabilidad para con lo que no es asunto mío o que incluso no me concierne; o que precisamente me concierne, es abordado por mí, como rostro.*” In: LEVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito**. Madrid: La balsa de la Medusa, 2000, p. 79.

⁶¹ “*That the alterity of the Infinite can consist in not being reduced, but in becoming proximity and responsibility, that proximity is not a failed coincidence but an incessant — and infinite — and, so to speak, glorious growth of alterity in its call to responsibilities, which, paradoxically, increase as they taken; that the finite is, thus, as if for the greater glory of the Infinite — that is the formal design of the notion of infinity that, when taken as knowledge, is lowered.[...] The proximity of the other showing me his or her face, in society with me, and the implications of that encounter overturn the logical and ontological play of the same*

pois faz parte da própria estrutura da subjetividade humana, que se posiciona enquanto existência para o outro⁶².

Neste sentido, a responsabilidade é instaurada através da interpelação pelo rosto do outro, que é compreendido como a porta de entrada para a ética, o que já em si suficiente para configurar a responsabilidade. Trata-se, portanto, de uma exigência de acolhimento pela via da alteridade, e não pela apropriação racional, já que a pretensão de conhecer ou categorizar o outro não deixa de ser uma tentativa de domínio⁶³, tendo em vista a própria impossibilidade de pressupor abstratamente o que vem a se passar concretamente.

A experiência de acolhimento face-a-face também é classificada por Levinas como a própria experiência de justiça, ou pelo menos um dos significados de justiça desenvolvidos no decorrer da sua obra⁶⁴. A justiça em Levinas começa a partir do outro, numa significação de hiper-responsabilidade assimétrica, não exigindo qualquer equivalência ou reciprocidade⁶⁵. Todavia, embora Derrida assimile ao seu modo tais ideias, não é sem ressalvas, pois relegar o *outro* à pura externalidade, ignorando o rastro presente no *eu*. Derrida argumenta que, se a responsabilidade assimétrica de Levinas deseja ser compatível com a alteridade, deve estar baseada em uma estranha simetria, na qual o *eu* também é *outro* do *outro*. Sem o rastro entre *eu* e o *outro*, sem a *différance*, o *outro* não poderia ser acolhido e respeitado⁶⁶.

*and the other, transforming it into ethics. An entire strain of contemporary philosophy, setting out from the irreducibility of the interpersonal to relations of objectivity, thematization and knowledge, is situated in the religious tradition of the idea of the infinite.” In: LEVINAS, Emmanuel. **Alterity & Transcendence**. London: The Athlone Press, 1999, p. 75-76.*

⁶² “*La responsabilité pour autrui ne peut avoir commencé dans mon engagement, dans ma décision. La responsabilité illimitée où je me trouve vient d’en deçà de ma liberté, d’un «antérieur-à-tout souvenir» d’un «ultérieur-à-tout-accomplissement» du non-présent, par excellence du non-originel, de l’an-archique, d’un en deçà ou d’un au delà de l’essence.*” In: LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu’être ou au-delà de l’essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974. p. 12. – LEVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito**. Madrid: La balsa de la Medusa, 2000, p. 89-91.

⁶³ LEVINAS, Emmanuel. **Totalité et Infini**: Essai sur l’exteriorité. Original Edition, La Flèche: Martinus Nijhoff, 1971, p. 65.

⁶⁴ LEVINAS, Emmanuel. **Totalité et Infini**: Essai sur l’exteriorité. Original Edition, La Flèche: Martinus Nijhoff, 1971, p. 65-73.

⁶⁵ BERNARDO, Fernanda. Da responsabilidade ética à ético-político-jurídica: a incondição da responsabilidade ética enquanto incondição da subjetividade segundo Emmanuel Lévinas (II). **Revista Filosófica de Coimbra**, n. 17. Coimbra: Instituto de Estudos Filosóficos Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, p. 62-95. 2000, p. 67.

⁶⁶ “*There is a transcendental and preethical violence, a (general) dissymmetry whose archia is the same, and which eventually permits the inverse dissymmetry, that is, the ethical nonviolence of which Levinas speaks. In effect, either there is only the same, which can no longer even appear and be said, nor even exercise violence (pure infinity or finitude); or indeed there is the same and the other, and then the other cannot be the other— of the same— except by being the same (as itself: ego), and the same cannot be the same (as itself: ego)*

O fato é que não há apenas dois rostos. Não se pode esquecer do *Terceiro*⁶⁷, que também pode ser visto através do rosto do outro, porquanto permite a abertura para os rostos de toda a humanidade⁶⁸. Por esta razão, há a necessidade de fazer com que a ética, a responsabilidade, alcance todos os *outros*. Logo, é inevitável que se compare e julgue através de métodos racionais as singularidades incomparáveis. Ou seja, com o terceiro, surge a necessidade de justiça, agora já com um outro significado, que implica a equidade e distribuição, pelas vias da comparabilidade. Portanto, por mais que a justiça comece pelo rosto do outro, ela jamais deve esquecer de todos os outros que também a interpelam através do rosto. O terceiro também é o próximo, o que não deixa de ser problemático, pois implica a necessidade de se comparar, sopesar e racionalizar as demandas de cada um. A justiça em Levinas está mais próxima da necessidade de comparação, equidade, coexistência, contemporaneidade, a partir da inteligibilidade de um sistema que nos põe em pé de igualdade diante de um corte julgadora, terceira e imparcial, ou seja, a justiça implica a experiência da tercialidade⁶⁹.

É possível reconhecer, portanto, que o direito e o Estado, para Levinas, derivam do face-a-face e não podem ser compreendidos como meros artifícios pacificadores e

*except by being the other's other: alter ego. That I am also essentially the other's other, and that I know I am, is the evidence of a strange symmetry whose trace appears nowhere in Levinas's descriptions. Without this evidence, I could not desire (or) respect the other in ethical dissymmetry". In: DERRIDA, Jacques. Violence and Metaphysics: an essay on the thoughts of Emmanuel Levinas. In: **Writing and Difference**. London and New York: Routledge, 2005, p. 160.*

⁶⁷ “[...] *that apparent simplicity of the relation between the I and the You, in its very asymmetry, is yet again disturbed by the arrival of the third person, who stands next to the other, the you. The third party is also a neighbour, a face, an unattainable alterity.*” In: LEVINAS, Emmanuel. **Alterity & Transcendence**. London: The Athlone Press, 1999, p. 101.

⁶⁸ “[...] *l'épiphanie du visage en tant qu'il atteste la présence du tiers, de l'humanité tout entière, dans les yeux qui me regardent. Toute relation sociale, comme une dérivée, remonte à la présentation de l'Autre au Même, sans aucun intermédiaire d'image ou de signe, par la seule expression du visage.*” In: LEVINAS, Emmanuel. **Totalité et Infini: Essai sur l'exteriorité**. Original Edition, La Flèche: Martinus Nijhoff, 1971, p. 235.

⁶⁹ “*Judgment and justice are required from the moment the third party appears*”. In: LEVINAS, Emmanuel. **Entre Nous: thinking-of-the-other**. New York: Columbia Press University, 1998, p. 202-203. – “[...] *in the relationship with another I am always in relation with the third party. But he is also my neighbour. From this moment on, proximity becomes problematic: one must compare, weigh, think; one must do justice, which is the source of theory. The entire recovery of Institutions – and of theory itself, of philosophy and of phenomenology, which explicates what appears – is done, according to me starting from the third party. The word “justice” is in effect much more in its place, there, where, equity is necessary and not my “subordination” to the other. If equity is necessary, we must have comparison and equality: equality between those that cannot be compared.*” In: LEVINAS, Emmanuel. **Of God Who Comes to Mind**. California: Stanford University Press, 1998, p. 82. – LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu'être ou au-delà de l'essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974, p. 200. – LINHARES, José Manuel Aroso. O Dito do direito e o Dizer da Justiça: Diálogos com Levinas e Derrida. **Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL**, vol. VIII, n. 14, Coimbra, p. 5-76, 2007, p. 21-22.

reguladores das massas, nos quais o juiz estaria simplesmente fora do conflito⁷⁰. Trata-se de um projeto de *perfectibilidade*⁷¹ para o Estado de Direito, pois a Justiça, dentro dos limites jurídico-políticos, não é capaz de igualar-se ao seu horizonte de aperfeiçoamento, buscado como uma utopia transcendente e ao infinita⁷². É por existir um fundamento vinculante e transcendente que o projeto de Levinas não pode ser distorcido para o de um Estado Totalitário, já que não emerge de uma necessidade de limitação da violência ou de justificativas que apenas contribuem para a retórica de autopreservação⁷³. O que não é necessariamente o mesmo para Derrida, tendo em vista os desenvolvimentos explanados sobre o fundamento místico da autoridade, que alertam para a ausência de fundamento originário, o que não deixa de fazer parte da própria premissa antifundacionalista sustentada pela desconstrução. Também é importante destacar que Derrida não busca por um horizonte regulativo ou messiânico que delimitariam a ideia de justiça⁷⁴; e nem por fundamentos puramente transcendentos, pois, além do famoso axioma já comentado de que tudo está no texto, há sempre um rastro ou suplemento que inviabiliza uma completa transcendência. Contudo, isto não significa dizer que não se pretenda ir em torno da justiça pelas vias do direito.

Portanto, sem almejar escapar de qualquer aporia, sabe-se que existem comunidades que não estão abarcadas pelas generalidades das leis jurídicas. Logo, supor que outro seja capaz de falar uma língua geral que, em inúmeras situações, só pode ser falada pelo homem branco europeu adulto e carnívoro (medida base para definição da justiça e injustiça até o presente), evidencia a clara exclusão de quem não é contemplado por esta “universalidade”. A desconstrução enfrenta a tarefa de transformar a régua do justo e do injusto, o que está longe de ser uma pretensão niilista. Pelo contrário, é a prova

⁷⁰ LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu’être ou au-delà de l’essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974, p. 202-203.

⁷¹ LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu’être ou au-delà de l’essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974, p. 34.

⁷² LEVINAS, Emmanuel. **Entre Nous: thinking-of-the-other**. New York: Columbia Press University, 1998, p. 229-231.

⁷³ “*There is a certain measure of violence necessary in terms of justice; but if one speaks of justice, it is necessary to allow judges, it is necessary to allow institutions and the state; to live in a world of citizens, and not only in the order of the Face to Face. But, on the other hand, it is in terms of the relation to the Face or of me before the other that we can speak of the legitimacy or illegitimacy of the state. A state in which the interpersonal relationship is impossible, in which it is directed in advance by the determinism proper to the state, is a totalitarian state.*” In: LEVINAS, Emmanuel. **Entre Nous: thinking-of-the-other**. New York: Columbia Press University, 1998, p. 105.

⁷⁴ DERRIDA, Jacques. *Force of Law: The Mystical Foundation of Authority*. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 25.

do desejo insaciável por justiça e do seu compromisso com o ético-político-jurídico. Esta preocupação é conduzida pelo duplo movimento da responsabilidade hiperbólica e sem limites diante da memória, do legado histórico que contém nossas compreensões de justiça e do Estado e de Direito, em um primeiro momento. E, em seguida, da responsabilidade diante da própria compreensão sobre a responsabilidade, que regula a justiça e a justeza dos comportamentos e decisões ético-políticas, sempre em referência ao feixe de outros conceitos suscetíveis à desconstrução. A desconstrução da compreensão da responsabilidade, ou de qualquer outro conceito, não conduziria à mera irresponsabilidade, mas à uma nova interpretação dos feixes de significantes, que inevitavelmente perpassa por um momento de suspensão (salto), estruturalmente presente no exercício da responsabilidade, que torna possível as transformações (revoluções) jurídico-políticas⁷⁵.

Neste sentido, a justiça que se identifica com o movimento da desconstrução é sem limites, infinita e excessiva, precisamente porque se pretende universal. Ora, dificilmente discursos gerais e abstratos conseguirão, ou mesmo pretenderão, atender às especificidades de todos os sujeitos merecedores de justiça; por esta razão, faz-se sempre necessário identificar e refletir sobre sua origem, as intenções e os efeitos práticos e teóricos de cada um⁷⁶. Desta feita, se o direito – que é desconstrutível, dependente de uma *enforceability* para instauração e manutenção duradoura, e composto por normas genéricas incapazes de atender simultaneamente às singularidades – quer se realizar em nome da justiça, infinita e indeseconstrutível, terá de enfrentar algumas aporias, ou essencialmente uma aporia⁷⁷, demonstradas principalmente no âmbito da decisão judicial. Por esta razão, são objetos do terceiro capítulo.

Mas o que já se pode concluir é que a justiça em Derrida é infinita, excessiva, hiperbólica e sem limites, porque pretende atingir todas as singularidades incomparáveis⁷⁸, principalmente aquelas que não estão abarcadas pelos discursos de justiça que dominam há muito tempo a mentalidade ocidental, o que demonstra um claro compromisso político de

⁷⁵ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 18-20.

⁷⁶ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 20.

⁷⁷ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 21-22.

⁷⁸ “[...] *an infinite “idea of justice”, infinite because it is irreducible, irreducible because owed to the other, owed to the other before any contract, because it has come, the other’s coming as the singularity that is always other*”. In: DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 25.

emancipação dos grupos marginalizados. Já o direito, apesar de não poder ser identificado com a justiça, não é impenetrável pela mesma e nem pelos outros campos da vida em sociedade, porque cada transformação política nos impulsionaria a reconsiderar os fundamentos do direito⁷⁹. Logo, não há projeções certas a partir de um horizonte regulativo para a justiça como em Kant, ou de um horizonte messiânico como em Levinas, mas há sempre um porvir, um talvez, que não pode ser totalmente determinado a partir de uma circunstância presente, exatamente porque é absolutamente outro, excessivo e inapresentável⁸⁰. É neste sentido que é possível perceber que há uma crença no Estado de Direito e na própria democracia, ou melhor, em uma democracia porvir, que não se oferecerá nunca em forma plena, mas que conserva uma promessa de respeito infinito pela singularidade e alteridade, assim como pela igualdade de considerações entre as singularidades⁸¹.

Embora se possa reconhecer a crença no Estado Democrático de Direito, a exigência de uma ininterrupta postura reflexiva e a sensibilidade em torno dos grupos marginalizados, é importante perceber, juntamente com Aroso Linhares, que Derrida identifica o direito à uma sequência de atos instituídos através de força performativa, produto contingente da vontade de uma autoridade, como se não houvesse outra alternativa além do voluntarismo moderno e as suas nuances de identificação do direito à legalidade, com foco em dar respostas para as finalidades sociais. Ou seja, Derrida não demonstra reconhecer a abertura para a possibilidade de um direito que não se identifique simplesmente com um conjunto de regras gerais e abstratas impostas, de um direito vinculado e constituído a partir de um sentido fundamentante próprio e integrante; logo, por esta linha de pensamento, faria sentido condenar o direito sempre à aporia e à uma espécie de economia da violência⁸².

Portanto, é possível dizer que Derrida, pela sua postura antifundacionalista, assume uma compreensão formalista, identificando o direito através da sua forma e não por um fundamento material. Logo, acaba por vincular a sua busca pela justiça à uma

⁷⁹ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 28.

⁸⁰ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 25-28.

⁸¹ DERRIDA, Jacques. **Specters of Marx**: The State of the Debt, the Work of Mourning and the New International. New York and London: Routledge, 1994, p. 81.

⁸² LINHARES, José Manuel Aroso. O Dito do direito e o Dizer da Justiça: Diálogos com Levinas e Derrida. **Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL**, v. VIII, n. 14, Coimbra, p. 5-76, 2007, p. 35-38.

transformação impulsionada por outros fatores, primordialmente políticos. Ainda, intencionalmente, Derrida não fornece direcionamentos rígidos sobre a justiça, abrindo um amplo espaço para as mais diversas percepções.

Além do mais, Wolcher considera que argumentos que tentam justificar a violência e o sofrimento causados pelo direito e pela justiça são poderosos narcóticos, que mitigam, ou mesmo eliminam, as angústias das responsabilidades diante do sofrimento dos outros⁸³.

1.4 A assimilação da Desconstrução pela Jurisprudência Pós-moderna.

Apesar de alguns pronunciamentos decretarem a “morte da desconstrução”, como se a “moda” tivesse passado, o que se observa na década de 1980 não pode ser lido como um simples fim. Tratou-se, na verdade, de uma assimilação tão intensa na base de nossas crenças que atingiu a nossa própria mentalidade⁸⁴. Com o direito não poderia ser diferente. *A jurisprudência pós-moderna* está aí para nos mostrar que pensar o direito envolve a assimilação das suas contradições e dos paradoxos, resistindo a estabilidade de teorias que oferecem verdades absolutas e fundamentos inabaláveis para o Estado de Direito. Neste paradigma jurisprudencial, parte-se de estratégias locais para a resolução de problemas em pequena escala, atingindo questões políticas e culturais, pelas vias da reformulação da interpretação jurídica, que não se deixa levar puramente pelo “ponto de vista externo”, supostamente capaz de permitir uma análise racional do sistema jurídico. Contudo, a dificuldade está em tentar encontrar definições para esta vertente teórica, já que ela não possui uma orientação una e nem pretende ter qualquer estabilidade⁸⁵.

Embora a desconstrução tenha influência em outros seguimentos da jurisprudência pós-moderna, a segunda geração dos *Critical Legal Scholars* é especificamente conhecida por assimilá-la na compreensão do fenômeno jurídico, bem como nos desenvolvimentos sobre a argumentação jurídica e prática decisória. Mas antes,

⁸³ WOLCHER, Louis E. **Law's Task: The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering**. England and USA: Ashgate, 2008, p. 75.

⁸⁴ CAPUTO, J. After Derrida Comes the Future. **Revista de Letras**, vol. 49, n. 2, Tradução de José Carlos Felix, São Paulo, p. 173-179, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/letras/article/viewFile/2046/1674>. Acesso em 25 de Out. de 2019, p. 173-175.

⁸⁵ MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 1-4.

é necessário clarificar os contornos básicos do *Critical Legal Studies Movement*, que tem início a partir de 1976, nos Estados Unidos da América, em uma conferência que reuniu vários *scholars*, “*The Conference on Critical Legal Studies*”, em razão da sua crítica comum ao pensamento jurídico tradicional e ao *Law and Economics*, visto que ambos são responsáveis por reproduzir relações de opressão e desigualdade social⁸⁶.

Importa esclarecer que os *CLS* possuem uma pauta política muito clara aliada aos projetos de esquerda, no intuito de tornar a sociedade mais igualitária e democrática, chegando mesmo a identificar o direito à política, embora sem reivindicar uma abordagem absoluta para o alcance destes objetivos. Isto sob influência do Realismo Jurídico Americano, da *Escola de Frankfurt* e de outros pensadores categorizados como pós-modernos, incluindo Jacques Derrida⁸⁷, para afirmar que existe uma tradição jurídica dominante que se utiliza da abstração e generalidade de dispositivos jurídicos para encobrir uma ideologia que perpetua relações de poder, inclusive, na prática jurídica do dia-a-dia, o que foi fundamental para atrair advogados e outros profissionais do direito para além da academia e das projeções teóricas⁸⁸.

Sem a pretensão de debater sobre a possível “natureza” do *CLS*, o que se pode afirmar é que, apesar da crítica comum, não há uma visão única sobre o direito e nem uma clara preferência por qualquer prognóstico⁸⁹. Há, na verdade, uma variedade de pensamentos singulares, apesar de ser possível identificar “ondas”, ou melhor, gerações que privilegiaram algumas ideias e abordagens em determinado lapso temporal.

O início do movimento que marca uma primeira geração entre meados da década de 1970 até o início da década de 1980, influenciada pelo Realismo Americano e pela Escola de Frankfurt, com enfoque na *indeterminacy thesis*, ou seja, na tese de que o direito e o pensamento jurídico liberal são constituídos por normas e princípios contraditórios, portanto, importaria revelar as incoerências encobertas pelo pensamento jurídico tradicional, defensor de uma falsa neutralidade e objetividade, que é responsável por reproduzir relações de privilégio e injustiça, atingindo questões de raça, classe, gênero,

⁸⁶ MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 106-107.

⁸⁷ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Entre o Centro e a Periferia: a perspectivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 7-46.

⁸⁸ MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 106-107.

⁸⁹ MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 107.

sexualidade e outras. A partir da metade da década de 1980, uma segunda geração de *CLS* surge ao assimilar os pensamentos ditos pós-modernistas de Michel Foucault, com a sua perspectiva crítico-genealógica e crítico-cratológica, bem como a desconstrução de Jacques Derrida para a leitura do pensamento jurídico e dos casos, com o intuito de identificar as relações de hierarquias entre os conceitos opostos e as ideologias ocultas nestas relações, o que representa uma volta à crítica interna da linguagem jurídica indeterminada. Desta feita, a segunda geração assume as contradições como fundamentais, assim como as hierarquias conceituais, que podem ser revertidas através de uma leitura desconstrutivista. Ainda, no final da década de 1980, surge uma terceira geração chamada de *Late Critical Legal Studies*, que marca um período de ramificação entre diversos estudos, que abrigou a *Feminist Legal Analysis* e a *Critical Race Theory*, pensamentos baseados em uma *ética da diferença*⁹⁰.

Neste sentido, Jack Balkin descreve os motivos essenciais pelos quais os *Critical Legal Scholars* foram atraídos pela desconstrução. Primeiramente, na medida em que permite atentar para a instabilidade dos significados, reforçando a ideia de que a decisão judicial é indeterminada, o que dá abertura para a interferência de uma vontade política. Em segundo lugar, porque a instabilidade atribuída às ideias se estende para as estruturas sociais em geral; logo, teses que apelam para a necessidade de estruturas jurídicas e sociais também poderiam ser desmistificadas. Em terceiro lugar, porque a desconstrução revela que os mesmos argumentos levantados por um texto podem ser utilizados para reverter a sua própria lógica, ao passo que possuem múltiplos significados que competem entre si, o que é útil para demonstrar incoerências⁹¹.

Neste sentido, Aroso Linhares clarifica que a segunda geração de *CLS* acentua a descrença nos métodos de argumentação jurídica que buscam a “resposta correta” ou, pelo menos, “plausível”, bem como da perspectiva interna (dos profissionais jurídicos, especialmente dos juízes), acentuando a instabilidade e a incerteza dos materiais, deslegitimando amplamente as decisões judiciais, embora assumindo que esta compreensão possa ser mantida em conjunto com as influências do Realismo de Holmes, no que diz respeito ao diagnóstico de previsibilidade e explicabilidade das decisões,

⁹⁰ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Entre o centro e a periferia:** a perspectivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 3-7 e p. 34-36.

⁹¹ BALKIN, Jack. Deconstruction. p. 367-373. In: PATTERSON, Dennis (edit). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2º ed. New York: Blackwell, 2010, p. 370.

inferidas por fatores ideológicos e externos de modo geral. Além do mais, a influência desconstrutivista demarca que toda reflexão crítica deve passar pelo “crivo” da desconstrução, atitude que é inevitavelmente vinculada à moralidade política ou a uma opção ideológica, que se traduz num conjunto de estratégias retóricas que atuam no reconhecimento das hierarquias conceituais jurídicas a serem problematizadas⁹².

Entretanto, não se pode dizer que as jurisprudências desconstrutivistas que selecionamos para a temática possam ser facilmente categorizadas como parte de uma única vertente teórica. Isto porque Jack Balkin, apesar de amplamente identificado como parte da segunda geração de *CLS*⁹³, não deixou de ter seus contributos para o movimento *law-as-literature*, apesar de posteriormente ter visto as suas limitações, o que o fez contribuir para a elaboração de uma nova analogia⁹⁴.

Já Drucilla Cornell, apesar de assimilar de forma clara a problemática da hierarquia de gênero e a pauta política feminista, não pode ter o seu pensamento identificado em totalidade com a jurisprudência feminista, inclusive porque esta não é una. No início da década de 1980, houve subdivisões dentro de uma perspectiva moderna⁹⁵. Já em meados da mesma década, como já dito, o movimento feminista aliou-se aos *Critical Legal Studies*, avançando pelas vias de uma crítica política das jurisprudências liberais, ainda que feministas⁹⁶. Em seguida, rompendo com os essencialismos das vertentes modernas, surge o feminismo pós-moderno, que enfatiza a importância da linguagem jurídica na construção das categorias que promovem o interesse masculino, contando com a influência da leitura desconstrutivista⁹⁷. Além do mais, o pensamento de Drucilla abarca

⁹² LINHARES, José Manuel Aroso. A identidade na Pluralidade dos Critical Legal Scholars: um discurso da dialética *societas/communitas*? In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, v. 8, n. 8, p. 83-130, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10437/7727>. Acesso em 01 de jul 2020, p. 118-120.

⁹³ MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 117-120.

⁹⁴ BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.**, 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 6.

⁹⁵ Em uma fase moderna, as teorias jurídicas feministas dividam-se no feminismo liberal, feminismo cultural e feminismo radical. Para saber mais In: MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 134-140.

⁹⁶ As *Fem-Crits* acrescentam o patriarcado como a fonte da ideologia perpetuada pelo direito, entendendo não só que “*law is politics*”, mas que “*law is sexual politics*”. In: MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 140-141.

⁹⁷ MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 141-142.

o problema da justiça, da diferença, do acolhimento do outro, dos grupos marginalizados de um modo geral⁹⁸.

Por tais razões, é possível conectar tanto Balkin como Drucilla dentro desta ampla categorização chamada de jurisprudência pós-moderna, já que também são *jurisprudências desconstrutivistas*, porquanto assimilam, cada uma ao seu modo, a desconstrução para o seu pensamento jurídico.

⁹⁸ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 11-12.

2. DIREITO E JUSTIÇA NA DESCONSTRUÇÃO TRANSCENDENTAL E FILOSOFIA DO LIMITE, OU A ALTERNATIVA AUTÔNOMA DA AUTOTRASCENDENTALIDADE AXIOLÓGICA.

Não se pode ignorar que Derrida reconhece a necessidade e importância da assimilação da desconstrução pelos juristas, bem como percebe especificamente os *Critical Legal Studies* pelos seus desenvolvimentos férteis em torno dos problemas jurídicos e político-institucionais, através da articulação conjunta de conteúdos literários e filosóficos. Isto porque tais abordagens responderiam aos programas mais radicais que a desconstrução poderia enfrentar para que não fosse inconsistente consigo mesma, visto que atentam para questões concretas, em torno de mudanças reais nas estruturas sociais. Entretanto, Derrida também chama atenção para os reducionismos, confusões e más compreensões que o termo “desconstrução” pode causar⁹⁹.

Contudo, considerando a multiplicidade de contextos de realização, é possível dizer que as outras formas de compreensão da desconstrução, quando divergem das afirmativas de Derrida em certos aspectos, são necessariamente equivocadas, ou apenas modos inovadores de interpretá-la?

2.1 A Desconstrução Transcendental de Jack Balkin

Jack M. Balkin, comumente conhecido como pertencente à segunda geração dos *CLS*, relata que a desconstrução, quando assimilada pela academia jurídica, foi, quase que por unanimidade, compreendida como um pensamento compatível com a esquerda política, capaz de demonstrar as incoerências e reversibilidade das perspectivas conservadoras e liberais. O propósito era crítico e normativo, ou seja, havia um direcionamento claro do que seria desconstruído, assim como daquilo que não seria, o que não deixa de ser bastante problemático pois, no âmbito literário, entende-se que todas as relações hierárquicas entre conceitos podem ser desconstruídas e que os textos são interpretáveis de diversas maneiras.¹⁰⁰ Os notáveis exemplos são os escritos do jornalista e desconstrucionista no âmbito literário, Paul de Man, que vieram a ser conhecidos pelos

⁹⁹ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 8-9.

¹⁰⁰ BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 2, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 720-722.

juristas acadêmicos em 1987. De Man, apesar de desconstrucionista, alimentava as páginas de um jornal belga pró-nazi chamado “*Le Soir*” por volta da década de 1940, sendo que alguns dos seus escritos confirmavam a retórica reproduzida pelo jornal, inclusive o antissemitismo¹⁰¹.

Outra questão apontada por Balkin é o fato de que, para o direito, a análise desconstrutivista se mostrou como uma série de técnicas retóricas repetíveis e instrumentalizáveis¹⁰². Isto contraria bastante o próprio Derrida na “carta para o seu amigo japonês”, Professor Izutsu, porquanto afirma que a desconstrução não pode ser identificada como uma análise, pois não possui um objeto específico de enfoque; e nem pode ser confundida como uma crítica; mas, principalmente, a desconstrução não pode ser compreendida como um método, apesar de Derrida reconhecer que, nos meios acadêmicos, há debates, leituras e ensino sobre a desconstrução¹⁰³. Contudo, para Balkin, o fato da desconstrução poder ser ensinada e repetida no âmbito acadêmico já é um indicativo da sua instrumentalidade¹⁰⁴.

O fato é que Jack Balkin não concorda com as declarações que identificam a desconstrução com a justiça e nem com o impossível, pois, apesar de ser utilizada para endossar um posicionamento crítico, há também uma infinidade de objetivos injustos que podem ser perseguidos através de técnicas desconstrutivistas. É possível apontar uma série de contradições e erros nos sistemas jurídicos, sem qualquer objetivo de superá-los. Pode-se apenas demonstrar a impossibilidade de aperfeiçoar os sistemas jurídicos, tirando qualquer sentido das tentativas de *perfectibilidade*. Há também quem realize a desconstrução apenas por um prazer estético¹⁰⁵. Ou seja, o que determina o sentido da desconstrução é uma orientação anterior, que influencia desde a escolha do texto a ser

¹⁰¹ BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 5-6.

¹⁰² BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 2, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 722.

¹⁰³ DERRIDA, Jacques. Letter to a Japanese Friend, p. 1-5. In: BERNASCONI, Robert; WOOD, David. **Derrida and Différance**. Evanston II: Northwestern University Press, 1988, p. 3.

¹⁰⁴ BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 2, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 722.

¹⁰⁵ BALKIN, Jack. Being Just with Deconstruction. **Social & Legal Studies**. Vol. 3, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 393-404, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/271/. Acesso em 06 nov. 2019, p. 395.

desconstruído, percorrendo toda a sua leitura, até a decisão final¹⁰⁶. Assim, Balkin nos ajuda a compreender que, se há uma razão anterior para a desconstrução, há um *logos*, “*a method to this textual madness. [...] Her practice is a logocentric practice at its inception even as it seeks to subvert the logocentrism of a particular text*”¹⁰⁷. Portanto, na perspectiva balkiniana, o logocentrismo é inevitável. Há sempre compromissos políticos, econômicos, morais, entre outros, que direcionam a prática da desconstrução¹⁰⁸. É por esta razão que Balkin, assim como outros membros do *CLS*, empregam-na com propósitos críticos e normativos¹⁰⁹. Portanto, propõe-se uma orientação clara, com o objetivo de atingir esclarecimento e emancipação, embora também seja autorreferencial e atenta para a prática, pronta a realizar a experimentação e verificação empírica dos seus efeitos¹¹⁰.

Jack Balkin compreende, portanto, que Derrida, apesar de não admitir a instrumentalização da desconstrução, utiliza-a como um método de aperfeiçoamento das relações hierárquicas entre conceitos, na tentativa nos convencer de que certas relações são melhores que outras. E não só ele, mas também Freud, Marx, Hegel e os pensadores críticos de modo geral¹¹¹. Todavia, não há nada que previna a desconstrução por si mesma de ser utilizada em torno de objetivos injustos.

Por sua vez, supor que não há ideias melhores que outras, ou que não há diferenças substanciais entre ideias diferentes seria um tanto problemático e niilista, pois não nos restariam parâmetros para modificar relações de injustiça e de sofrimento real de pessoas concretas. É por esta razão que Balkin elabora o conceito de “*nested oppositions*”

¹⁰⁶ BALKIN, Jack. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. **Cardozo Law Review**. Vol. 11, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1990. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/283. Acesso em 06 de nov 2019, p. 15.

¹⁰⁷ BALKIN, Jack. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. **Cardozo Law Review**. Vol. 11, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1990. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/283. Acesso em 06 de nov 2019, p. 15.

¹⁰⁸ BALKIN, Jack. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. **Cardozo Law Review**. Vol. 11, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1990. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/283. Acesso em 06 de nov 2019, p. 16.

¹⁰⁹ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Entre o centro e a periferia: a perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 38.

¹¹⁰ BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.** n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 25-26.

¹¹¹ BALKIN, Jack. Being Just with Deconstruction. **Social & Legal Studies**. Vol. 3, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 393-404, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/271/. Acesso em 06 nov. 2019, p. 396-397.

para a realização da desconstrução¹¹², que se refere às oposições conceituais nas quais cada um dos termos contém uma parte sua no outro, um rastro no outro, pondo em voga as relações de simultâneas similaridades e diferenças, ou seja, a *différance*. Na realidade, qualquer oposição conceitual pode ser reinterpretada como uma oposição em ninho, modificando-se de acordo com o contexto interpretativo¹¹³, tendo em vista a própria iterabilidade do texto.

Apesar de Balkin nos oferecer vários exemplos de *nested oppositions*, o enfoque deste estudo nos exige dar atenção para a oposição entre o *direito* e a *justiça*. De modo similar ao que Derrida argumenta, o primeiro é concebido como um produto cultural humano, assim como outras convenções sociais, logo, pode ser desconstruído. Entretanto, bem diferente do que Derrida expressa, Balkin possui como referência para a sua desconstrução um *valor transcendente de justiça*¹¹⁴.

A inadequação que existe entre o direito – produto cultural humano – e a justiça transcendente é melhor compreendida dentro de um estudo geral sobre a cultura, que não deixa de ser também sobre a ideologia e os seus efeitos, chamado de “*Cultural Software: A theory of Ideology* (1998)”. A metáfora *cultural software* não pretende afirmar que a mente humana funciona como a de um *software*, visto que o pensamento humano se distingue pela sua motivação constituída através de valores e pelo seu caráter metafórico. Importa, na realidade, relacionar o processo de construção e perpetuação da cultura com a constituição e desenvolvimento de um *software*, porquanto torna possível o processamento de informações, ou seja, as nossas formas de compreensão. Na realidade, o *cultural*

¹¹² BALKIN, Jack. Being Just with Deconstruction. **Social & Legal Studies**. Vol. 3, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 393-404, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/271/. Acesso em 06 nov. 2019, p. 397.

¹¹³ “A *nested opposition* is a conceptual opposition each of whose terms contains the other, or each of whose terms shares something with the other. The metaphor of “containing” one’s opposite actually stands as a proxy for a number of related concepts—similarity to the opposite, overlap with the opposite, being a special case of the opposite, conceptual or historical dependence upon the opposite, and reproduction of the opposite or transformation into the opposite over time. [...] Because opposition depends upon context and relation, recontextualization of a conceptual opposition may reveal similarities where before we saw only differences, or historical or conceptual dependence where before we saw only differentiation. Thus, to deconstruct a conceptual opposition is to reinterpret it as a nested opposition. It is to observe simultaneously the similarity and difference, the dependence and differentiation, involved in a relation between concepts. [...] The deconstructive concepts of *différance* and “trace” implicitly rely upon notions of nested opposition.” In: BALKIN, Jack. *Nested Oppositions*. **Yale L.J** 1669. Faculty Scholarship Series, 1990. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/281/. Acesso em 06 de nov. 2019, p. 8-9.

¹¹⁴ BALKIN, Jack. Being Just with Deconstruction. **Social & Legal Studies**. Vol. 3, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 393-404, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/271/. Acesso em 06 nov. 2019, p. 401.

software e a cultura, de modo geral, são compostos por um conjunto de ferramentas de compreensão (*tools of understanding*), que são, especificamente, ferramentas de *cultural know-how* que viabilizam a comunicação e engajamento no aprendizado social, bem como a transmissão da informação através da história, incluindo as tecnologias e as instituições. Entretanto, cabe acentuar que a motivação desta metáfora é a tentativa de elaborar uma teoria sobre a cultura que seja capaz de considerar algo que existe em cada indivíduo, que modela e permite a compreensão e o *cultural know-how*, com a garantia da similaridade de entendimento entre os sujeitos de uma mesma cultura, ao passo que também permite variações, discordâncias, erros, mudanças e desenvolvimentos através do tempo, o que torna possível compreender cada indivíduo como pessoa, vivente em um determinado momento histórico e cultural¹¹⁵.

Porém, dentro desta tentativa de compreensão da cultura, há também a identificação do papel da ideologia, já que os mecanismos do pensamento ideológico são os mesmos mecanismos do pensamento em geral¹¹⁶. Mas a compreensão de Balkin sobre a ideologia é um tanto ambivalente, ou seja: nem através de uma percepção neutra, equivalente à visão de mundo que orienta a nossa compreensão geral; e nem uma compreensão puramente pejorativa, como uma falsa noção da realidade, que serve para promover os interesses específicos de uma classe ou para manter relações de poder e injustiças de modo geral. A compreensão ambivalente da ideologia concilia a noção neutra e a pejorativa ao compreender que ambas descrevem os efeitos das ferramentas de compreensão, já que compõem *cultural software*. De acordo com a perspectiva neutra, continua-se a considerar de que forma tais visões de mundo são constituídas, ao passo que os mecanismos de compreensão cultural são investigados. Mas quando o *cultural software* cria relações de injustiça, tem-se a produção dos efeitos ideológicos, um fenômeno que nem sempre é percebido, pois é composto como qualquer outro mecanismo de compreensão cultural¹¹⁷.

Embora não exista a pretensão de tratar com profundidade o processo de constituição e desenvolvimento do *cultural software*, que nos levaria a falar mais do

¹¹⁵ BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 1-13.

¹¹⁶ BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 19.

¹¹⁷ BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 3.

processo de bricolagem e da evolução mimética¹¹⁸, importa dar atenção ao modo de articulação e expressão dos valores. Balkin assevera que, fora da cultura, os valores humanos são inócuos e indeterminados; porém, através dela, eles são articulados, diferenciados e refinados. Isto acontece através de instituições concretas, práticas e comportamentos. No caso da justiça, que por si só é inócua e indeterminada para Balkin, ela só passa a tomar forma na medida em que se tenta realizá-la na vida em comum, no direito, nas leis e em outras instituições, ainda que com certas imperfeições pelas próprias limitações de compreensão de cada momento histórico-cultural. Os valores, portanto, fora da cultura, fora das relações interpessoais, não trazem consigo o *script* de tudo o que deve ser feito em nome deles, e é por isto que há uma grande variabilidade de representações e articulações em diferentes culturas¹¹⁹.

A definição de um valor transcendente para Balkin consiste no fato de que não pode ser realizado completamente por qualquer articulação concreta, porque é inócuo e indeterminado. Todas as tentativas de realização permanecem imperfeitas e incompletas; porém, isto não deixa de ser uma exigência insaciável para a sua realização através das instituições culturais, com o propósito de combater as injustiças. Trata-se de um valor que é condição essencial para a existência humana, similar ao que Kant entende por horizontes, ideais regulativos. Portanto, não se pode dizer que o machismo, racismo e homofobia, são valores transcendentais, ao contrário da verdade e da justiça, que nos proporcionam referências comuns para compreensão humana e engajamento político-moral, ou seja, são valores de necessidade prática pois, inegavelmente, surgem no decorrer das relações entre pessoas¹²⁰ para aperfeiçoar as relações de convivência.

Porém, é possível questionar se a própria noção de valor transcendental não seria também limitada, já que a transcendência tem a sua genealogia no próprio pensamento ocidental, a partir dos contributos de Platão e Kant. Balkin reconhece este fato, porém assevera que a concepção de valor transcendente é o melhor modo de explicar tal aspecto da vida humana, considerando o *cultural software* que possuímos. As nossas ferramentas de compreensão são limitadas, inclusive quando pretendem descrever a ideia de perfeição.

¹¹⁸ Temáticas aprofundadas nos capítulos 2 e 3 *In*: BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998.

¹¹⁹ BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 27-30.

¹²⁰ BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 144-145.

Logo, a transcendência não deixa de ser uma articulação também sujeita à revisão, embora isto não signifique que possa ser feita de modo aleatório. Este fato abre espaço para outro argumento em defesa da transcendência, porquanto há parâmetros que nos permitem revisar as nossas ideias¹²¹.

Ainda, importa reconhecer a interdependência da transcendentalidade dos valores com o historicismo, na medida em que os valores são modelados pelo momento histórico de uma dada cultura, diversamente da percepção do historicismo moderno, no qual se assevera que os valores são revelados no decorrer do progresso histórico. Logo, conhecer as diferenças do passado é importante dentro de uma dialética maior que nos implica admitir as limitações do presente e nos cobra generosidade em torno do futuro, num movimento de autocritica que exige uma projeção em torno dos valores transcendentais de verdade e justiça¹²². Importa ressaltar, portanto, que os valores humanos não se confundem com as suas realizações culturais¹²³.

Destarte, a *nested opposition* entre o direito e a justiça, em que o primeiro termo da oposição é tomado como uma instituição cultural que intenta realizar a segunda, ainda que imperfeitamente, nos leva a ponderar o lugar da desconstrução. Ora, se mesma pretende ser normativa, deve seguir a orientação do valor de transcendental de justiça. Logo, Balkin está em defesa da prática de uma *Desconstrução Transcendental*, ou seja, uma utilização instrumental e limitada da desconstrução, que seleciona os seus objetivos e objetos cuidadosamente, orientada por um ideal regulativo anterior de *Justiça Transcendente*¹²⁴. Isto que diverge parcialmente das afirmativas de Derrida, já que o

¹²¹ BALKIN, Jack. **Cultural Software: a theory of ideology**. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 167-169.

¹²² BALKIN, Jack. **Cultural Software: a theory of ideology**. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 169-170.

¹²³ “Uma proposta que parte de uma interpelação assumida da validade comunitária (na sua autotranscendentalidade)... se não mesmo de uma representação (retoricamente desconstrutiva) do “fosso” ou da solução de continuidade “normativamente” relevante (*as a normative chasm or gap*) que separa (que distingue) “valores humanos” (*as transcendent values in an inchoate sense*) e “convenções culturais” (*as immanent cultural articulations*) [...]” In: LINHARES, José Manuel Aroso. Autotranscendentalidade, Desconstrução, e Responsabilidade Infinita: Os enigmas de Force de Loi. In: **ARS IVDICANDI: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. Vol. 01. Coimbra: Coimbra Editora, p. 551-667, 2008, p. 651.

¹²⁴ “*This nested opposition between law and justice takes us in unexpected directions. If human legal creations are always to some degree unjust, then justice cannot be fully determined by any positive norms of human law, culture or convention, for these positive norms must also fall short of our value of justice. We must think of our value of justice as an insatiable demand that can never be fulfilled by human law. In short, we must postulate a human value of justice which transcends each and every example of justice in human law, culture and convention. In this way our deconstructive argument brings us to a transcendental value of justice. Thus, the normative use of deconstruction becomes what I call ‘transcendental’ deconstruction,*

mesmo não compreende a justiça como um valor transcendente e a identifica com a desconstrução. Bom, como é sabido nesta altura, a desconstrução por si mesma, na perspectiva de Balkin, não é justa e nem impossível, porque pode ser plenamente realizada. De modo contrário, a desconstrução transcendental embora não possa articular completamente a justiça, não deixa de ser uma demanda inacabável e urgente de persegui-la¹²⁵.

O objetivo da desconstrução transcendental é claro em torno do aperfeiçoamento, da retificação, ou mesmo da *perfectibilidade* das relações hierárquicas entre conceitos opostos. A partir de uma atitude crítica, não se pretende apenas oferecer opções diferentes, mas importa sempre buscar uma alternativa mais justa do que as normas culturais positivas que já existem, definitivamente rejeitando o percurso niilista de que qualquer mobilização das oposições conceituais seria igualmente injusta, o que aniquilaria a diferença entre o justo e o injusto¹²⁶.

Em suma, o que ocorre pelas vias da desconstrução transcendental é uma reconstrução, que não deixa de depender de uma prévia desconstrução e nem de estar sujeita a ser desconstruída no futuro¹²⁷.

*because it must presume the existence of transcendental human values articulated in culture but never adequately captured by culture.” In: BALKIN, Jack. Being Just with Deconstruction. **Social & Legal Studies**. Vol. 3, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 393-404, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/271/. Acesso em 06 nov. 2019, p. 401-402.*

¹²⁵ “*Derrida is quite wrong to equate Deconstruction with this impossible value of justice. To be sure, human beings cannot fully articulate the inadequation between law and justice in their deconstructive arguments, so the rhetorical practice of deconstruction is necessarily limited; it cannot be identical to Deconstruction itself. Yet Deconstruction itself is not impossible; it is the very predicament of human culture. [...] Deconstruction and justice are by no means the same thing. Justice is a transcendent value lodged in the human heart, an incurable longing that demands articulation in human culture but is never satisfied by its products. Deconstruction, on the other hand, is a sort of interval between this indeterminate longing and its partial and imperfect realizations in human culture. Deconstruction is not justice, and deconstructive argument is not necessarily just. Indeed, deconstructive theory reminds us that the pursuit of justice is neverending*”. In: BALKIN, Jack. Being Just with Deconstruction. **Social & Legal Studies**. Vol. 3, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 393-404, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/271/. Acesso em 06 nov. 2019, p. 402-403.

¹²⁶ BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 12-14.

¹²⁷ BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 32.

2.2 A Filosofia do Limite de Drucilla Cornell

Drucilla Cornell assimila a pauta feminista no coração de sua jurisprudência desconstrutivista, em contributo claro para o *postmodern feminism* emergido pelo fim da década de 1980. Este movimento parte do *insight* de que, para alcançar a igualdade de gênero, é necessário levar em consideração as múltiplas e multiculturais experiências e compreensões de feminilidade, a fim de reformular as compreensões de igualdade e diferença de gênero. Ao invés de se avançar por uma categoria objetiva e geral sobre a identidade de gênero, a emancipação das mulheres e homens pode ser alcançada através da desconstrução dos estereótipos destas representações objetivas. Neste sentido, a jurisprudência pós-moderna feminista se utiliza de estratégias interpretativas, inclusive desconstrutivistas, para romper com os essencialismos e universalismos das jurisprudências modernas, na medida em que revelam a celebração dos interesses masculinos às custas das categorias generalizantes associadas à feminilidade¹²⁸.

Desta feita, o feminismo pós-moderno identifica que as oposições binárias são responsáveis por promover uma visão de individualidade que desfavorece os interesses femininos, inclusive quando se compreende o sujeito como plenamente em controle do seu discurso. Importa, na realidade, assumir a subjetividade como uma construção discursiva, assim como o gênero, para que seja possível perceber que não há nada que defina a natureza das mulheres, nada que lhes é essencial, o que diverge completamente das vertentes do feminismo orientadas por uma experiência unilateral de feminilidade. Destarte, as feministas pós-modernas ressaltam as diferentes experiências culturais de feminilidade, através da desconstrução da unilateralidade da visão sobre a identidade de gênero presente no direito, com o objetivo de abrir espaço para uma perspectiva plural sobre a igualdade, que respeita as diferenças sem tomar como parâmetro experiências masculinas. Trata-se, pois, de subverter as projeções modernas sobre o que se entende por “mulher”, na medida em que a linguagem jurídica é tomada como indeterminada e está sujeita às estratégias interpretativas que nos oferecem mais do que uma única resposta correta ao problema da desigualdade de gênero¹²⁹.

¹²⁸ MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End.** New York and London: New York University Press, 1995, p. 143-146.

¹²⁹ MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End.** New York and London: New York University Press, 1995, p. 143-146.

Cornell parte do mesmo contexto ora descrito, contando não só com a desconstrução, que renomeia por “*The Philosophy of the Limit*”, mas também com as intervenções críticas de Derrida no pensamento de Levinas e Lacan¹³⁰, e ainda na teoria dos sistemas de Luhmann para a desconstrução das modalidades temporais do sistema jurídico, bem como pela identificação do gênero como um sistema que se relaciona com o direito, ambos sujeitos à transformação da sua realidade, que é o objetivo do seu projeto de emancipação fundamentado na ética da alteridade e responsabilidade pelo outro¹³¹.

A renomeação da desconstrução para *Filosofia do Limite* tem o objetivo de capturar a essência do que a primeira verdadeiramente significa para a filosofia, bem como para clarificar a sua articulação no direito. Importa, na realidade, chamar atenção para os limites presentes em qualquer sistema, demonstrados através do conceito de *secundariedade* desenvolvido por Charles Peirce para apontar a falha do idealismo em tentar abarcar toda a realidade. A *secundariedade*, portanto, refere-se à materialidade que está para além de qualquer tentativa de conceitualização, resistindo-a¹³², o que é essencial para elucidar a aspiração inevitável em torno do *outro*, do *outro* como *ser* em sua própria materialidade, considerando a importância da simetria fenomenológica (a “estranha simetria”), a fim evitar que o *outro* se torne meramente projeção mística¹³³.

Drucilla entende que o exercício da desconstrução por Derrida expõe o limite de qualquer sistema, atestando sempre a presença da transcendência, do *outro* que não pode ser desconsiderado, o que é chamado de “*logic of parergonality*”, que traduz a ideia de que o sistema já pressupõe algo além de si mesmo¹³⁴. Esta pressuposição carrega consigo a aspiração ética da filosofia da alteridade e traz implicações para o direito, na medida em que, por estas vias, o sistema jurídico não pode mais ser compreendido como total e

¹³⁰ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 170-174.

¹³¹ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Entre o centro e a periferia: a perspectivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 192-193; LINHARES, José Manuel Aroso. Autotranscendentalidade, Desconstrução, e Responsabilidade Infinita: Os enigmas de Force de Loi. In: **ARS IVDICANDI: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. Volume 01. Coimbra: Coimbra Editora, p. 551-667, 2008, p. 656.

¹³² CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 1.

¹³³ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 2 e p. 55.

¹³⁴ “*First, deconstruction, reconceived as the philosophy of the limit, does not reduce the philosophical tradition to an “unreconstructable” litter, thus undermining the possibility of determining precepts for moral action; rather, it exposes the quase-transcendental conditions that establish any system, including a legal system as a system*”. CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 1.

absoluto, capaz de resolver por si mesmo todos os seus paradoxos. Para isto, a atual condutora resgata o axioma derridiano da “*justiça como aporia*” para assinalar as limitações de qualquer sistema jurídico que se pretende realizar em nome da justiça. Neste sentido, em defesa de uma análise *quasi-transcendental* para a justiça, com ênfase no limite, Drucilla pretende abrir espaço para transformações jurídicas que sejam capazes de promover a emancipação dos grupos marginalizados¹³⁵.

Como já mencionado, a desconstrução está presente de modo difuso e originário na *Filosofia do Limite*. Entretanto, importa dar a primeira atenção ao modo em que a mesma aponta a limitação temporal do sistema jurídico diante das exigências da Justiça, que demanda transformações em nome de um projeto emancipatório. Isto envolve compreender a relação que a *Filosofia do Limite* mantém com a *Teoria dos Sistemas Autopiéticos* de Niklas Luhmann, na medida em que perpassa pela desconstrução da percepção tradicional do tempo e do privilégio do presente, bem como pela sua relação com a alteridade¹³⁶.

Assim sendo, a teoria dos sistemas de Luhmann tem o propósito de sistematizar as contingências pela determinação da validade através de um mecanismo interno ao sistema. Trata-se de uma versão do projeto positivista que intenta dar resposta ao problema pós-moderno do *Grundlosigkeit*, ou seja, da perda de fundamento e da ausência de princípios fundamentais para o direito; porém não através de um sentido axiológico-normativo, mas reavivando o antigo desejo de automanutenção e autovalidação. Por isto, o sistema jurídico para Luhmann é autopiético, ou seja, é autônomo e operacionalmente fechado, porquanto a validade é garantida através da recursividade e circularidade das próprias preposições jurídicas¹³⁷. Todavia, se não existisse nada além do próprio sistema, não haveria como dar

¹³⁵ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 2 e p. 8-12.

¹³⁶ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 116.

¹³⁷ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 270-271. – Ainda, mais sobre a teoria dos sistemas autopiéticos em Luhmann: “O direito não seria senão um subsistema global da sociedade, com autonomia sistémico-autopiética. Autonomia pensada segundo um funcionalismo puro, em termos só formalmente processualísticos e com abstração (ou equivalência funcional) de quaisquer dimensões materiais (fossem elas as dos valores, dos fins, dos interesses), numa *Zweckfreiheit* [...], em que se abandona o próprio sentido “deontológico” (ou normativo em sentido estrito) para aceitar apenas um ponto de vista sociologicamente cognitivo na determinação dessas expectativas [...]”. In: NEVES, A. Castanheira. A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia: Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. STVDIA IVRIDICA 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 54.

continuidade para a suas operações. A verdadeira questão está em saber de que forma o ambiente externo se comunica com os sistemas, permitindo a sua autorreprodução¹³⁸.

Ora, a partir do construtivismo epistemológico, é possível concluir que o sistema considera como realidade somente o que produz internamente, incluindo as suas próprias estruturas, logo, a troca informações com o ambiente externo ocorre a partir da verificação do que é adequado e consistente para o seu funcionamento, através de um esquema binário que consegue filtrar o que é compatível e o que não é. Sem estes meios de verificar a consistência, não haveria memória e nem realidade¹³⁹. Naturalmente, o direito é um dos subsistemas da sociedade, não existindo fora dela, logo, há sempre uma comunicação, um *continuum* material entre o sistema jurídico e os demais, possível em razão de uma abertura cognitiva¹⁴⁰. Entretanto, a realidade é considerada apenas através da recursividade do sistema; a significação ocorre somente para o que lhe é considerado como relevante e não através de um esquema geral de significações¹⁴¹. Sendo assim, o esquema binário que previne o direito de assimilar o que não é adequado parte da consideração do que é

¹³⁸ “A system can reproduce itself only in an environment. If it were not continually irritated, stimulated, disturbed and faced with changes in the environment, it would after a short time terminate its own operations, stop its autopoiesis.[...] The question remains how the environment impinges on the system, and what relevance this has for the system's self-reproduction, for the continuation of its own operations” In: LUHAMNN, Niklas. Closure and Openness: On reality in the world of law. **EUI working papers**. San Domenico (FI). n. 86/234. European University Institute, 1986. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/23049/EUIwp_1986_234.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 06 de jun. 2020, p. 2.

¹³⁹ LUHAMNN, Niklas. Closure and Openness: On reality in the world of law. **EUI working papers**. San Domenico (FI). n. 86/234. European University Institute, 1986. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/23049/EUIwp_1986_234.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 06 de jun. 2020, p. 5.

¹⁴⁰ LUHAMNN, Niklas. Closure and Openness: On reality in the world of law. **EUI working papers**. San Domenico (FI). n. 86/234. European University Institute, 1986. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/23049/EUIwp_1986_234.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 06 de jun. 2020, p. 10. – “It nevertheless remains correct to say that the cognitive operations guarantee the system's openness to the environment (not its relations with the environment!); and likewise, that as regards the function and code of the system, cognitively oriented operations are secondary by comparison with the system's recursively closed autopoiesis”. In: LUHAMNN, Niklas. Closure and Openness: On reality in the world of law. **EUI working papers**. San Domenico (FI). n. 86/234. European University Institute, 1986. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/23049/EUIwp_1986_234.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 06 de jun. 2020, p. 12-13.

¹⁴¹ “The law need not and cannot concern itself with whether particular words like “woman”, “cylinder capacity”, “inhabitant”, “thallium” are used with sufficient consistency inside and outside the law. To that extent, it is supported by the network of social reproduction of communication by communication. Should questions such as whether women, etc., really exist arise, they can be turned aside or referred to philosophy” In: LUHAMNN, Niklas. Closure and Openness: On reality in the world of law. **EUI working papers**. San Domenico (FI). n. 86/234. European University Institute, 1986. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/23049/EUIwp_1986_234.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 06 de jun. 2020, p. 10.

positivamente e negativamente valorado pelo sistema jurídico, considerando as relações: direito/não-direito; lícito/ilícito; legal/ilegal; justo/injusto¹⁴². Este esquema se propõe a garantir a sua autonomia, excluindo assim determinações não-jurídicas do seu sistema, bem como do seu mecanismo interno de resolução de problemas¹⁴³.

Portanto, é possível dizer que a realidade do direito, para Luhmann, é uma realidade normativa em razão da recursividade das normas integrantes do sistema jurídico. Esta recursividade é o que permite a clausura normativa responsável pela adequação interna entre direito e justiça. Assim sendo, o *nomos* do direito só pode ser encontrado internamente na *thesis*, assim como no positivismo tradicional, porém, com a diferença de que, para Luhmann, a *thesis* não tem a sua validade assegurada por um elemento externo, ou seja, não é assegurada pela vontade do legislador, mas pelo próprio sistema jurídico, em sua recursividade de definições normativas autorreprodutoras. Mas, como já se pincelou, o sistema é cognitivamente aberto, pois o direito não é autotransparente, portanto, é incapaz de verificar e conhecer todas as suas operações, assim como os sistemas biológicos¹⁴⁴.

No entanto, não se pode olvidar que o elemento responsável por integrar um sistema com o seu ambiente externo é dependente da compreensão que Luhmann possui sobre o tempo, ou melhor, sobre *o uso iterativo das modalidades de tempo*. Neste sentido, o que distingue a sociedade Moderna das demais é o que Luhmann chama de *temporalização do ser*, que significa que o passado não pode mais ser compreendido como um evento inicial ou de origem. Portanto, uma das principais características da evolução social, ao menos no que diz respeito à mudança da compreensão do tempo, está no que ele chama de *extensão não-temporal do tempo*, conceito associado aos mecanismos de processamento de informação e comunicação dos sistemas com o ambiente externo, na medida em que o mesmo cria horizontes temporais para comportamentos específicos¹⁴⁵.

¹⁴² “[...] a preservação de uma lógica binominal rigorosa... que encontra o seu primeiro passo na reafirmação (-produção) em toda a sua transparência do código Recht / Unrecht (ius/ iniuria, positivamente valorado pelo direito/ negativamente valorado pelo direito, «justo»/ «injusto», lícito / ilícito, legal / ilegal).” In: LINHARES, José Manuel Aroso. **Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo**: Sumários desenvolvidos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado, s.a, p. 95.

¹⁴³ NEVES, A. Castanheira. A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia: Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. STVDIA IVRIDICA 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 55-56.

¹⁴⁴ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em: 17 de nov 2019, p. 272-273.

¹⁴⁵ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em: 17 de nov 2019, p. 273-274.

Tal conceito implica a reflexividade do tempo, na medida em que o futuro e o passado são reduzidos à condição de horizontes do presente. O presente é o que inter-relaciona o tempo com a realidade, representando uma série de constrições na integração temporal do futuro e do passado com o presente. O significado apenas surge neste presente integrante, o que também implica a recursividade dos sistemas, em sua autotematização, o que é parte do processo de evolução da sociedade enquanto desenvolvimento contínuo de um presente. No entanto, a própria distinção entre o sistema e o seu ambiente externo significa que há uma inevitável temporalização do sistema, pois não há correlação imediata entre os eventos do sistema e os eventos do ambiente. Em outras palavras, o sistema não está em um eterno presente porque está sempre por vir. Entretanto, a recursividade é um modo de integração temporal do passado e futuro, na medida em que esses dois horizontes estão no quadro da sociedade moderna¹⁴⁶.

Há, portanto, possibilidades condicionais para o futuro-presente, mas a *não-extensão temporal do tempo* significa que o presente ainda se mantém como base para o uso iterativo das modalidades temporais, mesmo incluindo o *futuro presente* e o *presente futuro*. Isto nos implica pensar em uma unidade para o tempo histórico, onde o passado e futuro de cada presente se cruza com outros (passados ou futuros) presentes e seus horizontes temporais, o que garante uma continuidade temporal, material e social suficiente de um presente para com os outros. E é a partir de tais considerações que é possível compreender o axioma luhmanniano de que “o futuro não pode começar”. Para Luhmann, o futuro é tanto o *futuro presente*, que faz referência às possibilidades condicionais de qualquer sociedade moderna complexa; como o *presente futuro*, que diz respeito às projeções utópicas e críticas para a sociedade, embora a mesma só seja compreensível através da negação do presente, na medida em que mantém relação com o próprio sistema que rejeita.¹⁴⁷

A partir destas considerações, Cornell adianta que a visão do tempo dos sistemas sociais e da história tem implicações diretas na possibilidade de uma crítica social, na compreensão de justiça, bem como para a interpretação jurídica, pois, para Luhmann, não

¹⁴⁶ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em: 17 de nov 2019, p. 274.

¹⁴⁷ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em: 17 de nov 2019, p. 275-276.

há um ideal regulador para a história e nem para a teoria dos sistemas. A história foi neutralizada e não possui implicações normativas. O passado não nos serve como base normativa para o presente, ou para a projeção de um outro futuro completamente diverso. A justiça, na teoria dos sistemas autopoieticos, apenas é o que sistema define internamente, mas um horizonte ético enquanto projeção de um *dever-ser*, um ideal crítico para além da lógica da recursividade não pode ser capturado pelo presente¹⁴⁸.

Em torno do desenvolvimento de uma perspectiva não-positivista, Drucilla Cornell, através da desconstrução de Derrida, desafia o privilégio do presente na perspectiva luhmanniana sobre o tempo. Para isto, a *différance* vem a ser essencial para mostrar a temporização do presente, que se realiza no intervalo que o separa daquilo que não é, criando espaços que permitem a sua apresentação, bem como a sua contínua divisão por intervalos do que é pensado com base no presente. O tempo, portanto, não funciona como integração e unidade do passado e do futuro, como é para Luhmann, pois qualquer realidade já é temporalizada, dividida em si mesma, o que nos direciona ao passado, na medida em que o passado não deixa de poder ser concebido como um rastro no futuro¹⁴⁹.

Drucilla observa que, para Derrida, o futuro já começou, como um traço de uma origem inalcançável, considerando que a ideia de um começo absoluto, uma origem, é um tanto inadequada, já que a temporização a refuta. Portanto, assim como para Luhmann, Derrida não parte da ideia de uma origem absoluta, pois, à medida que surge o começo, já existe uma realidade apresentada. O passado, para Derrida, não é apenas um dos horizontes do presente, mas é condição irrecusável da temporalidade que torna possível a sua própria apresentação. O presente, portanto, sempre aponta além de si mesmo, logo não pode ser base para toda a significação, como é na teoria dos sistemas autopoieticos¹⁵⁰.

Ademais, o presente é sempre adiado e chega apenas como um poder constitutivo do “*not yet of the never has been*”. Deste modo, o futuro não pode ser reduzido à alguma forma do presente. É por esta razão que a *différance* implica uma visão diacrônica do

¹⁴⁸ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 277.

¹⁴⁹ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 277-278. – DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papirus Editora, 1991, p. 45.

¹⁵⁰ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 279

tempo, na medida em que rompe com a ideia de presença absoluta, o que torna o próprio presente possível. O tempo limita a própria ontologia da presença¹⁵¹.

Não obstante, Drucilla clarifica que a recursividade e o privilégio do presente na teoria dos sistemas é representação da própria ontologia da presença, visto que o foco de Luhmann é mostrar como um sistema social constitui a sua própria realidade, que se torna a única realidade relevante através do seu fechamento operacional no presente. A realidade do sistema é totalizante e condiciona todas as possibilidades do futuro ao presente, excluindo o porvir de um futuro absolutamente outro. Todavia, a *différance* é a subversão de qualquer reino, na medida em que revela em toda e qualquer presença a sua dependência à diferenciação e temporalização. A *différance* clarifica a impossibilidade de qualquer domínio sobre o futuro¹⁵².

Drucilla Cornell assevera que a abertura para o futuro como promessa de justiça é possível a partir da identificação de que a lógica da recursividade, que identifica *nomos* e *thesis*, nada mais é do que o fundamento místico da autoridade, na sua tentativa de apagar a violência fundadora que constitui o sistema jurídico e a sua ausência de fundamento axiológico material. Tal identificação torna possível a desconstrução do sistema jurídico e, igualmente, a desconstrução da identificação entre o direito e a justiça através da replicação operacional do sistema. Logo, é possível dizer que Drucilla parte do axioma de que o Direito é desconstrutível, passível de desestabilização suficiente ao ponto de expor suas rachaduras, para afirmar que a substituição de uma origem nunca poderá ser completamente alcançada nem pela autopoiesis, nem pela regra de reconhecimento. A desestabilização é essencial para a própria possibilidade de transformação jurídica em nome da justiça¹⁵³.

Por sua vez, Cornell repete os demais axiomas derridianos, tanto para dizer que a justiça não é desconstrutível, quanto para identificar a desconstrução com a justiça, em um caminho diverso de Jack Balkin. A desconstrução desafia a ideia de que o direito colhe a legitimidade do seu próprio funcionamento, já que a autoreprodução da realidade sistêmica

¹⁵¹ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019. p. 279.

¹⁵² CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 280.

¹⁵³ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 280-282.

nega a possibilidade de transformações jurídicas que ainda não foram antecipadas pelo presente. A tentativa de estabelecer de forma positiva a natureza da justiça é também rejeitada, pois a mera justificativa descritiva de uma justiça silenciaria aquele que não é abarcado pela descrição. A justiça, para Cornell, se definida de forma imanente, reinstala um modo circular de justificação que retorna sempre ao que já é. Por esta razão, a desconstrução insiste em manter a separação entre o direito e a justiça. Trata-se, portanto, de uma insistência ética¹⁵⁴.

Entretanto, de modo similar ao de Balkin, Drucilla também recorre a uma justiça que é transcendente ao Direito. O que mobiliza o sistema jurídico para a justiça é a sua própria desestabilização, já que o sistema não está totalmente presente e nem é completamente autoconstituído de forma imanente, mas a justiça não é a desestabilização em si¹⁵⁵. Nas palavras de Cornell: “*Justice “is” the limit of the immanent present. But for Derrida, this limit is not projected as a transcendental ideal. Rather it is an unsurpassable aporia*”¹⁵⁶.

A Justiça como limite, na realidade, representa uma aporia inultrapassável, uma impossibilidade para a realização completa. Para demonstrar a impossibilidade, Derrida exemplifica três situações da prática decisória, que são objetos de análise do terceiro capítulo. Mas o que importa extrair destas considerações é que a Justiça não é completamente realizável através do direito, na medida em que o direito se mantém no presente, ao contrário da Justiça que sempre apela para o “*not yet*”. Importa ainda considerar a possibilidade de contaminação do horizonte que se projeta, e, por isso, a Justiça permanece como um porvir, um talvez absolutamente outro que não existe para a teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann¹⁵⁷.

Ainda, a incapacidade do reconhecimento da *alteridade* e *diferença* pela teoria dos sistemas autopoieticos também contribui para a reprodução da violência de gênero, na

¹⁵⁴ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 282.

¹⁵⁵ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 283.

¹⁵⁶ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 283-285.

¹⁵⁷ CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 285.

medida em que a análise sociológica, nos termos luhmannianos, reafirma a lógica de autorreplacação da identidade de um sistema. Neste sentido, a atual realidade do sistema de gênero nega o reconhecimento da simetria fenomenológica à mulher, definindo-a como uma “coisa”, um espelho ou fantasia para o imaginário masculino, nos termos de Lacan. Realidade descrita por Drucilla através das estatísticas estadunidenses do período da obra em comento, que revelam números muito superiores de certos tipos de violências contra a mulher, que não ocorrem com a mesma frequência para homens¹⁵⁸.

Importa esclarecer que, apesar de Luhmann não indicar expressamente se o gênero pode ser compreendido como um sistema, Cornell acredita ser possível concluir que a lógica de reprodução da identidade de gênero pode e deve ser compreendida desta forma, pois o gênero está presente por toda a estrutura linguística, atribuindo significado para a diferença sexual e, ainda, é autorreplicante. Entretanto, Cornell também acredita que a “clausura normativa” luhmanniana não impede que as normas internas de um sistema contenham o rastro de valores e da justiça, o que torna possível uma reforma da teoria dos sistemas. Contudo, as diferenças para Luhmann são sempre identificadas pelo código semântico, que acabam por ser redefinidas em compatibilidade com a sua lógica interna, senão mesmo rejeitadas. É precisamente esta compreensão relacional da diferença que deve ser desconstruída, na medida em que é incapaz de acolher a alteridade¹⁵⁹.

Um claro exemplo de compreensão relacional da diferença é a diferença sexual, na medida em que a ideia de feminino é sempre definida a partir do ideário masculino, a partir da compreensão de que a mulher é a “outra” do homem, o que projeta uma realidade de dominação. Entretanto, este exemplo não deixar de alertar para o modo como um sistema ultrapassa as diferenças para reconstituí-las a partir das suas próprias limitações, elucidando uma relação entre o sistema e a sua transcendência, nos termos da abordagem *quasi-transcendental* de Derrida sobre *the logic of parergonality*, que observa o rastro na relação entre a *transcendência* e a *imanência* empírica de um sistema, essencial para desconstruir a rígida dicotomia entre tais ideias¹⁶⁰.

¹⁵⁸ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 138-139.

¹⁵⁹ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 139-141.

¹⁶⁰ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 54-55 e p. 141-142.

Como já dito, a teoria dos sistemas de Luhmann permite a *evolução* do sistema a partir do presente, ou seja, uma continuação do que já existe através da sua dinâmica interna, distinguindo de forma bem acentuada o âmbito *interno* e *externo*. De modo diverso, Derrida, ao desconstruir as rígidas dicotomias entre a *transcendência* e *imanência*, e entre os elementos *internos* e *externos* de um sistema, torna possível, verdadeiramente, a *transformação* do sistema jurídico. Isto significa dizer que Derrida não apela para normas externas para validar o sistema e nem restringe a validação pelas normas internas, já que esta rígida dicotomia é desconstruída. A *transformação* implica sempre um apelo ao que não pode ser projetado pelo presente, ao porvir absolutamente outro da justiça¹⁶¹.

A partir de tais considerações, Drucilla conclui que o tempo da justiça e o tempo do sistema são diferentes, porém não precisam ser mutuamente excludentes. Luhmann reconhece que o indivíduo não pode ser reduzido à uma engrenagem do sistema, mas o seu enfoque jurídico não é a justiça, mas no funcionamento do sistema. Logo, ao dar enfoque à justiça, que implica a ética da alteridade, há de se desconstruir o privilégio do presente na teoria dos sistemas, na medida em que a *différance* rompe com tal privilégio e com a dinâmica de autorreplicação interna¹⁶².

Não obstante, Drucilla ainda parte da teoria dos sistemas para justificar a transformação da sua realidade através da desconstrução, na medida em que a mulher, enquanto *observadora*, identifica uma realidade tão profundamente ameaçadora que, ao invés de optar por simplesmente participar dela, escolhe desconstruí-la¹⁶³.

2.3 O Direito como Validade e Justiça: A alternativa autônoma da Autotranscendentalidade Axiológica de António Castanheira Neves.

Com Derrida, Balkin e Cornell, nota-se que a desconstrução, na forma compreendida por cada condutor, é o que possibilitaria a mobilização do direito em torno da justiça, demarcando a sua separação entre ambos. De outro modo, Luhmann assimila a justiça enquanto conteúdo validado através da clausura operativa do sistema jurídico, visto

¹⁶¹ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 142. – CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, v. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em 17 de nov 2019, p. 286.

¹⁶² CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 143.

¹⁶³ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 144.

que a única realidade a ser considerada é a produzida pelas vias da recursividade e circularidade interna. O direito em Luhmann é pensado para preservar a sua autonomia; porém, trata-se de uma autonomia compreendida em termos estritamente processualísticos e com a abstração de qualquer dimensão material, o que acaba por representar uma radicalização do positivismo jurídico, no sentido de que as normas são generalizadas projeções de possíveis acontecimentos, abandonadas de qualquer sentido normativo, considerando apenas um ponto de vista cognitivo sociológico para a sua determinação¹⁶⁴.

Castanheira Neves oferece uma alternativa que conjuga a *autonomia* – no sentido de preservar o conteúdo do direito em distinção dos demais, bem como para resolver os problemas jurídicos a partir de critérios jurídicos¹⁶⁵ – com a presença de um *fundamento axiológico material*, um sentido normativo que justifica o direito enquanto tal¹⁶⁶, diferente dos caminhos formais escolhidos por Luhmann. Trata-se de assumir o *direito* enquanto *validade axiológica e normativa*, que conta com um nível histórico-social positivo, um nível principiológico (considerando os princípios positivos, transpositivos e metapositivos) e o seu nível axiológico-dialético, pela dialética entre *suum* e *commune*, determinada por uma intencional e dinâmica normatividade axiológica. Isto sem esquecer do plano metodológico, problematicamente constitutivo do direito, através da dialética entre sistema e problema¹⁶⁷.

¹⁶⁴ NEVES, A. Castanheira. A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia: Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. STVDIA IVRIDICA 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 54. – “Como um *Symbol* axiologicamente vazio, que nada nos saberá dizer sobre a «qualidade material» (justiça, justeza, eficácia, adequação social) de «uma lei, de uma sentença ou de um contrato»... e que não obstante confirma a juridicidade destes e das comunicações que os integram! Que não é sequer uma *Grundnorm*... ou uma qualquer outra condição hipotético-transcendental do direito... porque se descobre «como pura forma...» — como o lado interior da forma (sendo o lado exterior o da não validade!). Decerto porque (tal como o símbolo dinheiro) esta validade (*als ein Symbol ohne intrinsischen Wert*) se limita a «simbolizar a aceitação da comunicação e com ela a autopoiesis das comunicações do sistema jurídico» (na sua implacável reprodução- variação temporal)”. In: LINHARES, José Manuel Aroso. **O sistema jurídico como um «fim em si mesmo» ou as «muralhas de indiferença» da galáxia auto**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, policopiado. s. a., p. 11.

¹⁶⁵ NEVES, A. Castanheira. A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia: Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. STVDIA IVRIDICA 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 55-56.

¹⁶⁶ “O direito é [...] um sentido normativo, uma intenção axiológica que assimila aqueles valores específicos que o justificam como direito e lhe conferem uma dimensão superadora e também constituinte”. In: NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 56.

¹⁶⁷ NEVES, A. Castanheira. O Direito como Validade. In: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, n. 3984. p. 154-175, Coimbra: 2014, p. 172-173.

Entretanto, para entendermos a proposta Jurisprudencialista de A. Castanheira Neves, em sua abordagem interna e crítico-reflexiva da materialidade do direito, principalmente para entender de que forma a justiça está implicada pela experiência de *autotranscedência* – já que a fundamentação do direito não resulta de um ideal heterônomo à cultura, como é o caso de Jack Balkin, mas de um desenvolvimento crítico-reflexivo e ininterrupto dos valores nessa mesma *práxis*¹⁶⁸–, é necessário acompanhar os desenvolvimentos sobre os problemas capitais do direito hoje, que remetem indissociavelmente ao seu sentido¹⁶⁹.

O primeiro problema é o “por-quê” direito ou melhor, por quais condições é possível reconhecer que há direito e qual sentido universal que o constituiu na realidade humana. O segundo é o “para-quê” do direito, ou seja, para que função tem se concretizado, em seu sentido civilizacional universal. Por fim, o terceiro problema enfrenta o pelo “quê” do direito, a fim de identificar qual o é o fundamento que sustenta a sua normatividade, que é exigido constitutivamente pelo seu sentido nesta experiência de *transcendentalidade prático-cultural*¹⁷⁰.

Por que pensar nas condições de emergência do direito? Ora, importa identificar os elementos sem os quais o direito não seria possível, ou não se distinguiria das outras instituições da vida humana. Desta feita, o direito, enquanto específica dimensão da realidade histórica, social e cultural humana, emerge a partir da síntese constitutiva de três condições: a condição *mundano-social*, que se refere ao fato da pluralidade humana em um único mundo partilhado; a condição *humano-existencial*, que diz respeito à relação humana pela mediação do mundo; e, por fim, a *condição ética*, determinante na especificação do direito enquanto direito¹⁷¹.

¹⁶⁸ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. In: **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves**. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012, p. 195.

¹⁶⁹ NEVES, A. Castanheira. **O problema da Universalidade do Direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas**. In: *Digesta*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 118-119.

¹⁷⁰ NEVES, A. Castanheira. A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia: Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. STVDIA IVRIDICA 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 145-146.

¹⁷¹ NEVES, A. Castanheira. **O problema da Universalidade do Direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas**. In: *Digesta*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 119-120.

A condição *mundanal*, portanto, interpela a humanidade com a necessidade de partilha de um único mundo. Na realidade, a convivência é condição básica da própria existência verdadeiramente humana¹⁷², na medida em que, nos termos de Castanheira Neves: “os homens comungam o mundo uns com os outros e comungam-no uns *através* dos outros”¹⁷³. Trata-se de uma experiência de *intersubjetividade*, que implica a correlatividade integrante e unitária dos comportamentos e, por conseguinte, a possibilidade de *exigibilidade* de uns pelos outros, na medida em que, para usufruir o mundo, faz-se necessário pôr exigências recíprocas. Essa, para Castanheira Neves, é a verdadeira perspectiva da *justiça*, pois é a *bilateralidade atributiva* que demarca a diferença do direito perante a moral, já que a moral tem o princípio no rosto do outro que nos interpela, e o direito tem o seu princípio simultaneamente no ponto de vista do eu, nos meus direitos, bem como nos deveres, em correspondência ao ponto de vista do outro e de todos os outros pela mediação do mundo¹⁷⁴. Tal compreensão não é incompatível com o que Emmanuel Levinas compreende sobre a ética da alteridade e sobre a justiça, embora divirja das perspectivas desconstrutivistas, que não identificam a justiça com a mesma contundência e ainda a situam para além do direito.

A condição *antropológico-existencial* já atesta a *inespecialização* e a abertura ao mundo, que são características determinantes da transfinitude humana. Ou seja, não há codificação capaz de desvelar por completo a “natureza humana”; por tal razão, o homem transcende o mundo e se autotranscende, enquanto ser prático e autônomo perante a realidade objetivada. O transcender também é projeção de uma ideação, numa dinâmica criativa e prospectiva em torno do futuro e como futuro, seja na busca de uma essência para além da existência, ou de uma intenção significativa que ultrapassa a realidade objetivada. Esta experiência é tanto submetida ao pensamento racional como à compreensão espiritual, intencionando outro nível de ser, um *dever-ser*, um valor, traduzindo-se na própria condição *axiológico-normativa* da existência humana. Os valores,

¹⁷² NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: Digesta. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 13.

¹⁷³ NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: Digesta. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 14

¹⁷⁴ NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: Digesta. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 14-15.

portanto, traduzem os sentidos fundamentantes dos projetos da realização histórica humana, enquanto projeções de plenitude implicadas pela transcendência¹⁷⁵.

Contudo, a experiência de transcendência não é um evento solipsista, na medida em que o homem não existe só, mas é sempre um “*ser-com-outros*”, em uma convivência comunitária. A *commune* é pressuposto objetivo da nossa existência, portanto, o mundo ou universo unitário é o espaço no qual todos habitamos e convivemos, mediador da comunicação e da *práxis* comum. Trata-se, portanto, da própria *condição existencial* do direito, que também possibilita a assunção de funções essenciais para a realização da vida, ou seja, a própria *condição vital*, assim como torna possível o intercâmbio existencial entre o eu e o tu, no cultivo de projetos e valores de desenvolvimento pessoal, enquanto *condição ontológica*. Afirma-se, portanto, a existência de uma cultural *intencionalidade transpessoal*, que totaliza os conteúdos intencionais e culturais que se objetivam em uma determinada realidade histórico-social *constituenda* em comunidade¹⁷⁶.

Todavia, a comunidade é um dos termos da dialética com a pessoa, em sua autonomia¹⁷⁷. Portanto, em uma dimensão ontológica, há de se considerar a presença de uma *historicidade constitutiva*¹⁷⁸ da subjetividade, enquanto *modo-de-ser*, que assume um sentido historicamente constitutivo¹⁷⁹. Bem diferente de Jack Balkin, na sua perspectiva historicista diferenciada, correlata ao relativismo cultural, na medida em que as variações históricas contingentes são compreendidas em torno da sua perspectiva de transcendência, o que parece endossar uma ideia supra-individual de cultura, como se todas as experiências

¹⁷⁵ NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: Digesta. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 16-19.

¹⁷⁶ NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: Digesta. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 19-23.

¹⁷⁷ NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: Digesta. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23.

¹⁷⁸ “E, assim, o conjunto dos padrões culturais vigentes num determinado contexto espaço-temporal, construídos na autodisponibilidade comunitária, simultaneamente constituem: por um lado, a construção histórica — a manifestação da irreduzível dimensão de historicidade constitutiva que o direito pressupõe [...]”. In: GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves*. In: **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves**. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, p. 175-209, 2012, p. 195-196.

¹⁷⁹ “Dimensão da subjectividade que na exacta compreensão do problema da história nos levará a distinguir a historicidade (como modo-de-ser de subjectividade que assume o sentido historicamente constitutivo) da história (como objeto epistemológico)”. In: NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: Digesta. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 24

histórico-culturais de comunidade fossem tentativas de realização de um mesmo valor transcendente, o que o próprio não reconhece, como assinala Ana Gaudêncio¹⁸⁰. Em uma dimensão sociológica, atesta-se para a persistência de um núcleo pessoal da nossa individualidade diante dos papéis assumidos em sociedade, um “eu pessoal” funcionalmente irreduzível, presente em uma dialética ininterrupta com o “eu social”¹⁸¹.

Enfim, a última condição a ser mencionada é a *condição ética*, a condição fundamental para o direito, sem a qual ele não poderá existir¹⁸². Ora, por mais que o direito não se confunda com a ética, ele possui uma irrecusável condição ética. Isto significa dizer que, partindo do pressuposto de que o direito nos remete sempre à normatividade, ao *dever-ser*, o mesmo apenas se manifesta quando há o reconhecimento recíproco entre os humanos da sua condição de sujeito, na sua determinação ético-pessoal, e não como objetos, já que as experiências históricas nos mostram que propriedades, ainda que humanas, não possuem direitos. Portanto, é essa *indisponibilidade axiológica* que autoriza as exigências normativas de uns pelos outros e a constitutiva coparticipação no todo axiológico, tornando possível reconhecer a condição de pessoa enquanto titular de direitos e deveres. Trata-se da condição transcendental de todo o direito, na medida em que só há direitos para pessoas¹⁸³.

¹⁸⁰ “Para Balkin, [...] o historicismo, neste sentido, seria o correlato do relativismo cultural [...]. Neste sentido, historicismo e transcendência seriam interdependentes: a compreensão da transcendência como tal acontece através do conhecimento das suas diferentes articulações históricas; a variação histórica seria coerente porque compreendida “...*against the background of transcendence*...”. [...] Porém, ao assumir uma transcendência de valor, Balkin parece aproximar-se de uma determinação supra-individual da cultura (em que inclui Gadamer) que, afinal, expressamente rejeita. [...] Diferentemente, com a transfinitude compreendida através da experiência da finitude, o horizonte de validade é, na proposta de Castanheira Neves, concebido como expressão histórica da axiologia constitutiva duma e vigente numa comunidade histórico-espacialmente concreta, sem convocar uma ontologia ou uma determinação transcendente/transcendental, mas com uma autotranscendentalidade que pretende subtraí-la ao puro indeterminismo, à pura contingência histórica”. In: GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves*. In: **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves**. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, p. 175-209, 2012, p. 202-203.

¹⁸¹ NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: *Digesta*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 24-25.

¹⁸² “É que, se o direito só verdadeiramente o temos quando à terceira condição da sua emergência, a condição ética, for conferida realidade, basta que dela se abstraia ou que ela efectivamente se recuse para que possamos ter ordens sem que sejam ordens de direito”. In: NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: *Digesta*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 40.

¹⁸³ NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: *Digesta*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 31-32 e p. 36.

Tais coisas ditas, é possível então inferir, juntamente com Castanheira Neves, que nem todas as instituições de organização social podem ser confundidas com *ordens de direito*. Ora, há alternativas que não pretendem priorizar a condição de pessoa, mas sim perseguir outros objetivos que podem ser justificados, por exemplo, a partir de uma suposta necessidade incontornável para a humanidade, uma *ordem da necessidade*, que justifica o domínio e a submissão, seja para sair do estado de natureza como em Hobbes; pela história-espírito de Hegel; pela história-produção de Marx; ou a da vontade de poder como em Nietzsche. Trata-se de uma alternativa que abandona o fundamento de validade para justificar uma dinâmica de poder, endossando uma estratégia totalizante e tautológica, suprimindo autonomias e apagando as diferenças incapazes de serem acolhidas nestas narrativas. Há também a alternativa da *ordem de possibilidade*, na qual os valores são trocados pelos fins, orientando-se por uma ideia de eficácia e funcionalidade que a ciência nos oferece. Todavia, a ciência e a tecnologia servem apenas de instrumentos para possibilitar metas individuais, ainda que coletivamente individuais, como os interesses utilitaristas e os sociologismos. Não obstante, há a *ordem da finalidade*, que põe à frente os objetivos político-sociais através de estratégias pré-determinadas, numa troca do direito pela política, dos valores pelas finalidades ideologicamente justificadas, consagradas pela Constituição enquanto referente político-jurídico fundamental do esquema de realização programática dos objetivos, atestando a prioridade dos efeitos políticos desejados¹⁸⁴. Não se pode esquecer também da *ordem do amor*, orientada pela ética da alteridade absoluta de Emmanuel Levinas, que convoca a Justiça Infinita e o acolhimento do rosto, ultrapassando a tercialidade e o parificante comum comunitário¹⁸⁵, permitindo assim a diluição da materialidade do direito pelo que lhe é exterior, sem conseguir preservar o seu próprio ponto de partida¹⁸⁶.

As opções alternativas ao direito conduzem a humanidade ao *status* de simples objetos de estratégias e técnicas, ainda que não seja intencional e, à primeira vista, pareçam satisfatórias, pois a nossa própria condição de pessoa – enquanto ser autônomo, livre e

¹⁸⁴ NEVES, A. Castanheira. **O Direito como Alternativa Humana. Notas de uma reflexão do problema actual do direito.** In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 300-307.

¹⁸⁵ NEVES, A. Castanheira. O Direito como Validade. In: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, n. 3984. p. 154-175, Coimbra: 2014, p. 155.

¹⁸⁶ LINHARES, José Manuel Aroso. O Dito do direito e o Dizer da Justiça: Diálogos com Levinas e Derrida. **Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL**. Vol. VIII, n. 14, Coimbra, p. 5-76, 2007, p. 34-35.

responsável; destinatário e sujeito de direitos e deveres – não é priorizada, para dar lugar às outras finalidades¹⁸⁷.

O direito, mesmo que seja apenas uma das soluções possíveis para o necessário problema da convivência, é *a alternativa humana* na circunstância presente, porque busca a integração axiologicamente material da real juridicidade. A ordem de direito apenas pode ser uma *ordem de validade*, que só se pode obter pelo reconhecimento recíproco da autônoma eticidade e da corresponsabilidade da pessoa, orientada pela exigência de um fundamento transindividual constituindo de validade, que implica normatividade. Ou seja, a ordem de direito não se identifica simplesmente como um conjunto de normas, enquanto critérios reguladores de uma racionalidade sistemática; nem como a *lex*, enquanto prescrição político-estratégica; nem com uma regra que faz parte de um esquema sistémico-social; ou sequer como uma função instrumental¹⁸⁸; mas sim como fundamento de intencionalidade e expressão axiológico-normativa para a prática-humano social, inclusive nos juízos decisórios¹⁸⁹.

O *direito como validade* subsiste através da prática humano-cultural de coexistência comunicativa, com intencionalidade específica relativa ao problema do sentido, *constituenda* de valores e princípios fundamentais a partir do *ethos* e da *epistème* de uma certa cultura, que são resultados de uma aprendizagem histórica ético-prática da humanidade. Trata-se da experiência de *autotranscendência de sentido*, ou *transcendentalidade prático-cultural*, que reconhece os seus fundamentos de validade oriundos do *absoluto histórico*, um fundamento histórico-cultural da constituição humana que carrega consigo a experiência de aprendizado proporcionada pela comunicação, pressupondo um comum sentido, sem olvidar as diferenças¹⁹⁰. O direito é, através da *autodisponibilidade comunitária*, constituinte das soluções histórico-culturais para os problemas juridicamente relevantes¹⁹¹. Ordem esta que pressupõem uma historicidade

¹⁸⁷ NEVES, A. Castanheira. **O Direito como Alternativa Humana. Notas de uma reflexão do problema actual do direito.** In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 308-309.

¹⁸⁸ NEVES, A. Castanheira. **O Direito como Alternativa Humana. Notas de uma reflexão do problema actual do direito.** In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 299 e p. 310.

¹⁸⁹ NEVES, A. Castanheira. O Direito como Validade. In: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, n. 3984, p. 154-175, Coimbra: 2014, p. 163-164.

¹⁹⁰ NEVES, A. Castanheira. O Direito como Validade. In: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, n. 3984, p. 154-175, Coimbra: 2014, p. 172.

¹⁹¹ “O direito condicionado pela evolução histórica, condicionando-a simultaneamente, através da *autodisponibilidade comunitária* constituenda da validade, ou seja, os conteúdos das soluções dada ao problema da convivência humana são histórico-culturalmente determinados contextualmente”. In: GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um*

constitutiva em um primeiro nível; em um segundo nível, os valores que se manifestam nos princípios normativos; e, em um terceiro nível, a aquisição axiológica do homem como pessoa, na sua inviolável dignidade¹⁹².

Importa perceber, portanto, que a validade do direito é densificada comunitariamente enquanto *projeto-de-ser*, um ideal regulativo que se autotranscende¹⁹³, na medida em que parte da convivência comunitária historicamente situada, mas se projeta de forma crítica em torno do *dever-ser* e retorna para a realização prática. A validade é a própria manifestação de um sentido normativo transindividual, em sua unidade integrante que vincula igualmente os todos os membros da comunidade¹⁹⁴ que se reconhecem reciprocamente enquanto pessoas. É pelas condições que uma ordem de direito exige que a justiça se torna possível para o jurisprudencialismo. O direito é “a” alternativa que se destina a realizar a condição de pessoa, enquanto sujeito de inviolável dignidade, embora existam outros modelos de sociedade¹⁹⁵.

contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. *In: Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, p. 175-209, 2012, p. 199.

¹⁹² “[...] o direito, na proposta jurisprudencialista que Castanheira Neves nos oferece, não resulta de um ideal heterónimo relativamente à praxis, antes do conjunto das valorações essenciais que nessa praxis se vão formando e desenvolvendo. E, assim, o conjunto dos padrões culturais vigentes num determinado contexto espaço-temporal, construídos na autodisponibilidade comunitária, simultaneamente constituem: por um lado, a construção histórica — a manifestação da irreduzível dimensão de historicidade constitutiva que o direito pressupõe —, num primeiro nível, das valorações que, num segundo nível, hão-de manifestar-se juridicamente nos princípios (normativos) fundamentais, e, num terceiro nível, da assunção da crucial aquisição axiológica do homem como pessoa, e da reciprocidade do reconhecimento da dignidade ética de cada pessoa [...]”. *In: GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axialógica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. In: Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, p. 175-209, 2012, p. 195-196.

¹⁹³ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axialógica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. *In: Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, p. 175-209, 2012, p. 196-197.

¹⁹⁴ NEVES, A. Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito*. *In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 38-39.

¹⁹⁵ “Apenas se exige que não sejam recusadas as condições possíveis, no contexto das disponibilidades histórico-sociais, para que todas e cada uma das pessoas, sem sofrerem violação da sua dignidade, ascendam aí à viabilidade da sua realização pessoal e se vejam integralmente convocados à participação e à responsabilidade comunitárias. Não será justa, ou será inválida perante o *direito* (enquanto «ideia» e intenção), a sociedade histórica que recusar essas condições, mas não fica só assim definido o modelo concreto de sociedade a que essa validade se deverá impor. [...] Caberá ao político definir a estrutura concreta dos poderes e optar pela índole e os objetivos sociais da organização económica – com uma condição limite, porém: que na realidade política-económica constituída ou constituída aqueles valores fundamentais, que explicitámos, sejam não só não recusados, mas efetivamente possíveis.” *In: NEVES, A. Castanheira. Justiça e Direito*. *In: Digesta*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 281

Logo, se para Drucilla Cornell a insistência ética da desconstrução está na separação entre o direito e a justiça, para Castanheira Neves a insistência ética, ou melhor, a condição ética é precisamente o que distingue o direito enquanto tal. O jurisprudencialismo compreende o direito na sua constituição material axiológica diferenciada, ao contrário das perspectivas desconstrutivistas ora mencionadas, que parecem restringir o direito à sua forma, sem qualquer outro distintivo, colocando-o como dependente da força performativa de uma autoridade para a sua realização/constituição. Ou seja, para o jurisprudencialismo, o direito não existe, não é direito, se não estiver presente a condição ética, que impõe a dignidade da pessoa como a sua finalidade, já para a desconstrução, o direito não tem qualquer distintivo material-axiológico das demais formas de organização da sociedade, logo, necessita contar com uma atitude desconstrutivista por parte de quem o realiza/constitui, podendo ou não estar comprometida com uma sensibilidade ética ou com uma ideia de justiça, como Balkin bem assinala.

Importa ainda clarificar o relevo da autonomia material do direito, mesmo que certas nuances sejam acessíveis por inferência, que nos compele a reconhecer os limites do direito no universo humano prático-cultural. O sentido específico do direito recusa os holismos práticos e o imperialismo político. Isto significa dizer que o direito não se propõe a resolver todos os problemas de uma sociedade, numa perspectiva macroscópica, mas apenas a realizar e constituir a validade normativa pela qual o homem orienta a sua prática, mantendo uma índole *microscópica*, voltada aos problemas concretos a partir de uma intencionalidade problemático-normativamente judicativa. Convocar o direito em um contexto global da realidade humana possui consequências desagregadoras, pois anula as diferenças entre as intencionalidades específicas, o que permite a predominância do voluntarismo e da força. Historicamente temos como exemplo a experiência do legalismo promotivo da hipertrofia dos interesses políticos. Por tais razões, importa reconhecer os *limites do direito*, que determinam quando realmente se está diante de um problema jurídico, em consonância com a normatividade, em sua específica intencionalidade e sentido fundamentante¹⁹⁶. Trata-se de outro ponto de divergência entre a desconstrução e o jurisprudencialismo, já que as transformações jurídicas na desconstrução são vinculadas às demandas políticas de emancipação e acolhimento às diferenças, embora as jurisprudências desconstrutivistas não atuem de forma puramente estrategicamente e finalística, pois

¹⁹⁶ NEVES, A. Castanheira. O Direito como Validade. In: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, n. 3984. p. 154-175, Coimbra: 2014, p. 173-175.

contam elementos propriamente jurídicos para a realização/constituição do direito (assunto melhor explorado nos tópicos e capítulos seguintes).

Conclusivamente, acentua-se que não se trata de uma autonomia alienante, pois o universo jurídico que se considera é constituído circularmente através de uma específica intencionalidade metodológica, que parte do problema ao sistema, na ordem de racionalidade, e do sistema ao problema, na ordem na sua realização. Isto significa dizer que o universo jurídico abarca a coordenada da normatividade juntamente com a coordenada problemática e, por esta razão, o sistema é compreendido como problematicamente aberto e normativamente autónomo, visto que a normatividade jurídica é problematicamente constituída¹⁹⁷.

2.4 Entre a Justiça Infinita, a Justiça Indefinida e a Justiça como Limite.

A *justiça infinita* da desconstrução nos dá a pensar sobre as orientações que ela oferece. Até o presente momento, é possível apontar a impossibilidade de tematização, logo, de identificação completa com determinada experiência histórica positiva e com valores determinados. É possível também compreendê-la enquanto assimétrica e hiperbólica, fundamento da aporia que marca a sua relação com o direito¹⁹⁸ e com a singularidade do endereçamento¹⁹⁹. Mas é na indefinição da justiça que Jack Balkin mobiliza a sua desconstrução transcendental, sem assimilar a ideia de infinito²⁰⁰.

A justiça, enquanto valor transcendente, só pode ser compreendida em Balkin através da sua indefinição, já que conceitos normativos gerais dependem da sua realização

¹⁹⁷ NEVES, A. Castanheira. Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. In: **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, p. 3-28, 2009, p. 18-19.

¹⁹⁸ “*In fact there’s only one aporia, only one potential aporetic that infinitely distributes itself. I shall only propose a few examples that will suppose, make explicit or perhaps produce a difficult and unstable distinction between justice and droit, between justice (infinite, incalculable, rebellious to rule and foreign to symmetry, heterogeneous and heterotropic) and the exercise of justice as law or right, legitimacy or legality, estabilizable and statutory, calculable, a system of regulated and coded prescriptions. I would be tempted, up to a certain point, to compare the concept of justice – which I’m here trying to distinguish from law – to Levinas’s, just because of this infinity and because of the heteronomic relation to others, to the faces of otherness that governs me, whose infinity I cannot thematize and whose hostage I remain.*” In: DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 22.

¹⁹⁹ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 25.

²⁰⁰ “*Thus, the indefinite is unlimited, but not in the way that the infinite is*”. In: BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 26.

prática no mundo para tomar contornos, logo, não podem ser determinados previamente por qualquer fórmula, assim como não há qualquer realização prática que seja plena²⁰¹. Isto porque as ferramentas de compreensão são parcialmente inadequadas para entender o mundo e a justiça. É possível atingir apenas níveis maiores ou menores de realização, de acordo com o *cultural software* de cada pessoa²⁰².

Afirmar que a realização da justiça, enquanto valor transcendente, é dependente de cada articulação cultural não é o mesmo que a identificar com qualquer experiência histórico-cultural positiva, pois se assim fosse, não nos restaria qualquer possibilidade autorreflexão, mas apenas a aceitação e imposição de certos padrões acidentais conjugados com a ignorância de outras articulações. Isto seria problemático, inclusive, para indivíduos de uma mesma cultura, que poderiam discordar completamente entre si, sem qualquer referência axiológica comum. É impossível estar moralmente engajado em uma sociedade sem que os valores sejam reconhecidos comumente, e é por esta razão que a análise da cultura e da ideologia feita por Balkin pressupõe um valor transcendente de justiça²⁰³.

No encontro com o *outro*, questões de verdade e justiça necessariamente interpelam o *eu*, o que torna possível dizer que tais valores são, de fato, transcendentais, na medida em que enquadram as estruturas fundamentais de compreensão das pessoas em determinada cultura, possibilitando o entendimento das ações diante do *outro* e do *terceiro* no encontro dialógico²⁰⁴. Com efeito, em razão das diferentes experiências históricas de ordens normativas, considerando as concepções de *dharmatzedek* ou *dikaiosūnē*, é possível dizer que as diferentes culturas podem articular os valores transcendentais de modos muito diversos, refletindo as preocupações de um certo momento histórico-cultural, possivelmente enfrentando severas discordâncias internas. Todavia, todos os discursos

²⁰¹ “I have argued that transcendental deconstruction is premised on the assumption of transcendent values, and that this assumption inevitably leads to a logic of indefinite rather than infinite meanings. We might be tempted to identify transcendent values with the infinite rather than the indefinite because people sometimes think of the transcendent as that which surpasses all others. [...] Our notion of justice is transcendent because no particular example of justice in the world is perfectly just; it is indefinite because it cannot be reduced to any determinate formula. These are two ways of describing the same phenomenon.”. In: BALKIN, Jack. *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 29.

²⁰² BALKIN, Jack. **Cultural Software: a theory of ideology**. Yale University Press: Connecticut, 1998, p.142.

²⁰³ BALKIN, Jack. **Cultural Software: a theory of ideology**. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 143.

²⁰⁴ BALKIN, Jack. **Cultural Software: a theory of ideology**. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 146-147.

morais pressupõem sujeitos e agentes de em uma ordem normativa capazes de manter relações de convivência; do contrário, seria impossível identificar-nos como racionais²⁰⁵.

Reconhecer que diferentes articulações culturais podem ser expressões de um mesmo valor transcendente de justiça endossa um certo relativismo cultural, mas que não se confunde com a crença de que qualquer norma cultural poderá ser considerada justa, quando reproduzido o ponto de um integrante daquela cultura. O relativismo assumido por Balkin considera que cada experiência cultural possui uma história única e problemas específicos; logo, produzem diferentes normas que tentam articular, apesar de suas limitações, o mesmo valor indeterminado de justiça. Por esta razão, a relação com o outro exige uma caridade hermenêutica, o que impele a considerar que o outro tem sempre algo ensinar. Esta versão do relativismo cultural admite que certos modos de vida são incompatíveis uns com os outros, desde que não sejam completamente incompatíveis²⁰⁶.

A exigência de caridade hermenêutica relembra a preocupação derridiana de *falar a língua do outro*, que não deixa de expressar novamente a aporia irrecusável na relação entre direito e justiça, na medida em que o direito exige imparcialidade²⁰⁷ e a justiça para Derrida demanda a infinita atenção à singularidade do outro. Balkin acrescenta ainda o pensamento de James Boyd White, que identifica o problema da justiça como o problema da tradução (da *justiça como tradução*), que demanda a tradução da língua do outro para a nossa própria, mesmo em face das imperfeições incontornáveis²⁰⁸. Entretanto, falar a língua do outro e atender infinitamente à sua singularidade não necessariamente é um caminho para a realização da justiça, segundo Jack Balkin. Se assim fosse, não existiriam critérios de comparabilidade para avaliar a justeza²⁰⁹. Além do mais, importa considerar que nem sempre a demanda do outro é, de fato, justa; em uma relação de violência e

²⁰⁵ BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 167.

²⁰⁶ BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 152-153.

²⁰⁷ BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 35.

²⁰⁸ “[...] as James Boyd White has recently noted, the problem of justice is inherently a problem of translation. For judges or other parties to speak in the language of another, they must translate the Other's language into their own. But translations are always imperfect. They never fully convey the sense of the original. Hence the very necessity of translation renders it impossible fully to speak in the language of the Other” In: *Ibidem*, p. 34.

²⁰⁹ In: BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 36

injustiça, é muito mais importante para o agressor assimilar o ponto de vista da vítima do que o contrário. Não seria justo que uma vítima do Holocausto assumisse o ponto de vista de alguém que nem a reconhece como pessoa, por exemplo²¹⁰. Isto implica ressaltar que nem todo encontro com o outro é aberto ao diálogo e ao reconhecimento recíproco da igualdade, logo, a justiça demanda a satisfação de um dever, ainda que não seja reconhecido pelo outro²¹¹. Em suma: a justiça exige falar a língua do outro, na medida em que proporciona justiça, mas demanda também que não se fale a língua do outro quando isto proporcione injustiça²¹².

É possível inferir, portanto, que Jack Balkin não assimila a ética da alteridade nos termos levinasianos como fundamento do seu projeto de justiça, porquanto demanda um dever infinito diante do outro. A versão da ética da alteridade assimilada pela desconstrução transcendental impõe um dever indefinido, no sentido de que os seus contornos são previamente incertos e moldados contextualmente²¹³. Neste sentido, a justiça infinita é recusada por Balkin porque é identificada com a ausência de limites e com a impossibilidade de escolha de critérios normativos, já que implicaria a impossibilidade distingui-los positivamente ou negativamente²¹⁴, o que seria um tanto niilista. Contudo, o que Jack Balkin não parece considerar é que a ética da alteridade está ainda em um plano ético, ou seja, trata-se de uma exigência hiperbólica de acolhimento do outro, em sua alteridade, que não pode ser abarcada inteiramente pelo direito. O próprio Levinas assevera

²¹⁰ *"This conception of justice seems most attractive when we are the injurer or the stronger party in a relationship, or when we are in the position of a judge who is attempting to arbitrate between competing claims. [...] "Must a concentration camp survivor address her former captor in the language of his worldview of Aryan supremacy? We might wonder whether this is what justice really requires, especially if the injustice we complain of is precisely that the Other failed to recognize us as a person, refused to speak in our language, and declined to consider our uniqueness and authenticity".* In: BALKIN, Jack. *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 39-40.

²¹¹ BALKIN, Jack. *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 42.

²¹² BALKIN, Jack. *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 43.

²¹³ BALKIN, Jack. *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 43.

²¹⁴ *"Nevertheless, our idea of justice is not infinite; it does not lack boundaries, even if these are not fully determined."* In: BALKIN, Jack. *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice*. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 30.

que a justiça e o direito implicam a comparabilidade das singularidades, a imparcialidade e uma série de outras limitações para a pura ética da alteridade.

Ademais, a não assimilação absoluta do dever de falar a língua do outro pela justiça transcendente e indefinida de Balkin também não impõe assumir uma “*God’s-eye view*”. A transcendência da justiça não exige uma transcendência de posição para que o sujeito a compreenda, pois, a própria possibilidade de compreensão é inconsistente com a ideia de valor transcendente, que é indeterminado e não pode ser completamente compreendido. Além do mais, posicionar-se já significa estar comprometido com uma certa perspectiva limitante, com uma orientação prévia de compreensão do mundo. Tal situação é inescapável, já que sem qualquer aparato de compreensão o ser humano não seria capaz de ter qualquer percepção sobre o mundo²¹⁵. Todos os participantes de uma comunidade são seres finitos, de inteligência finita, que possuem a compreensão modelada pela sua história; assim sendo, a suas perspectivas são necessariamente limitadas pelas ferramentas de compreensão parcialmente inadequadas. Não obstante, todo o diálogo, independente das suas condições e procedimentos que sejam realizados, é parcialmente inadequado, portanto, impossível de ser realizado em condições ideais²¹⁶.

Balkin não oferece um conceito que pretende clarificar completamente a justiça, inclusive por assumir que isto não seja possível pelas razões descritas até o presente momento. Na realidade, há muito mais indicações do que a justiça transcendente não é. Entretanto, nos variados exemplos que Balkin nos apresenta sobre a justiça e a injustiça, é possível perceber suas preocupações com pautas políticas, mas sem recair no erro de assumir que qualquer demanda de um grupo oprimido e minoritário será, necessariamente, considerada justa, precisamente porque assume a igualdade como um valor primordial para a existência humana, ao contrário da segregação. Ademais, além das injustiças derivadas da concentração de poder econômico, Balkin reconhece a existência de diversos grupos divididos por questões de raça, etnia, religião, linguagem, gênero, sexualidade, deficiência e entre outras, ao invés de simplesmente assumir o modelo dual “opressor/oprimido”, pois obscurece a complexidade das condições sociais que permeiam as relações entre tais

²¹⁵ BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 157.

²¹⁶ Trata-se de uma crítica às teorias do processo ideal e às condições ideais de discurso como a de Habermas. *In*: BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 159-160.

grupos²¹⁷. Trata-se de uma justiça acolhedora de uma *political morality*, que orienta o direito em torno deste ideal híbrido, conjugando os valores de uma comunidade, enquanto construção empírica contingente, com os projetos políticos ideológicos, distanciando-se de conceder uma autonomia material e integrante para o Direito²¹⁸, como faz Castanheira Neves.

Por sua vez, Drucilla Cornell aponta que, embora a desconstrução esteja intimamente relacionada com o pensamento de Emmanuel Levinas e a sua ideia de infinito, existe um grupo de pensadores identificados como “*irrationalistas*” (parcela dos *Critical Legal Studies Movement*) que raramente mencionam o pensamento de Levinas, mas que relacionam a desconstrução com a perda de referência ao Bem (*the Good*) e com a impossibilidade de qualquer escolha ética racional, confundido a ideia de infinito com a infinidade de possibilidades de escolhas igualmente sem sentido²¹⁹, o que de fato seria um tanto niilista. É claro que não se pode identificar Jack Balkin com tais “*irrationalistas*”²²⁰, mas o fato é que não existe um enfrentamento direto por parte da desconstrução transcendental sobre a ideia de infinito que considere todo o desenvolvimento da ética da alteridade em Levinas. Desta feita, para desmistificar as más compreensões, importa acompanhar o desenvolvimento de Drucilla sobre a intersecção entre os pensamentos de Levinas e Derrida para a orientação do direito na sua Filosofia do Limite²²¹.

Drucilla Cornell, a partir do pensamento de Blanchot, identifica a divisão entre três reinos interrelacionados no Direito: (1) *the Good, or the Law of Law*, no sentido levinasiano de universalidade, enquanto necessidade incontornável de todos os sujeitos e enquanto universais de um determinado sistema jurídico conceitualizado como *nomos*; (2) *the Right, or the moral Law of self-legislating subject* (a moralidade jurídica do sujeito que se auto legisla); (3) *the principles*, que se refere aos princípios de um sistema jurídico.²²² Neste sentido, desde já, importa mencionar que o Bem impõe um apelo à justiça²²³.

²¹⁷ BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998, p. 115-116 e p. 156-157.

²¹⁸ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. In: **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves**. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, p. 175-209, 2012, p. 204-205.

²¹⁹ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 100.

²²⁰ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 101.

²²¹ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 109.

²²² “*The tree realms as I interpret from Blanchot’s quote are: (1) the Good, or the Law of Law; (2) the Right, or the moral Law of the self-legislating subject; and (3) the principles inherent in an existing legal system. There are two senses in which I refer to the Good First, the Good should be understood in the strong sense,*

Para Levinas, toda a linguagem e todo o significado derivam do *outro*. É na proximidade entre o eu e o outro, no face-a-face, que o sujeito é constituído. O Bem, portanto, é precisamente o comando do outro em torno do futuro, em ruptura com o sistema totalizante hegeliano e a sua absoluta determinação, ou seja, em ruptura com o *status quo*²²⁴. Neste sentido, considerando também contribuições de Derrida, *the Law of Law* se refere à responsabilidade infinita como momento de ruptura na ontologia, que torna possível a transformação da realidade. O Bem está situado enquanto horizonte de projeção para o *nomos* e para a interpretação jurídica e, assim como a justiça, é sempre um apelo ao “*not yet*”, ao que não está presente e nem pode ser plenamente determinado por qualquer descrição positiva²²⁵. Todavia, considerando que o direito é violento e excludente, pois não pode acolher plenamente todas as demandas que aparecem diante de si²²⁶, importa descrever de que modo o Bem é assimilado juridicamente para os princípios na perspectiva de Cornell.

Drucilla convoca a compreensão de Robert Cover sobre uma característica do direito chamada de *jurispathic*, que diz respeito ao modo de silenciamento da competição entre diferentes perspectivas normativas através da decisão. Esta característica é necessária para o estabelecimento do direito enquanto mecanismo de controle social, mas também é importante para o desenvolvimento do direito enquanto expressão dos valores compartilhados de uma comunidade (*nomos*), fortalecendo o sentimento de pertencimento e participação. *The jurispathic aspect of law* é inerente ao *jusgenerative power of law*, ou seja, ao poder de criação de significado unificante e normativo através de padrões gerais universalizáveis em uma determinada comunidade²²⁷.

Neste sentido, parte-se do pressuposto de que não se pode escapar das diferentes compreensões do Bem expressas através do ordenamento jurídico de cada experiência

*the universal, as Levinas uses the word. Levinas, [...] understands the Good as an irremissible necessity for all subjects. Second, the good should be conceived as the universals within a given legal system conceptualized as an indeterminate nomos. These three realms, [...] are not reducible to categories of the mind because they describe codes of a legal system of human interaction”. In: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 91-92.*

²²³ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 113.

²²⁴ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 98-99. - LEVINAS, Emmanuel. **Totalité et Infini: Essai sur l’exteriorité**. Original Edition, La Flèche: Martinus Nijhoff, 1971, p. 337

²²⁵ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 93-94.

²²⁶ “*Law is exclusionary. When the judge vindicates one normative interpretation over another, she necessarily delegitimizes one of competing perspectives*”. In: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 103.

²²⁷ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 104.

comunitária, bem como não se pretende assumir que todas as *diferenças* são adequadas para a assimilação pelo direito. Por tais razões, Cornell convoca os princípios jurídicos, desenvolvidos a partir de apelos contextuais universais, para auxiliar na determinação das diferenças que são adequadas para assimilação pelo direito e daquelas que são condenáveis. Desta feita, para Drucilla, os princípios jurídicos, enquanto *contextuais universais* incorporados no Direito e compreendidos enquanto *nomos*, são o caminho para a realização da responsabilidade diante do Bem. Isto porque, embora os princípios sejam, de fato, uma forma de violência diante das diferenças, já que categorizam e identificam certas situações através de analogias, determinando o que é adequado e o que não é, são simultaneamente uma forma de minimizá-la²²⁸.

O direito, enquanto sistema de princípios, é inescapável, pois não há somente o *eu* e *outro*, mas há sempre o *terceiro* no face-a-face, que exige igualmente acolhimento. Com a entrada do terceiro, sempre presente no rosto do outro, há a demanda por justiça e equidade; por conseguinte, há a exigência de comparação e sincronização entre as demandas conflitantes, tendo como referência um sistema jurídico específico²²⁹. Neste sentido, o comprometimento de uns com os outros exige a busca pela justiça, o que requer controle, Estado, sociedade, ciência, comércio e a busca por um princípio.²³⁰ Neste sentido, os princípios, no entender de Cornell, são como as *luzes de um farol* que tem a função iluminar o caminho, combinando o enriquecimento do apelo universal com o *nomos* particular de cada cultura. O princípio é um guia que previne que se se tome a direção equivocada, mas que não é capaz de determinar a rota exata que se deve tomar²³¹, o que possui uma grande relevância para a prática jurídica (tema enfrentado no tópico 3.2).

²²⁸ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 104-105.

²²⁹ “The answer for Levinas is as follows: He reminds us that we are inevitably fated to fall into law, understood now as a system of legal principles and not just as a positivist mechanism to distribute and redistribute violence and power. Why is this fall inescapable? I am never just alone with the Other. The entry of the third is inevitable, and with the entry of the third comes the need to make comparisons and to synchronize the competing demands of individuals within the space of a given legal system.

The third party interrupts the face-to-face. But the call to law and establishment of rights should not be understood as an unfortunate empirical necessity given that we are just alone with the Other. [...]

The aspiration to a just and egalitarian state proceeds from the irreducible responsibility of the subject to the Other. [...]” In: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 105. – LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu’être ou au-delà de l’essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974, p. 204.

²³⁰ LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu’être ou au-delà de l’essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974, p. 205.

²³¹ “We can think of a principle as the light that comes from a lighthouse, a light guide us and prevent us from going in the wrong direction. A principle, however, cannot determine the exact route we must take in

Antes de seguir, importa comentar que por melhor intencionada que seja a abordagem levinasiana de redução da violência, acompanhada por Drucilla no desenvolvimento dos princípios, Wolcher compreende ser um reforço para que as pessoas aceitem e acreditem que uma certa dose de violência e sofrimento são inevitáveis, necessárias e justas para o direito, o que também contribui para desresponsabilização dos agentes causadores destas formas de violência. A abordagem de Wolcher, chamada de “*ethical distress*”, é bastante ambiciosa na tentativa de não se por a justificar qualquer sofrimento que seja e, por esta razão, confronta Levinas, chegando mesmo a assemelhar a sua justiça com o conservadorismo de Presidente George W. Bush, considerando ambas as abordagens como autoenganos, porque obscurecem o sofrimento de quem não tem as suas crenças e valores acolhidas, apesar de, muita das vezes, demonstrarem-se plausíveis²³². Em suma, Wolcher entende que os projetos de justiça sempre estão atrelados ao sofrimento; portanto, o Direito deveria atentar para os pontos de sofrimento que um dado certo projeto pode proporcionar e tratá-los diferenciadamente, sem simplesmente aceitar que alguns terão de sofrer em detrimento de outros. Tarefa esta que não se confunde com a perseguição de um ideal, mas é realizada pelo engajamento dos participantes que o vivenciam²³³.

Contudo, tal comparação, além de ser bastante equivocada, é extremamente condenatória da proposta de Levinas, que intenta redefinir as relações humanas pelas vias do acolhimento e não pelas vias da dominação, no sentido de tornar possível que a *responsabilidade infinita* seja capaz de alcançar toda a humanidade. É claro que o ponto de Wolcher é mostrar que mesmo as boas intenções trazem efeitos catastróficos, como a naturalização do sofrimento de uns pelo benefício de outros. Entretanto, a proposta de Levinas não pode ser identificada com um projeto político que prioriza os seus próprios interesses em detrimento dos outros, e que conta com uma estratégia causadora de “danos colaterais” na sua implementação, justamente porquanto o outro é destinatário de amor e acolhimento. Além do mais, dizer que a justiça do direito, principalmente quando associada à sua versão legalista, violenta o “absolutamente outro” está mais próximo de

any particular case”. In: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 106.

²³² WOLCHER, Louis E. **Law’s Task: The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering**. England and USA: Ashgate, 2008, p. 75 e p. 82-84.

²³³ WOLCHER, Louis E. **Law’s Task: The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering**. England and USA: Ashgate, 2008, p. 222-223.

significar que as disposições gerais e abstratas, até mesmo as específicas para o caso concreto, podem deixar de considerar elementos profundos dos sentimentos, das crenças e dos valores morais dos sujeitos envolvidos, entre outras questões; porque, afinal de contas, há demandas que competem entre si, sendo que uma geralmente é silenciada, mas não que isto seja uma justificativa para atentar contra a dignidade de qualquer pessoa.

Com efeito, é possível afirmar, juntamente com Cornell, que a Filosofia do Limite não pretende expor as fissuras da tradição filosófica ocidental apenas para nos levar ao irracionalismo. A Filosofia do Limite, enquanto compreendida de forma ética, pretende elucidar a possibilidade de transcendência através da iterabilidade do Mesmo, uma *autotranscedência*, pois o Mesmo em Derrida não é estático e fechado em si. Neste sentido, o Bem não pode ser confundido com uma absoluta exterioridade, já que a sua realização está no diário encontro com o outro, como o *dizer* (expressão da proximidade, impossível de ser tematizada) que sempre ecoa no *dito* (enquanto sistema representacional estabelecido)²³⁴.

A iterabilidade do Mesmo é precisamente o que torna possível superar a rígida dicotomia entre a transcendência e a imanência, na medida em que nos proporciona uma espiral infinita de possibilidades de transformação, sem negar a história. Isto porque o Bem, se compreendido enquanto o potencial ainda não realizado do *nomos*, está sempre para além das convenções, como um alerta para o “pode ser” do direito que, todavia, mantém conexão com o sistema jurídico como é, não se confundindo com a ideia de uma transcendência absoluta e utópica. Portanto, a conexão entre o *outro* e o *status quo* é precisamente o limite que convida para a sua ultrapassagem, que representa uma simultânea abertura e barreira para a completa entrada da alteridade, ou seja, para a possibilidade de transformação. Não obstante, Drucilla alerta que o apelo à justiça que o Bem demanda é capaz de projetar apenas suas possíveis interpretações de acordo com a comunidade interpretativa, o que não pode ser compreendido com a última palavra do que a justiça “é”²³⁵, semelhante ao que Balkin dispõe sobre a Justiça Transcendente, realizada de modo diverso em cada comunidade.

²³⁴ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 109. - LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu’être ou au-delà de l’essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974, p. 6-7.

²³⁵ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 111-113.

Entretanto, é necessário considerar que as interpretações sobre o Bem de acordo com o *nomos* são impostas como se fossem o Bem por si mesmo, de modo universalizante. Tal atitude é identificada por Robert Cover como central nos “movimentos jurídicos redentores” (*redemptive legal movements*), ou seja, nos movimentos jurídicos que propõem mudanças políticas tão profundas diante de situações irredimíveis, que não podem estar restritas à insularidade de quem as demanda, como no caso da luta contra o *Apartheid* na África do Sul, cujo o objetivo era determinar a sua injustiça universalmente²³⁶.

A tentativa de descrever positivamente a justiça pela desconstrução é rejeitada em muitos níveis, considerando o seu caráter antifundacionalista que, conseqüentemente, é reforçado pela ausência de um horizonte determinado, bem como pelo direcionamento ao “*not yet*”, que recusa a completa imanência e autojustificação de qualquer sistema. Neste sentido, a justiça em Drucilla, assim como em Balkin, é concebida de modo transcendente²³⁷, mas sem necessariamente deixar margens para a sua compreensão enquanto ideal supracultural, já que Drucilla acentua a possibilidade de transformação através da *autotranscendência*, similar ao que propõe Castanheira Neves, embora sem esquecer das diferenças cruciais nos pontos de partida. A Filosofia do Limite desestabiliza a relação entre imanência e transcendência, na medida em que a justiça demarca (“é”) o próprio limite das normas presentes em um dado sistema jurídico. Entretanto, para Derrida o limite é pensado como aporia; logo, a justiça é a própria recusa da tentativa de “*deparadoxização*” do sistema jurídico²³⁸, porque qualquer que seja a sua determinação, será incapaz de abarcar alteridade que está por vir. “*The Impossible, Justice, is what makes us confront the possible as the limit to what has been established, even as the nomos of law*”²³⁹. Neste sentido, Drucilla afirma que o direito do outro é infinito, pois não pode ser reduzido a um sistema jurídico pré-estabelecido e nem à ideia de justiça distributiva. O outro sempre atesta uma ruptura com presente porque é anterior a qualquer sistema, bem como está sempre além²⁴⁰.

²³⁶ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 114.

²³⁷ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 133.

²³⁸ “*Justice “is” the limit of the immanent norms of the legal system to the extent that these norms are identified as Justice. But for Derrida, this limit is not projected as a transcendental ideal. Rather, is an unsurpassable aporia. Justice, in other words, operates, but it operates as aporia. From the standpoint of the observer, justice is the refusal to accept as valid the system’s own attempts at “deparadoxicalization”*”. In: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 133.

²³⁹ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 146.

²⁴⁰ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 135.

Ademais, a ideia de infinito também desconstrói as modalidades do tempo, nos oferecendo uma compreensão de futuro que não pode ser reduzida às projeções do presente. O infinito implica a temporalização do Ser enquanto uma força diacrônica que sempre interrompe a presença absoluta. Neste sentido, a justiça messiânica de Levinas é também um *porvir*, não porquanto é impossível, mas porque a alteridade do outro não pode ser totalizada por qualquer circunstância presente, o que seria a sua própria negação. Logo, a ideia de infinito representa a impossibilidade do cálculo totalizante, porque o outro é sempre o outro do sistema, o outro do presente. Conclusivamente, Drucilla destaca que Levinas e Derrida desconstruem as modalidades do tempo de modos diferentes, mas a justiça em ambos implica a incessante possibilidade de transformação, seja enquanto tentativa sempre insuficiente de realização do Bem, ou em razão de ser uma demanda infinita do outro²⁴¹.

Importa, por fim, reforçar que a atenção dada ao outro na Filosofia do Limite reflete o seu caráter emancipatório em torno dos grupos marginalizados, mas também especificamente abarca o projeto de uma observadora mulher – ou melhor, de uma jurisprudência feminina que, a partir da desconstrutibilidade do direito, encontra a possibilidade para uma reinterpretação feminista das normas jurídicas²⁴², já que, a partir das contribuições de Lacan, é possível perceber que o sistema de identidade de gênero desponta em um cenário de grave violência para a mulher, estampado nos resultados estatísticos, que variam também de acordo com a classe e raça²⁴³.

2.5 A Justiça enquanto possibilidade de realização da Pessoa.

Os conteúdos ideológicos, na perspectiva jurisprudencialista de Castanheira Neves, são intenções unilaterais e fragmentadoras da comunidade global, ainda mais quando são realizados de modo *partisan* e militante em torno dos interesses de grupos que justificam a sua prática social nestes termos. Viver em torno da ideologia seria viver sob o conflito; porém, o próprio conflito implica o rastro do diálogo, da comunicação integrante

²⁴¹ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 137.

²⁴² “*Within feminine jurisprudence, we can and should understand that deconstructibility of law to open up the space for the reinterpretation and reinvocation that allows feminist inroads into the law. And yet, these roads should not be confused with justice. Deconstruction points us beyond legal reform to justice.*” In: CORNELL, Drucilla. **Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law**. New Edition. Lanham, Boulder, New York, Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1999, p. 111.

²⁴³ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 139.

através de um termo comum. O diálogo, portanto, sempre pressupõe um terceiro termo que torna possível a comunicação, ainda que sob o conflito. O terceiro termo é a unidade integrante das unilateralidades axiológicas²⁴⁴.

Todavia, primeiramente, importa clarificar que os conteúdos ideológicos não estão ausentes nos três níveis das intenções axiológicas normativas da *consciência jurídica geral* de um certo tempo e comunidade, que o direito deve cumprir, que são: o nível da historicidade constitutiva de determinada comunidade; o nível das valorações, que posteriormente se manifestam juridicamente nos princípios normativos *transpositivos* e *suprapositivos*; e o terceiro é o reconhecimento da aquisição axiológica do homem como pessoa. Portanto, os valores não podem se furtar dos conteúdos ideológicos de uma certa experiência histórica da comunidade, seja ela mais ou menos integrada²⁴⁵.

No entanto, importa clarificar que os demais planos não dependem da precariedade das contingências históricas e consideram o específico patrimônio axiológico-normativo jurídico adquirido historicamente. Neste sentido, os princípios fundamentais do direito assumem um papel indispensável na constituição do *direito* como *direito*. Alguns dos exemplos mais evidentes são: *o princípio da autonomia*, que consagra a irreduzível subjetividade e privacidade da pessoa; *o princípio da responsabilidade*, correlacionado com o princípio da autonomia, que postula um vínculo social de uns com os outros; *o princípio da jurisdição*, que exige imparcialidade e independência para a atividade jurisdicional; *o princípio da igualdade jurídica*, para além de uma mera igualdade perante à lei; entre outros²⁴⁶.

Os princípios, enquanto exigências fundamentais e normativas, manifestam-se ao longo de toda experiência histórica jurídica, consagrando-se enquanto aquisições axiológicas permanentes que integram o próprio sentido do direito, ou seja, a sua intencionalidade normativa fundamental e universal. Desta feita, em diálogo com Fencher, Castanheira Neves compreende os princípios como conteúdos da criação humana em sua vivência, de força vinculante e que enriquecem e modificam a humanidade em torno de

²⁴⁴ NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 276-277.

²⁴⁵ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 218; p. 209. – GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. *Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axialógica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves*. In: **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves**. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012, p. 195-196.

²⁴⁶ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 209-210.

algo novo, não podendo retroagir para aquilo que era, em razão do protesto gerado pelo sentimento de degradação da existência²⁴⁷.

Desta feita, os princípios, na perspectiva jurisprudencialista, não são compreendidos enquanto normas, numa perspectiva normativista, enquanto exigências não-finalísticas incondicionais-universais de uma racionalidade autoconstituída, com a pretensão de sustentar uma coerência interna, validada por um núcleo racional que atinge cada componente de um sistema autosubsistente e unidimensional de normas e dispositivos jurídicos. Os princípios também não correspondem à mera intensificação do núcleo racional de um sistema, generalizáveis para além da mediação das tipificações dos problemas²⁴⁸. Além do mais, os princípios também não são compreendidos como *intentio*, ou seja, puras intenções regulativas pré-jurídicas, o que reduz a sua possibilidade operatória para a de manifestar as expectativas sociais e compromissos comunitários pré-jurídicos, não enquanto direito vigente, mas apenas como arrimo, argumento, cânone ou outro elemento secundário para o juízo²⁴⁹.

Os princípios são verdadeiramente concebidos como *jus* na perspectiva jurisprudencialista, na medida em que integram o sistema jurídico como estrato-dimensão normativamente inconfundível da juridicidade, bem como objetivações prático-normativas imediatas de validade e, inclusive, como compromissos práticos para a forma de vida que o direito intenciona. Trata-se de assumi-los como verdadeiras construções axiológicas, reconhecendo a sua intenção de validade, que não é associada à necessidade ontológica, nem à predeterminação abstrata, e menos ainda à contingência de um consenso, mas como *autodisponibilidade e autotranscendentalidade prático-cultural*, em sua circularidade constitutiva, responsabilizada em torno de um contexto-horizonte de sentido normativamente condutor, em sua vocação integradora, constituído e reinventado por uma *práxis* de realização própria da juridicidade²⁵⁰.

²⁴⁷ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 210-211.

²⁴⁸ LINHARES, José Manuel Aroso. **Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?** In: Estudos em Homenagem ao professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, p. 395-421, 2012, p. 399-401.

²⁴⁹ LINHARES, José Manuel Aroso. **Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?** In: Estudos em Homenagem ao professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 406-407.

²⁵⁰ LINHARES, José Manuel Aroso. **Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?** In: Estudos em Homenagem ao professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 414-415.

Os princípios, através da dialética valores/princípios, emergem historicamente enquanto fundamentos de uma condição específica de comparabilidade e tercialidade, mas que também nos expõem à tensão, que não deixa de ser conexão, entre diferentes experiências comunitárias que assumem diversos modos de realização-constituição do seu sentido. Desta feita, os princípios são concebidos como verdadeiros fundamentos para o direito e para os critérios de experimentação metodológica, dotados de presunção de validade e de um modo específico de vinculação e vigência, que não necessariamente pré-determinam uma solução, mas que a justificam e fundamentam a prática jurídica em concreto²⁵¹, o que é semelhante ao que Drucilla Cornell propõe, mesmo considerando a intensa diferença dos pontos de partida²⁵².

Não obstante, o jurisprudencialismo acentua que a intenção material axiológica do direito se autonomiza da intenção material ideológica do político, na medida em que, pelo direito, é possível compreender o homem sob uma perspectiva essencialmente significativa, em que o seu sentido é fundamentado por uma exigência normativa universal, referente à sua existência comunitária²⁵³. O direito, a bem dizer novamente, não é um projeto de vida em torno de fins particulares ideológicos e partidários, que se sobrepõem à própria realização humana comunitária, mas é um projeto de validade axiológica que intenciona, em um degrau último, o núcleo de sua possibilidade constitutiva, que também é o da sua autonomia²⁵⁴.

²⁵¹ LINHARES, José Manuel Aroso. **Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?** In: Estudos em Homenagem ao professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 415-417.

²⁵² “Partindo embora de um horizonte radicalmente distinto (comprometido com a ética da alteridade e com a desconstrução como filosofia) – e não deixando por isso de preservar com alguma ambiguidade os *topoi* da indeterminação e das diversas alternativas de resposta –, Drucilla Cornell chega a uma exigência de diferenciação paralela [...]. Tratando muito claramente de confrontar a pretensão de *auto-suficiência* e *auto-subsistência* dos *critério-rules* e o modo como esta legitima uma «violência contra a singularidade» - legitimação que encontrará na compreensão do positivismo jurídico (*latíssimo sensu*) a sua consagração-forma (ontologicamente totalizante) [...]. Princípios que, não deixando de perturbar a pureza do encontro ético e de «violentar» a diacronia do jogo das significações [...] nos aparecem não obstante a orientar uma prática de redução da violência (e de respeito pelas diferenças). Decerto porque as exigências-compromissos que os distinguem vão ser experimentadas na perspectiva de cada situação-problema. Sem impor um «exacto caminho a percorrer» [...]” In: LINHARES, José Manuel Aroso. **Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?** In: Estudos em Homenagem ao professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 420-421.

²⁵³ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito.** In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 214-215.

²⁵⁴ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito.** In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 215.

Trata-se de retornar ao terceiro termo que torna o diálogo possível, ainda que conflituoso, na medida em que se leva em consideração o mesmo pressuposto nas pretensões de sentido e validade. Ou seja, trata-se de pôr em voga a intencionalidade integrante das unilateralidades, que reside no sentido último fundamentante da realização humana, na qual o homem se compreende enquanto sentido de si próprio²⁵⁵. Nos termos de Castanheira Neves: “O significante de todos os significados, o sentido pressuposto em todas as realizações axiológico-culturais e que confere, por isso, inteligibilidade e unidade constitutiva à vida histórica”²⁵⁶. Ou seja, o vértice da autêntica existência humana é a própria *pessoa*, o homem-pessoa enquanto pressuposto fundamental e fim último da humanidade na nossa circunstância presente²⁵⁷.

A *pessoa* comporta a dimensão do valor pessoal, mas sem esquecer da dimensão do valor comunitário. Isto significa dizer que, mesmo que as suas formas de realização sejam constituídas nas relações comunitárias interpessoais, exige-se o *incondicional respeito e dignidade*, a serem considerados em si e por si, independente dos contextos integrantes e dos papéis sociais que a pessoa assume. A pessoa humana, portanto, em seu valor absoluto, não pode sacrificar a sua dignidade em benefício de outros fins, como o de uma classe ou de determinado grupo, e nem deverá ser julgada de forma idêntica aos demais portadores dos mesmos papéis sociais, pelo simples fato de assumi-los²⁵⁸. Neste sentido, a pessoa não implica a instrumentalidade, mas sim dignidade, que é uma categoria axiológica e não ontológica, consagrada a partir do *respeito* e do *reconhecimento recíproco*²⁵⁹.

²⁵⁵ NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 277.

²⁵⁶ NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 277.

²⁵⁷ NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 278.

²⁵⁸ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 215.

²⁵⁹ “Numa palavra, verdadeiramente *coisas* e não *fins em si* («algo que pode ser usado como simples meio») em que Kant viu, ninguém o ignora, a essência diferenciadora da pessoa, naquele seu absoluto a que por isso mesmo se imputa dignidade (não instrumentalidade ou preço). Só que «dignidade» é uma categoria axiológica, não ontológica, não se infere de qualquer caracterizadora especificação humana, apenas emerge e é susceptível de afirmar-se pelo «respeito» (para o dizermos com Kant) e pelo reconhecimento recíproco (para o dizermos com Hegel)”. In: NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 150-151. – “A dignidade humana é expressão axiológica do homem como pessoa e nesta ele se afirmar como «fim de si próprio» - o que postula a indeterminação espiritual (a liberdade) e a exigência, na convivência social, das condições e possibilidades de uma autônoma realização pessoal.”. In: NEVES, A. Castanheira. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 410.

O reconhecimento recíproco da dignidade da pessoa infere o *princípio da igualdade*, visto que nenhuma pessoa vale mais que outra, já que, se assim não fosse, aquela de “menor valor” se tornaria objeto e domínio. A igualdade, que pressupõe a autonomia e participação, refere-se à possibilidade da reciprocidade no reconhecimento através da convivência, e impõe a não discriminação por questões de raça, classe, grupos sociais, gênero etc.; diferente do igualitarismo²⁶⁰.

Com efeito, a igualdade não deixa de ser correlativa à *liberdade* enquanto condição para que se imponha a reciprocidade, já que a liberdade não seria possível em um sentido meramente negativo e limitante do outro, mas enquanto todos se reconhecem como igualmente livres, em torno da assunção do homem como sentido de si próprio, nos termos de autorrealização autônoma e *responsável*. Por tais razões, infere-se também o *princípio da responsabilidade*, que é a própria expressão normativa da integração comunitária²⁶¹.

A pessoa está investida em responsabilidades, assim como em direitos, na medida em que é chamada a assumir e constituir deveres²⁶². A comunidade é a própria possibilidade de realização humana, o que abarca tanto o direito de participação quanto a responsabilidade diante do todo comunitário, na constituição dos valores e nas condições sociais de realização humana. Por tais razões, há de se considerar o *dever de solidariedade* na assunção dos vínculos sociais, bem como o *dever de corresponsabilidade*, que se manifesta nas múltiplas formas de responsabilização social na vida comunitária²⁶³.

É somente a partir da possibilidade de consagração da dignidade da pessoa, que implica o equilíbrio entre a igualdade, pensada em termos materiais, com a liberdade e responsabilidade diante do outro e da comunidade, no contexto das disponibilidades históricas, que o direito e a justiça, na sua posição de intenção normativa integrante, podem

²⁶⁰ NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 36-37 – NEVES, A. Castanheira. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 415.

²⁶¹ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 216.

²⁶² NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 152. - NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol.III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 37-38

²⁶³ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 217.

ser concretizados em determinada circunstância histórica. Todavia, é de competência do poder político disponibilizar a estrutura que permita a realização desta condição, optando pelos objetivos sociais a serem perseguidos, mas sem ignorar os valores fundamentais para a realização da pessoa – objetivo último da *ordem de direito* –. É na síntese entre a estrutura política e a dimensão axiológica concreta que temos o direito enquanto realidade social, o que exige a correlação entre *direito-ideia* e o *direito-positivo*, considerando que o ordenamento jurídico só se constitui enquanto tal se se põe a realizar a *ideia de direito*²⁶⁴.

É necessário ainda clarificar que, embora a *ordem de direito* implique necessariamente a presença dos três níveis da *consciência jurídica geral*, é na união entre os últimos dois que o direito realiza intenção específica e autônoma, consagrando a *consciência axiológico-jurídica*, dotada de uma intencionalidade comunitariamente integrante para a convivência eticamente fundamentada e responsável, que confere uma verdadeira instância crítica diante de outros objetivos sociais que não tenham as mesmas intenções universais de validade, em torno de um *dever-ser*²⁶⁵.

Desta feita, é possível concluir juntamente com o jurisprudencialismo que a Justiça sempre quis exprimir verdadeiramente a suprema axiologia da existência humana comunitária, realizada através da dialética entre a dimensão pessoal (eu pessoal, *proprium*) e a dimensão comunitária (eu comunitário, *commune*)²⁶⁶, através de uma verdadeira *ordem de direito*. Todavia, cabe, mais uma vez reforçar, que não se considera o direito em seu aspecto meramente positivo, ou seja, não se confunde o direito à lei, porquanto a segunda é apenas um instrumento político-jurídico em que as intenções ideológicas e axiológicas podem ou não se coadunar, o que levaria ao problema da *lei injusta*, que não vincula juridicamente, visto que não se constitui enquanto expressão de uma autêntica ordem de direito²⁶⁷. A justiça, em suma, é determinada enquanto posição válida das relações humanas na partilha de um único mundo, mediada por certos valores e exigências reconhecidas e projetadas na comunidade. Portanto, por ser uma categoria complexa, ainda inclui uma série de nuances, como por exemplo: a *justiça comutativa* nas relações

²⁶⁴ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 217-218.

²⁶⁵ NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 218-219.

²⁶⁶ NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 279-281.

²⁶⁷ NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 284-285.

particulares; da *justiça legal*, em que cada um deve cumprir em benefício da comunidade; bem como da *justiça distributiva*, que decorre da comunidade para ser partilhada por cada um²⁶⁸.

Destarte, a perspectiva jurisprudencialista oferece um núcleo contundente de orientação para a justiça – *a dignidade da pessoa* –; bem diferente da desconstrução, que recusa limitações/definições para não silenciar as diferenças insurgentes. Vale ressaltar que a desconstrução situa a justiça para além do direito, restringindo a sua compreensão de direito ao seus aspectos formais, bem como vincula a justiça aos objetivos de emancipação e ao acolhimento intenso das diferenças, o que pode ser um tanto desagregador, porquanto nem todas as singularidades e demandas políticas podem ser capazes de conviver integradamente. A história já ofereceu alguns exemplos de projetos políticos que não incluíram a dignidade humana nos seus objetivos, embora almejassem a emancipação de certos grupos. É claro que não se pode dizer que esta seja a intenção das perspectivas desconstrutivistas ora mencionadas, entretanto, mesmo os projetos bem-intencionados podem nos proporcionar resultados problemáticos. Ainda, importa ressaltar que nem a *Desconstrução Transcendental* e nem a *Filosofia do Limite* assumem que qualquer diferença pode ser considerada justa e apta a ser acolhida pelo direito, considerando o *valor transcendente de justiça*, bem como da ideia de *Bem* e os *princípios* como “*as luzes de um farol*”.

Não obstante, o que é essencial para a Justiça é também *a tercialidade*, que implica a presença do juiz enquanto o sujeito institucional imparcial, comunitariamente autêntico e legitimado pela intenção jurídica para realizar o direito em sua vocação integradora, que não se dilui nos pluralismos e nas demandas externas conflitantes. O judiciário tem a responsabilidade de seguir unicamente o direito e não qualquer outra intenção partidária, justamente porque é o representante originário da comunidade e da sua intenção axiológica última. Para que isto seja possível, é indispensável a independência institucional e social em todos os seus aspectos. Portanto, o juiz é verdadeiramente um participante responsável pelo direito em uma comunidade e somente por este caminho é possível realizar o Estado Democrático de Direito, e não simplesmente um Estado da

²⁶⁸ BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 43 e p. 55.

legalidade construído a partir da vontade político-partidária²⁶⁹. Entretanto, importa clarificar que a *tercialidade* é compreendida para além da existência de um julgador imparcial, mas essencialmente nas exigências e nos critérios de comparabilidade formados através de um sistema jurídico aberto e historicamente *constituendo*, que estabiliza as intenções de validade comunitária por meio de princípios e critérios, rejeitando a pura discricionariedade e o puro acolhimento da singularidade²⁷⁰.

Contudo, por mais que a intencionalidade do direito seja universal, em torno da realização de todas as pessoas na partilha de um único mundo, já se sabe que *a ordem de validade* não é uma necessidade ontológica, mas apenas uma das alternativas disponíveis para o problema da convivência. Não obstante, o que reforça ainda mais a não necessidade do direito é a própria ausência de universalidade dos pressupostos constitutivos desta intenção universal, ou seja, da *condição ética*, que implica o reconhecimento da categoria de pessoa. Tal pressuposto não é compartilhado por todas as culturas, já que nem a pessoa e nem a sua dignidade são considerados do mesmo modo em diferentes contextos, o que anula, ou mesmo impossibilita a própria intenção universal do direito²⁷¹. Ora, o direito, na sua autonomia material, é uma alternativa desenvolvida na historicidade constitutiva específica do contexto ocidental²⁷², ao contrário de outros horizontes civilizacionais que

²⁶⁹ NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: Digesta. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 285-286.

²⁷⁰ “*Last but not least, this thirdness is not only recognisable in the condition of an impartial judge and judgment but also, and especially, in the indispensable presupposition of warrants and criteria for comparability (the presupposition of tertium comparationis which grants judgment, rejecting a purely discretionary decision). Which tertium comparationis? The one we recognise in the experience of a historical open legal system, the system which stabilises the intentions of communitarian validity as an institutionalised ensemble of principles and criteria (rules and exempla), providing an effective constitutive dialectical connection with the concrete identity of the problem and granting simultaneously that this identity is to be taken as an analogically comparable concreteness, irreducible, as such, to pure singularity*” In: LINHARES, José Manuel Aroso. Law’s Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivocalities of a Familiar Debate. In: **International Journal for the Semiotics of Law**. Springer, vol. 25, nº 4, p. 489-503, 2012, p. 499.

²⁷¹ NEVES, A. Castanheira. **O problema da Universalidade do Direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 106. – Castanheira Neves traz como exemplo a civilização muçulmana que adota a *Sharia*, compreendida como a Lei Sagrada que consagra um conjunto de mandamentos religiosos reguladores da vida em todos os aspectos. Para esta civilização, apenas seres humanos convertidos pela religião muçulmana são dignos de qualquer consideração jurídica. A liberdade só é compreendida nos limites dos deveres religiosos, assim como os direitos. In: NEVES, A. Castanheira. **O problema da Universalidade do Direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 122-123.

²⁷² Para a constituição do direito no seu sentido civilizacional próprio ocidental: NEVES, A. Castanheira. **O problema da Universalidade do Direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-**

respondem de modo muito diverso ao problema da institucionalização da ordem social, optando por vezes por um horizonte-*ethos* religioso, moral, político, quando não econômico ou científico. Trata-se já de parte do diagnóstico de fragmentação dado por Aroso Linhares ao pluralismo contemporâneo, que interpela o mundo jurídico trazendo também uma multiplicidade de conceitos de direito pela academia, de grupos semióticos e comunidades interpretativas que possuem sistemas de valores semânticos bem diversos, sem esquecer do aumento da influência de elementos externos ao direito que funcionalizam a prática jurídica²⁷³.

Neste sentido, uma vez assumida a especificidade cultural do direito, na sua experiência de constituição-transformação pela história, conclui-se que não cabe uma imposição de uma meta-discurso transcivilizacional, embora também não implique abandonar a possibilidade de intervenção dialogante intercultural na posição de um dos locutores participantes, em sua autenticidade²⁷⁴. Ou seja, é necessário reconhecer que comunidade de homens-pessoas – que reciprocamente se realizam e reconhecem, numa sucessiva experiência de alargamento deste ciclo – buscada pelo direito é apenas uma das pretensões possíveis de universalidade, que não pode ser separada da sua historicidade específica. Rejeitar a atribuição de meta-discurso universal para o direito possibilita reconhecê-lo como um dos interlocutores que disponibiliza um certo *modus operandi* válido²⁷⁵.

A proposta jurisprudencialista para o direito, incluindo os contributos de Aroso Linhares, caminha para superar a suposta cisão entre a necessidade de comparabilidade e o reconhecimento das diferenças, não só por todos os elementos que consagram a *ordem de validade*, mas especificamente através dos *princípios como jus*, enquanto projetos de *ser-com-os-outros*, que tomam uma posição muito distinta dos critérios legislativos, jurisprudências e dogmáticos, pois na sua experiência de constituição-realização, que conta com o diálogo intercivilizacional, os princípios são capazes de assimilar e reconhecer as

dialogante das culturas. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 111-116.

²⁷³ LINHARES, José Manuel Aroso. Law's Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivocalities of a Familiar Debate. In: **International Journal for the Semiotics of Law**. Springer, vol. 25, nº 4, p. 489-503, 2012, p. 489-503 e p. 492-494.

²⁷⁴ LINHARES, José Manuel Aroso. Law's Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivocalities of a Familiar Debate. In: **International Journal for the Semiotics of Law**. Springer, vol. 25, nº 4, 2012, p. 499.

²⁷⁵ LINHARES, José Manuel Aroso. Direito, violência e tradução: poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? In: **Themis**, ano XV, nºs 26/27, 2014, p. 51.

diferenças compatíveis com a justiça, possibilitando uma assimilação-tratamento da singularidade, que não é previamente decidida²⁷⁶, bem semelhante ao que a *Filosofia do Limite* propõe.

Todavia, vale lembrar que um dado diálogo só é possível a partir de um ponto de vista interior de cada experiência cultural, que conta com a *tradução*, acompanhada de uma *ética de humildade*, como recurso que torna possível ouvir o que uma outra tradição cultural (um outro argumento, um outro contexto) tem a dizer, com abertura para admitir possibilidades racionalmente superiores à si própria, embora considerando incontornáveis barreiras de traduzibilidade e a porção de violência que isto implica, através da criatividade responsável em um processo de enriquecimento reciprocamente constitutivo dotado de sentido²⁷⁷.

Trata-se, portanto, de assimilar as diferenças internamente, possibilitando justificadamente a preservação das exigências da linguagem tradutora ou a suspensão das mesmas para que a linguagem traduzida possa prevalecer, em que o resultado só se demonstra satisfatório quando há o esforço permanente de compreensão do horizonte

²⁷⁶ “Se insisto nessa representação... é decerto porque esta nos permite vencer (como que dialeticamente) a cisão que contrapõe um exercício de comparabilidade (inteiramente pensado em abstracto) a um reconhecimento da diferença (capaz de resistir a toda tematização e a toda medida)... mas também e ainda muito especialmente porque nos permite perceber que os princípios nos expõem a uma experiência de *constituição-manifestação-realização* exemplarmente distinta daquela que os critérios legislativos, jurisprudenciais ou dogmático nos proporcionam. Sendo precisamente esta experiência de realização que, sob o fogo da nossa circunstância presente (e de um diálogo intercivilizacional urgente), nos importa como um exemplo inexcedível de testemunho e de assimilação (lograda) das diferenças.” *In*: LINHARES, José Manuel Aroso. Direito, violência e tradução: poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? *In*: **Themis**, ano XV, n.ºs 26/27, 2014, p. 54. - “O que aqui e agora significa testemunhar uma especialíssima consonância prática entre os princípios que se invocam como compromissos e projectos de ser ou de *ser-com-os-outros* (a cuja orientação-condução nos submetemos) e o «conteúdo normativo-concreto» da realização destes compromissos (indissociável dos problemas-controvérsias e do *novum* irredutível que estes introduzem). Decerto porque os princípios não antecipam problemas ou tipos de problemas (ainda a imagem do farol ou da bússola!)... na mesma medida em que, furtando-se a uma qualquer pré-determinação em abstracto das suas exigências, só fazem sentido (só atingem a sua integridade normativa) realizando-se (e neste sentido também transformando-se e transformando-se inevitavelmente em cada nova experimentação concretizadora). Como se, numa palavra, se tratasse de experimentar um *continuum* (sem soluções) de constituição-manifestação-realização — exemplarmente distinto daqueles que os critérios legislativos, jurisprudenciais ou dogmáticos nos impõem —... mas então e assim também de permitir um outro tratamento da singularidade... — um tratamento que não fique prisioneiro de uma assimilação da pluralidade previamente decidida ou experimentada (e da violentação domesticação do *novum* que todos os critérios, em termos mais ou menos drásticos, representam).” *In*: LINHARES, José Manuel Aroso. Jurisprudencialismo: Uma Resposta Possível Em Tempo(S) de Pluralidade e de Diferença? *In*: **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves**. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, p. 109-174, 2012, p. 167-168.

²⁷⁷ LINHARES, José Manuel Aroso. Direito, violência e tradução: poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? *In*: **Themis**, ano XV, n.ºs 26/27, 2014, p. 54-56

outro, que não deixa nos confrontar com a recíproca problematização interna, mas tudo isso sem renunciar a posição de interlocutor que o direito possui, numa constante insistência nos traços que o identificam e diferenciam²⁷⁸.

Por fim, importa ainda esclarecer, juntamente com Ana Gaudêncio, que o direito na perspectiva jurisprudencialista, na medida em que não se confunde com a ética, deverá assimilar seletivamente as diferenças, corrigindo as desigualdades através da assunção do *princípio da igualdade*, que possui um sentido material e historicamente situado²⁷⁹.

2.6 Entre a Responsabilidade Infinita e a Indefinida.

O papel da responsabilidade infinita é complexo e difuso, já que demarca desde o próprio fundamento ético para o Estado de Direito em Levinas²⁸⁰, como uma das significações de Justiça, assim como é assimilada no âmago da desconstrução, num duplo movimento indicativo²⁸¹. Desta feita, Drucilla Cornell acompanha o diálogo entre Levinas e Derrida sobre o tema, na medida em que *a Filosofia do Limite* é impulsionada pelo desejo ético, ou seja, pela busca de uma relação não-violenta com o outro, assumindo o objetivo de resguardar a realização da singularidade e diferença de cada um²⁸².

Importa, portanto, mencionar que Cornell destaca o fato de que a experiência do face-a-face, na sua assimetria e não-reciprocidade, como compreendida por Levinas, é anterior à ideia unitária de comunidade hegeliana, já que *o absolutamente outro* não pode ser reduzido à sua relação com o *eu*. A alteridade, mantida pela própria separação e assimetria²⁸³, é levada tão a sério por Levinas que chega a conceber o *outro*, na sua

²⁷⁸ LINHARES, José Manuel Aroso. Direito, violência e tradução: poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? In: **Themis**, ano XV, n°s 26/27, 2014, p. 58-59.

²⁷⁹ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade**: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância. Tese respeitante ao grau de Doutoramento em Direito na área de Ciências Jurídico-Filosóficas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2012, p. 330.

²⁸⁰ LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu'être ou au-delà de l'essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974, p. 202-203.

²⁸¹ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 19-20.

²⁸² CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 62

²⁸³ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 53.

exterioridade, como o seu Mestre. A servidão ao *outro* tem início a partir da epifania do rosto, antes da liberdade do *eu*²⁸⁴.

Em seguimento, Cornell convoca os apontamentos críticos de Derrida sobre o anti-hegelianismo de Levinas, para acentuar que ao relegar o *outro* à pura exterioridade, reinstaura-se a lógica da identidade, na medida em que a diferença só é preservada na relação com o *outro* e não a partir da pura separação. A “simetria estranha”, ou “simetria fenomenológica”, é importante para não reduzir a alteridade à pura projeção mística, que despontaria em um tipo pior de violência capaz de desconsiderar completamente a singularidade, já que não há qualquer tipo de rastro ou relação. *O Eu também é o Outro do Outro e as diferenças só são identificadas quando há similaridades*, o que revela a clara dinâmica da *différance*²⁸⁵ que permite observar na totalidade de um sistema a sua própria falta, pois o traço da transcendência está sempre presente²⁸⁶. Trata-se, pois, da própria possibilidade de transformação pela iterabilidade do Mesmo²⁸⁷.

Por sua vez, a responsabilidade infinita não é exigida somente pelo outro (nem somente pelo eu enquanto o outro do outro), porque há sempre a interrupção da relação puramente ética pelo terceiro. Logo, considerando que o rosto é uma abertura para toda a humanidade e o terceiro está sempre presente, há sempre a necessidade de realizar comparações, de sincronizar as demandas conflitantes. Um Estado de Direito justo e igualitário tem como fundamento a irreduzível responsabilidade pelo outro²⁸⁸, enquanto condição ética, que nem de longe se confunde com uma assimilação da relação puramente

²⁸⁴ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 53. – LEVINAS, Emmanuel. **Totalité et Infini**: Essai sur l’exteriorité. Original Edition, La Flèche: Martinus Nijhoff, 1971, p. 234 – “*La responsabilité pour autrui ne peut avoir commencé dans mon engagement, dans ma décision. La responsabilité illimitée où je me trouve vient d’en deçà de ma liberté, d’un «antérieur-à-tout souvenir»[...]*.” In: LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu’être ou au-delà de l’essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974, p. 12.

²⁸⁵ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 53-55. – “*Derrida uncovers in Levinas a “strange symmetry” in that “I’m also essentially the other’s other that I know I am”. [...] Without this strange symmetry, [...] Levina’s insistence on the phenomenological as well as the ethical asymmetry of the Other would degenerate into the worst sort of violence*”. In: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 54. – “*Derrida’s specific intervention into Levinas is to argue instead that ethical asymmetry, if is to be ethical, now defined as respectful of the otherness of the Other, must be based on phenomenological symmetry. The strangeness of the Other is that the Other is an “I”. But, as an “I”, the Other is the same as “me”. Without this moment of universality, the otherness of the Other can be too easily reduced to a mythical projection*”. In: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 55.

²⁸⁶ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 69.

²⁸⁷ “[...] Derrida emphasizes the “self-transcendence” of the Same. The iteration of the Same “is” as transformation” In: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 109.

²⁸⁸ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 105

ética pelo direito, porquanto não seria possível. A justiça, em sua específica historicidade ocidental, supõe instituições capazes de comparar e julgar as singularidades incomparáveis, em pé de igualdade perante o direito, embora sempre requerida pela caridade. A justiça do Estado Democrático de Direito é mobilizada pela responsabilidade infinita, sempre exigente de uma perfectibilidade, sejam quais forem os limites impostos pela *dura lex*²⁸⁹.

Não obstante, Drucilla ainda assimila a responsabilidade diante da específica historicidade da justiça e do direito, bem como diante do próprio conceito de responsabilidade, assim como Derrida, na essência do processo interpretativo²⁹⁰, assunto de análise do capítulo seguinte.

De outro modo, Jack Balkin não concorda com a identificação de uma responsabilidade excessiva e infinita com a justiça, já que o grau de realização da segunda não aumenta na mesma medida em que a primeira e, por vezes, é precisamente pela sua diminuição que a justiça se realiza. Para exemplificar isto, Balkin menciona um ensaio no qual Derrida reconhece que Paul de Man, apesar de possuir certa porção de responsabilidade na perpetuação da ideologia nazista, não é responsável por todo o Holocausto e nem escreveu artigos tão danosos quanto outros do *Le Soir*. Os danos oriundos da leitura dos artigos de Paul dependeriam do contexto em que fosse lido. Ademais, sobre as imputações de responsabilidade à desconstrução no Holocausto, Derrida argumenta que, além do fato de ser judeu, durante a Segunda Guerra mundial era apenas um adolescente, muito mais próximo da condição de vítima do que de responsável²⁹¹.

Neste sentido, Balkin compreende que o próprio Derrida busca, na realidade, não um constante aumento da responsabilidade ou uma responsabilidade sem qualquer limite,

²⁸⁹ “*The hour of justice, of the comparison between incomparables who are grouped by human species and genus. And the hour of institutions empowered to judge, of states within which institutions are consolidated, of Universal Law which is always dura lex, and of citizens equal before the law. [...] It is the hour of the Western World! The hour of justice--required, however, by charity. To resume what I have said: It is in the name of that responsibility for the other, in the name of that mercy, that kindness to which the face of the other man appeals, that the entire discourse of justice is set in motion, whatever the limitations and rigors of the dura lex it may bring to the infinite benevolence toward the other. Unforgettable infinity, rigors always to be mitigated. [...] A justice always to be perfected against its own harshness That is perhaps the very excellence of democracy, whose fundamental liberalism corresponds to the ceaseless deep remorse of justice [...].*” In: LEVINAS, Emmanuel. **Entre Nous: thinking-of-the-other**. New York: Columbia Press University, 1998, p. 229.

²⁹⁰ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 147.

²⁹¹ BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 23-25.

do contrário, ele e De Man seriam responsáveis por todos os crimes do Holocausto, considerando o passado e o futuro. Desta feita, a justiça demandaria uma divisão adequada de responsabilidade, nem para mais e nem para menos do que a quantidade certa para cada pessoa. Isto porque o aumento da responsabilidade implica necessariamente na diminuição da liberdade e segurança. Uma segurança infinita para todos demandaria uma responsabilidade infinita para todos, despontando numa abolição da liberdade e paradoxalmente da segurança²⁹².

A *desconstrução transcendental* de Jack Balkin, na sua defesa de uma *justa medida*, compreende a responsabilidade “sem limites” de Derrida, na realidade, como *indefinida*, ou seja, uma responsabilidade que não possui demarcações pré-definidas em abstrato. Logo, é inteiramente dependente do contexto para que possa tomar contornos, ao contrário da ideia de infinito que, como o próprio nome já entrega, não possui qualquer limite²⁹³.

Destarte, a distinção entre o infinito e indefinido traz reflexos interpretativos. Ora, a desconstrução assume a premissa de que o texto é indeterminado, mas isto não significa dizer que é possível extrair significados infinitos, no sentido de que podem significar absolutamente tudo, despontando assim na aniquilação das relações *de différence* e *nested oppositions*. Mas é possível dizer que um texto possui significados indefinidos, que só podem ser especificados diante dos contextos oferecidos pelo mundo, tomando contornos que não podem ser previstos em abstrato. Conclusivamente, a ideia de responsabilidade indefinida orienta a perspectiva de justiça da *desconstrução transcendental*, considerando a dinâmica das *nested oppositions*; já a *responsabilidade infinita*, seria, para Balkin consistente apenas com uma compreensão niilista da desconstrução, já a partir desta ideia seria impossível extrair qualquer significado²⁹⁴.

Mais uma vez, importa mencionar que Jack Balkin não parece levar em consideração que a ideia de Infinito, assumida por Derrida a partir de Levinas, possui um significado ético em torno da preservação da alteridade e de uma busca ininterrupta pela

²⁹² BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 24-26.

²⁹³ BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 26.

²⁹⁴ BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**, v. 92, n. 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019, p. 27-29.

justiça. Sendo assim, a ideia de responsabilidade infinita possui um posicionamento ético fundamente, não propriamente jurídico, tendo em vista a necessidade das condições de comparabilidade e tercialidade para as relações interpessoais. Entretanto, vale reconhecer que Balkin possui a prerrogativa de não assimilar a ideia infinito, mesmo em um nível ético, e assim o faz, embora devesse enfrentá-la levando em consideração todo o seu desenvolvimento.

2.7 A responsabilidade investida na Pessoa.

Na medida em que, para Castanheira Neves, a categoria axiológica de pessoa implica uma emergência concreta deste estatuto, que se manifesta necessariamente através do reconhecimento recíproco, revela-se também a correlatividade entre *direitos* – enquanto possibilidades afirmativas da autonomia diante dos outros – e *deveres*, que são os compromissos perante as possíveis exigências dos outros. É neste sentido que a pessoa está sempre investida em responsabilidade, que se apresenta em níveis diversos²⁹⁵.

Em um nível mais amplo, tem-se a *responsabilidade perante a humanidade*, em acepção macroética, que interpela a humanidade em cada um de nós, em torno de um futuro que permite a realização do próprio sentido humano; em seguida, há a *responsabilidade perante o outro*, em referência à experiência ética imediata nos termos de Levinas, instaurada a partir rosto, que atesta a transcendência para além da essência, mas que também implica uma relação com todos os outros, despontando na própria exigência de justiça exercida institucionalmente. Por fim, especifica-se *responsabilidade através do direito*, que se objetiva com fundamento nas exigências de validade normativas transindividuais constituídas nas relações interpessoais, considerando a sua atuação dependente de alguns princípios como: o *princípio da igualdade*, na medida em que é expressão normativa do reconhecimento recíproco e assinala que todas as pessoas são igualmente responsáveis, ressalvadas certas exceções; assim como o *princípio da corresponsabilidade*, que expressa normativamente a integração comunitária, numa

²⁹⁵ NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 152-153.

superação do individualismo em seu sentido puramente negativo, que se propõe apenas a não prejudicar o direito de outrem (*neminem laedere*)²⁹⁶.

A amplitude da corresponsabilidade impõe, em primeiro lugar, a consequência normativa da *responsabilidade pelas condições de existência comunitária*. Trata-se de respeitar e preservar, em termos ativos e passivos, as condições sociais de realização pessoal em um certo momento histórico-cultural, no qual que se exprime a *responsabilidade penal*, tanto na dimensão da ilicitude quanto a imputação da culpa, já que o *princípio da culpa* impõe a responsabilização. Uma segunda consequência é a *responsabilidade por reciprocidade*, que se demonstra em termos comutativos e colhe fundamento nos compromissos e vínculos normativos comunitariamente assumidos, instituindo direitos e obrigações, na qual se considera a *responsabilidade civil obrigacional-contratual*. Por fim, a terceira consequência é a *responsabilidade de integração comunitária*, que pressupõe o *princípio da justiça*, numa referência ao equilíbrio das relações e posições das pessoas na comunidade que, em situações socialmente inevitáveis de coexistência antagônica e em antinomias estruturais, terá de contar com possibilidade a reversibilidade das posições sociais e com a compensação de sacrifícios, possível pelo enriquecimento comunitário ou, pelo menos, pela não restrição no bem comum²⁹⁷.

Entretanto, a responsabilidade jurídica, na sua correlatividade com a igualdade, liberdade e autonomia, atua nos limites das *dimensões positivas e negativas* da ordem jurídica instituída. As *dimensões positivas* se referem às possibilidades de realização da pessoa, que implicam um sistema de finalidades ordenador do todo comunitário, que conta necessariamente com um sistema jurídico de intencionalidade aberta, já que não é possível pré-definir todas as possibilidades de realização pessoal e nem pressupor os problemas jurídicos futuros, exigentes de soluções para além dos termos pré-definidos. No que diz respeito às *dimensões negativas*, atenta-se para os limites normativos de acordo com as possibilidades institucionais, que permitem as realizações de uns através das proibições dos outros reciprocamente, a fim de impedir relações de privilégio e subordinação anuladoras do princípio da igualdade. Aqueles que têm a sua responsabilidade

²⁹⁶ NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 153-156.

²⁹⁷ NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 156-158.

intensificada, para além dos limites materialmente e institucionalmente assimilados, consequentemente, têm a sua autonomia mitigada, o que naturalmente prejudica a sua própria realização. Tais limites são projetados para o *princípio do mínimo*, na medida em que são legítimas apenas as limitações necessárias e indispensáveis para a realizações de todas as pessoas; bem como para o *princípio da formalização*, que se refere às exigências de institucionalização das limitações intencionadas, adequadas ao princípio do mínimo, pois, sem a formalização e operacionalidade institucional, seria impossível regular normativamente os limites da autonomia, liberdade e responsabilidade²⁹⁸.

Não obstante, para além dos vínculos de coexistência comunitária e das condições de participação pré-definidas entre pessoas, está a *Solidariedade* diante daquele que necessita, diante de quem não possui a plena possibilidade de fruição da sua dignidade, daquele que sofre e perante o todo comunitário e o seu futuro. A Solidariedade perante a humanidade, portanto, não se confunde com a responsabilidade pensada em termos jurídicos²⁹⁹, na medida em que, nas palavras de Castanheira Neves, “o amor está para além da justiça e consuma-a – só o dom acaba por dar sentido e admite a reivindicação do outro”³⁰⁰.

²⁹⁸ NEVES, A. Castanheira. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático.** In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 415-416.

²⁹⁹ NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade.** In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 158.

³⁰⁰ NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade.** In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 158.

3. JUSTIÇA E DECISÃO: SOBRE AS APORIAS NA PRÁTICA JUDICATIVA.

Há essencialmente uma aporia para Derrida, cujo potencial é amplamente distribuído. A justiça, enquanto infinita, assimétrica, e rebelde diante de critérios pré-estabelecidos, para ser realizada, necessita do direito em sua *enforceability*; já o direito, enquanto ordem do calculável e da legalidade, profere a sua realização em nome da justiça. Logo, a desconstrução se encontra no intervalo destes dois polos, a fim de mobilizar o segundo em torno do primeiro. A partir destas considerações, desdobram-se alguns exemplos práticos de aporias a serem experienciadas pela prática judicativa que se queira justa³⁰¹.

O primeiro exemplo de aporia é chamado de *épokhè da regra*. Trata-se do paradoxo entre a necessidade de liberdade para que a decisão judicial seja responsável e justa, ao mesmo passo que deve estar em conformidade com os critérios legais oferecidos pelo sistema jurídico. Logo, não se deve decidir de forma absolutamente livre, sem qualquer referência ao direito, e nem forma totalmente presa à uma prescrição. Ora, para que uma decisão judicial seja justa, não se deve apenas repetir uma norma geral e abstrata, mas sim confirmá-la através de uma interpretação renovadora, como se em cada caso o direito fosse reinventado. A justiça e responsabilidade da decisão é revelada na requisição da conservação do direito, em conjunto com a exigência de suspensão da regra; suspensão que permite a sua reinvenção e refundamentação em cada caso, pela sua singularidade irrepetível, exigente de uma interpretação única, mas que não pode ser absolutamente livre em razão da necessidade de se vincular ao sistema jurídico. Por isto, não se pode dizer que a decisão judicial é absolutamente justa, livre e responsável, para Derrida, e sim apenas legítima e em conformidade com os critérios jurídicos disponíveis³⁰².

O segundo desdobramento da aporia é *o fantasma do indecível*, que não é a mera tensão entre as possibilidades de decisão, mas é a experiência, em face da exigência de suspensão das regras, de obrigatoriedade da tomada de uma decisão justa impossível, porque deve ser compatível com sistema jurídico. Uma decisão que não é concretizada através da experiência do indecível não pode ser compreendida como livre, responsável e justa, já que seria apenas uma consequência da repetição de algum critério em abstrato

³⁰¹ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 21-22.

³⁰² DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 22-23.

passado. Entretanto, uma decisão tomada na pureza da suspensão também não seria legítima pelo direito. O indecível permanece como fantasma em todas as decisões, pois desconstrói qualquer forma de presença, na medida em que permite e fundamentação e confirmação de um critério-regra no apelo à justiça infinita³⁰³.

A terceira e última aporia para a decisão justa é *a urgência que obstrui o horizonte de conhecimento*, que se refere à demanda por urgência da decisão confrontada com a necessidade de aprofundar o conhecimento sobre o problema em causa. Como já mencionado, Derrida não toma como referência a ideia de horizonte para o seu pensamento, na medida em que é tanto abertura como limite para um horizonte de espera. A justiça requer que se tome uma decisão imediatamente, não podendo optar por esgotar todas as informações necessárias, visto que demandaria uma grande espera, ou mesmo uma infinidade de tempo. Além do mais, mesmo que fosse possível esperar todo o tempo necessário para se decidir sobre determinado assunto, a decisão permaneceria finita, encerrada no momento em que foi tomada, marcando uma interrupção na deliberação cognitiva. Com efeito, se fosse precipitada, faltaria conhecimento suficiente para que fosse responsável, o que endossaria a mera reprodução de uma regra de forma superficial. Neste sentido, Derrida alerta que não há uma absoluta distinção entre os enunciados performativos e constativos, na medida em que não é possível se decidir, ou emitir um enunciado performativo, sem qualquer referência às convenções anteriores; assim como um enunciado constativo jamais pode ser justo, apenas adequado, embora também seja dependente de uma força performativa antecessora. Logo, importa reconhecer que a justiça e a verdade de constatações teóricas sempre pressupõem uma dimensão de justiça performativa precipitada, com certo grau de violência e assimetria. Consequentemente, o excesso do ato performativo e a urgência da justiça atestam a insuficiência de um horizonte de espera. É neste sentido que se compreende a justiça como um porvir, um talvez em sua alteridade inapresentável, que não pode ser projetado a partir do presente como um simples futuro³⁰⁴.

Entretanto, mesmo que a justiça exceda o direito e o cálculo, não pode servir como um alibi para recusa das instituições, porquanto o seu discurso pode ser dominado

³⁰³ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 24-26.

³⁰⁴ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. In: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992, p. 26-28.

pela forma de cálculo mais perverso. Portanto, a justiça sempre necessita do direito, enquanto instituição que não permanece isolada das outras, considerando a abertura das suas fronteiras para a interpenetração de outras áreas (ética, filosofia, política, literatura, economia, psicossociologia etc.), numa dinâmica de negociação entre o calculável e o incalculável sempre em torno do excesso imprevisível, do que parece secundário e marginal³⁰⁵.

Todavia, novamente, nos termos de Aroso Linhares, alerta-se para o fato de que a experiência de direito assumida por Derrida está restrita à herança do voluntarismo moderno, consagrado nas várias perspectivas de legalismo, numa assunção aproblemática forma/conteúdo, que se revela sempre como produto contingente da vontade de uma autoridade que, através da positivação, organiza institucionalmente os compromissos teleológicos eventuais. Como se a tematização através do direito pudesse ser feita apenas enquanto um processo de universalização racional legitimado como uma regra autosubsistente. Por esta razão, naturalmente, o tratamento de Derrida para a decisão judicial desponta na relação aporética inescapável entre direito e justiça³⁰⁶, na medida em que o próprio apelo à justiça assinala uma expectativa de transformação em torno de uma vontade política externa, que só obtém êxito na sua sensibilidade diante da pluralidade e das diferenças, assimilando-as sincronicamente como situações típicas, reproduzindo as mesmas situações de aporia³⁰⁷.

Desta feita, as aporias imputadas para a decisão judicial por Derrida apenas se constituem na medida em que a experimentação (realização) de um critério se confunde com o exercício de aplicação de uma estratégia determinada previamente, porém justificada *a posteriori*; o que consagra uma verdadeira desresponsabilização. Por conseguinte, é possível identificar que a desconstrução não ultrapassa o próprio sistema que deseja desconstruir, pois vincula o direito à metafísica da presença, mantendo as oposições categoriais que tal sistema reproduz, repetindo-as sem conseguir determinar um sentido interno que estabeleça quais as diferenças que devam ser preservadas e quais não,

³⁰⁵ DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. *In: Deconstruction and The Possibility of Justice*. New York: Routledge, 1992, p. 26-28.

³⁰⁶ LINHARES, José Manuel Aroso. O Dito do direito e o Dizer da Justiça: Diálogos com Levinas e Derrida. *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Vol. VIII, n. 14, Coimbra, p. 5-76, 2007, p. 35-38.

³⁰⁷ LINHARES, José Manuel Aroso. O Dito do direito e o Dizer da Justiça: Diálogos com Levinas e Derrida. *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*. Vol. VIII, n. 14, Coimbra, p. 5-76, 2007, p. 44-45.

bem como vincula a transformação do direito à uma escolha política, mantendo assim a possibilidade de se regressar ao que já fora desconstruído³⁰⁸.

Além do mais, a indecidibilidade vinculada à responsabilidade parece mais uma abertura para a ponderação das possibilidades contextualmente compatíveis de realização de certos objetivos, ideologicamente e moralmente determinados, assumidos na singularidade da ocasião³⁰⁹.

A partir das considerações ora expostas, importa discutir: quais as orientações para a prática judicativa na *Desconstrução Transcendental e Filosofia do Limite*, considerando a impossibilidade de realização plena e presente da justiça; se o juízo decisório está condenado a confundir a possibilidade de transformação do direito com o salto para além dos seus limites; e, sobretudo, a possibilidade de uma *outra a alternativa*, que permite pensar a justiça (justeza) do juízo decisório de forma autônoma, já que não faz sentido assumir a inevitabilidade das aporias enquanto o direito é compreendido como a própria possibilidade de justiça.

3.1 A Interpretação Jurídica como uma empreitada pragmática e a analogia "Law as Performance" em Jack Balkin.

Jack Balkin, como se sabe, utiliza a desconstrução em torno de propósitos normativos, identificando-a como um conjunto de técnicas retóricas que atuam na crítica de doutrinas e argumentos jurídicos, para demonstrar ideologias ocultas, estruturas de reprodução de injustiças, bem como outras incoerências. Conclusivamente, a prática normativa da desconstrução não pode se isentar de determinar interpretações e escolhas de critérios melhores que outros³¹⁰.

Importa relembrar a reversibilidade das posições hierárquicas entre conceitos opostos, na medida em que os mesmos argumentos que sustentam certa relação de

³⁰⁸ LINHARES, José Manuel Aroso. O Dito do direito e o Dizer da Justiça: Diálogos com Levinas e Derrida. **Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL**. Vol. VIII, n. 14, Coimbra, p. 5-76, 2007, p. 45-46.

³⁰⁹ LINHARES, José Manuel Aroso. A identidade na Pluralidade dos Critical Legal Scholars: um discurso da dialética *societas/communitas*? *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*. Vol. 8. n.º 8, p. 83-130, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10437/7727>. Acesso em 01 de jul. 2020, p. 121.

³¹⁰ BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 2, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 721-722.

privilégio podem ser utilizados para amparar a relação inversa. Há de se atentar também para a análise estilística do texto, com enfoque na escolha de palavras que pode revelar ambiguidades e prejudicar os próprios argumentos sustentados, bem como para a possibilidade de um termo oposto ser um caso especial do outro. Destarte, tais técnicas possuem uma clara aplicação para o direito, que é composto por vários materiais jurídicos distintos, que tomam forma de acordo com os contextos em que são aplicados. Em suma, todas os elementos que parecem marginais em um texto e no sistema jurídico podem ser utilizados para provocar perturbações na sua lógica central, pois não há elementos que sejam capazes de se autopreservar sem qualquer relação de dependência e diferenciação³¹¹.

Tais considerações remetem ao fato de que a desconstrução da hierarquia entre conceitos opostos é realizada por Balkin através da identificação de *nested oppositions*, já que um termo pode ser um caso especial do outro, ou possuir dependência histórica, bem como pode ser capaz de reproduzir e se transformar no outro através do tempo. Consequentemente, importa enfatizar o contexto em que as análises são realizadas, na medida em que as oposições hierárquicas entre ideias e os próprios significados destas mudam de acordo com as circunstâncias interpretativas, tendo em vista a *iterabilidade* do texto³¹².

Na interpretação jurídica, portanto, além de revelar as ideologias ocultas, a desconstrução atua para demonstrar a sensibilidade dos significados jurídicos diante das mudanças no contexto interpretativo, bem como enfatiza que não há método fundamental para a decisão judicial. Nenhum método de interpretação pode ser considerado como autossuficiente. Na realidade, a desconstrução, para Jack Balkin, esclarece que a interpretação jurídica é uma empreitada pragmática, que pode utilizar de vários métodos para chegar no seu objetivo, sem declarar nenhuma como fundamental³¹³.

Logo, a partir de uma perspectiva desconstrutivista, não é suficiente dizer que todos os métodos interpretativos seriam apenas suplemento do texto, para quando a sua leitura fosse ambígua, porque mesmo nas situações em que o texto aparenta ser “óbvio”,

³¹¹ BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 2, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 722-729.

³¹² BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 2, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 729-731.

³¹³ BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 2, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 732.

produzem problemas interpretativos quando aplicados em contextos inesperados³¹⁴. Na realidade, há um número indefinido de possibilidades em que um texto jurídico pode ser lido e, conseqüentemente, um número indefinido de interpretações que o mesmo pode proporcionar. Todavia, por se tratar de uma empreitada pragmática, a interpretação considera também o propósito do intérprete juiz, que não necessariamente persegue as orientações do criador do texto, ou melhor, as intenções originais do autor, tendo em vista a iterabilidade que assinala a sua liberação da parte autora. Importa, deste modo, confiar no *princípio do jogo livre dos textos jurídicos*, pois o propósito do intérprete é construído através das leituras dos materiais em um contexto particular. Entretanto, não se trata de rejeitar completamente a atitude interpretativa que valoriza as intenções do autor, no intuito de tornar o princípio do jogo livre, ou outra abordagem, como “a” fundamental para a decisão, o que seria um reforço à metafísica da presença, porquanto tais opções interpretativas mantêm relações de mútua dependência e diferenciação³¹⁵.

Por sua vez, importa esclarecer que compreender a interpretação jurídica como uma empreitada pragmática ressalta também os propósitos do intérprete. Neste sentido, Jack Balkin esclarece que, tradicionalmente, os debates sobre a indeterminação do texto e doutrina jurídica atingem a questão do *rogue judge*, do juiz que molda a sua decisão para satisfazer predileções ideológicas. Porém, teoricamente, para os defensores de uma perspectiva tradicional, a solução consistiria em criar leis e doutrinas que fossem capazes de restringir tal atitude *partisan*, o que para os *Critical Legal Scholars* é uma crença ilusória. O real problema, visto sob a perspectiva da desconstrução, não é o caráter indeterminado do texto que permite orientação ideológica, mas uma determinação ideológica opressora, na medida em que o juiz sempre está vinculado aos limites da sua visão de mundo³¹⁶. Importa lembrar que, para Balkin, até a própria desconstrução possui uma orientação logocêntrica, na medida em que é opção do sujeito perseguir ou não o horizonte de *Justiça Transcendente*. Trata-se de uma relação aporética na medida em que as normas culturais positivas não conseguem reproduzir plenamente os valores

³¹⁴ BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 2, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 732-733.

³¹⁵ BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.** n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019, p. 38-47.

³¹⁶ BALKIN, Jack. Deconstruction's Legal Career. **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 2, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019, p. 736-740.

transcendentes inócuos, embora a desconstrução em si não seja uma aporia, pois é plenamente realizável e não se confunde com a justiça.

Os propósitos do sujeito no processo de compreensão, argumentação e interpretação jurídica são acentuados por Balkin no enfrentamento do problema da coerência. Isto porque o sujeito carrega consigo as experiências individuais de internalização de normas culturais e as estruturas de compreensão constituídas através das comunicações intersubjetivas, logo, a subjetividade é levada no ato de compreensão, interpretação e mesmo na construção de determinado objeto, que pode ou não apresentar conclusões similares às de outras pessoas, tendo em vista as ideias compartilhadas através do mesmo *cultural software*. Há, portanto, uma relação dialética entre os aspectos subjetivos e objetivos da vida social, pois os objetos não se impõem de forma pura para o sujeito e os sujeitos não criam completamente os objetos³¹⁷.

Desta feita, a coerência jurídica é pensada nos termos de uma coerência normativa, que considera as justificativas que atribuímos quando compreendemos e interpretamos os materiais jurídicos, na recusa de uma visão unitária. Neste sentido, as justificativas são realizadas através de uma incessante dialética entre a *justificativa atual*, que consiste na avaliação de moralidade atribuída aos materiais, e a *justificativa hipotética*, que se propõe a preservar a coerência entre o conjunto de dispositivos em relação às doutrinas jurídicas. A relação dialética entre as duas modalidades de justificativa deve ser preservada na medida em que primeira, por si mesma, seria incapaz de garantir coerência ao sistema jurídico, e a segunda, adotada de forma isolada, não realiza qualquer esforço justificatório e reforça uma dinâmica tautológica. Logo, a coerência de um certo material jurídico deve atender ao mínimo de uma justificação hipotética e ao máximo da justificação atual. Ainda, há a possibilidade um princípio normativo atuar como um princípio moral para fins de justificativa hipotética, o que Balkin classifica como *bona fide principles and policies*, que são capazes inclusive de resolver conflitos de aplicação³¹⁸.

Por sua vez, a posição do sujeito diante da coerência jurídica depende de uma atitude chamada de *reconstrução racional (rational reconstruction)*. Trata-se da atividade

³¹⁷ BALKIN, Jack. Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence. **103 Yale L.J.** 105, Faculty Scholarship Series 273, 1993. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/. Acesso em 10 de mar. 2020, p. 2-4.

³¹⁸ BALKIN, Jack. Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence. **103 Yale L.J.** 105, Faculty Scholarship Series 273, 1993. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/. Acesso em 10 de mar. 2020, p. 11-17.

interpretativa dos materiais jurídicos para a aplicação no caso concreto, numa preocupação primordial com a consistência substantiva, embora sem rejeitar as questões formais, do ponto de vista do intérprete. Não se trata, portanto, da simples imposição das perspectivas do sujeito para o objeto jurídico, mas de uma atitude caridosa, a fim de acomodá-lo razoavelmente com os princípios e outros materiais jurídicos. Todavia, a reconstrução racional mantém uma relação dialética com outra atitude interpretativa chamada de *desconstrução racional* (*rational deconstruction*), que consiste na postura crítica diante do objeto interpretativo, a fim de encontrar falhas e incoerências na sua justificação. Logo, é possível dizer que a reconstrução racional atua através da justificação hipotética a partir dos *bona fide principles and policies*; já a desconstrução racional pretende negar a justificação hipotética, realizando críticas a partir da justificação atual. Em suma, a reconstrução racional depende de uma prévia desconstrução racional, porém, o inverso também é verdadeiro, pois, para se desconstruir racionalmente, deve-se partir de referências bem sucedidas da reconstrução racional a fim determinar a incoerência em outras experiências; logo, importa considerar as relações de dependência e diferenciação entre as modalidades interpretativas³¹⁹.

A partir de tais considerações, Balkin caminha para elucidar que a coerência não pode ser compreendida enquanto uma mera propriedade do direito, independente das compreensões atribuídas pelos sujeitos, nos termos da jurisprudência tradicional. Desta feita, Balkin recusa completamente a afirmativa de que, somente pelas vias de uma perspectiva interna, ou seja, dos profissionais operadores do direito, nos termos de Hart e Raz, mesmo para um observador externo, seria possível determinar a coerência. Isto porque não existe a possibilidade desta perspectiva ser uma, mesmo que se considerasse apenas a posição dos juízes, porquanto há uma variedade de grupos e posições sociais com propósitos muito diversos no ato interpretativo. Em suma, a reconstrução racional não parte de uma visão unitária sobre a perspectiva interna e nem é a única modalidade de interpretação do direito. Com efeito, a compreensão unitária de coerência, a partir da perspectiva interna, associada à reconstrução racional, traz graves efeitos ideológicos, na medida que as outras percepções, propósitos e papéis sociais que orientam a compreensão jurídica são relegados à irrelevância ou à subalternidade, bem como obscurece as

³¹⁹ BALKIN, Jack. Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence. **103 Yale L.J.** 105, Faculty Scholarship Series 273, 1993. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/. Acesso em 10 de mar. 2020, p. 17-23.

contribuições subjetivas dos juízes e das outras elites jurídicas no momento da interpretação³²⁰.

Não obstante, há a tentativa de evitar a influência subjetiva na reconstrução racional através da determinação da coerência a partir da posição do “observador ideal”, que supostamente preservaria a centralidade do sujeito na interpretação, garantindo a objetividade e abstraindo a subjetividade, numa posição supostamente isenta de cultura e história. Entretanto, essa perspectiva falha, primordialmente, ao não assumir que o conhecimento de um artefato cultural, como é o direito, deve sempre resultar de uma posição social particular em determinada cultura e tradição histórica. Portanto, é irrecusável considerar as relações intersubjetivas que constituem as formas de compreensão cultural, na medida em que a compreensão jurídica é um caso especial de compreensão da cultura. O *cultural software* do sujeito é uma ferramenta necessária e incontornável em qualquer ato interpretativo, inclusive jurídico³²¹.

Ainda, vale mencionar que a reconstrução racional não é somente algo que a subjetividade realiza na compreensão do direito, mas também importa considerar a influência do direito na construção da nossa subjetividade. Trata-se, portanto, de uma forma de vulnerabilidade, de abertura e aceitação dos materiais jurídicos, uma força hermenêutica que age sobre o indivíduo³²².

Em suma, o que Balkin pretende apontar é que a própria existência humana internaliza uma tradição histórica e cultural que carrega um acúmulo de ferramentas de compreensão, que são uma mistura desordenada um de crenças e valores conflitantes entre si. Portanto, a incoerência normativa causada pela da tradição histórico-política que estamos inseridos está presente na própria subjetividade. Logo, ao identificar a influência das crenças morais e políticas como externas, torna-se a história invisível e a subjetividade como irrelevante, o que permite projetar a separação do sujeito do o que constitui enquanto tal. Conclusivamente, o maior obstáculo para a identificação da influência da subjetividade no processo interpretativo é o próprio questionamento que intenta descobrir a “natureza”

³²⁰ BALKIN, Jack. Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence. **103 Yale L.J.** 105, Faculty Scholarship Series 273, 1993. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/. Acesso em 10 de mar. 2020, p. 23-28.

³²¹ BALKIN, Jack. Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence. **103 Yale L.J.** 105, Faculty Scholarship Series 273, 1993. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/. Acesso em 10 de mar. 2020, p. 35-37.

³²² BALKIN, Jack. Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence. **103 Yale L.J.** 105, Faculty Scholarship Series 273, 1993. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/. Acesso em 10 de mar. 2020, p. 46.

do direito, realizado pela jurisprudência tradicional, que disfarça as características fundamentais da compreensão jurídica, bem como os seus efeitos ideológicos³²³.

Por sua vez, apesar de afirmar que a desconstrução não intenciona determinar qualquer dos métodos para a decisão judicial como “o” fundamental, Jack Balkin oferece um caminho que torna mais evidente a responsabilidade que o intérprete (juiz) possui diante do público³²⁴. Trata-se da analogia “*Law as Performance*”, elaborada juntamente com Sanford Levinson, que também participou da abertura para a analogia “*Law as Literature*”, partindo do mesmo caminho traçado pelas experiências semióticas que a interpretação jurídica, aliada às críticas e práticas literárias, tornou possível, embora reconhecendo também o seu esgotamento, o que permite realizar as devidas reformulações em face dos diagnósticos identificados³²⁵.

Portanto, importa dizer que a analogia “*Law as Literature*” obscurece três características importantes da prática jurídica. A primeira é a dinâmica triangular que existe entre as instituições que criam os materiais jurídicos, as instituições que interpretam o direito e as pessoas afetadas pela interpretação; embora considerando que o criador dos materiais jurídicos possa ser também o próprio intérprete, como nas experiências de *common law*. Neste sentido, a leitura literária identifica o público com o próprio intérprete, tratando-se de uma experiência primordialmente privada, embora não absolutamente³²⁶. A segunda característica ocultada é a força (*enforcement*) do direito na sua realização, pois o texto jurídico precisa ser aplicado na prática para se materializar enquanto direito, do mesmo modo que os comandos de uma partitura musical necessitam ser postos em prática

³²³ BALKIN, Jack. Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence. **103 Yale L.J.** 105, Faculty Scholarship Series 273, 1993. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/. Acesso em 10 de mar. 2020, p. 69.

³²⁴ “*Legal interpretation affects its “audience”: it does things with them and to them. Hence, performance always brings with its special responsibilities to the audience.*” In: BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 18.

³²⁵ LINHARES, José Manuel Aroso. O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos — da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. 80. Coimbra, p. 59-135, 2004, p. 84-85.

³²⁶ BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 17. — “*Nevertheless, the triangular relationship between the text, performer, and audience is more salient in music and drama than in the interpretation of poetry or novels.*” In: BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 17-18.

para que a música seja audível. Já a terceira característica é a acentuação da responsabilidade do intérprete diante de uma audiência, na medida em que a interpretação jurídica é uma atividade social que modela, direciona e normaliza os comportamento e pensamentos das pessoas alcançadas³²⁷.

Contudo, sabe-se que as analogias são comparações que apontam as relações de semelhanças e diferenças, logo, não se pretende afirmar que a “*Law as Performance*” não possui suas limitações práticas, mas importa clarificar que é bem mais adequada para demonstrar a responsabilidade exigida na atividade decisória³²⁸.

Desta feita, o direito tem a sua realização mais parecida com a dinâmica da performance do que com a leitura literária, na medida em que não se confunde com a existência do texto jurídico por si mesmo, o que é bastante elucidado pelo Realismo Jurídico americano na distinção entre “*law on the books*” e “*law in action*”, para dizer que os textos, isoladamente, não são equivalentes à prática social do direito, assim como a partitura de uma música não pode ser identificada com a música em si. Isto significa dizer que há apenas “*law in action*”, assim como o teatro e a música. Nesta circunstância, a responsabilidade diante de uma audiência é imprescindível para os intérpretes jurídicos, dramaturgos e musicais, que não só tentam convencê-la como também necessitam projetar os efeitos da sua performance diante dela, persuadindo-a ou não³²⁹.

Após tais considerações, importa perceber a relação triangular da performance, a fim de clarificar inteligibilidade particular e centrípeta de cada vértice em suas roupagens institucionais³³⁰. Resta saber, portanto, de que forma essa dinâmica ocorre.

³²⁷ BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 18-19.

³²⁸ “*Yet every analogy has its limitations, and we think it is time to move on. We believe that the comparison between law and the literary text interpreted by an individual reader is inadequate in important respects. A much better analogy, we think, is to the performing arts— music and drama—and to the collectivities and institutions that are charged with the responsibilities and duties of public performance*”. In: BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 6.

³²⁹ BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 6.

³³⁰ LINHARES, José Manuel Aroso. O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos — da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. 80. Coimbra, p. 59-135, 2004, p. 101.

O primeiro vértice a ser conhecido é o das instituições criadoras do texto e dos outros materiais jurídicos, que recebem e articulam valores e compromissos sociais (objetivos constitucionais), enquanto assumem de forma contingente as soluções na sua autodisponibilidade, bem como na autodisponibilidade dos limites do direito. Há, portanto, uma pluralidade de textos, enquanto *critérios-regras*, *programas-standards*, *cânones* procedimentais e materiais, que implicam reconhecer a legitimidade dos seus diversos modos de instituição positiva³³¹. Ou seja, importa atentar mais para os materiais jurídicos do que propriamente para as instituições criadoras do texto, na medida em que os primeiros demandam responsabilidade e fidelidade diante da sua própria *intentio operis*. Contudo, os cânones carregam consigo a carga axiológica e comportamental profunda de uma cultura e, por isso, exigem também uma responsabilidade substancial, que afasta a pura realização de uma *intentio lectoris*³³².

O segundo vértice é o da audiência, ou das audiências em potencial que representam uma pluralidade de contextos sociais de realização do direito, considerando os diferentes processos de negociação e luta. A audiência, portanto, é essencial para demarcar a responsabilidade do intérprete, na medida em que é diretamente afetada pela performance, embora também a direcione desde o momento de escolha do material a ser interpretado até o modo como a interpretação deve ocorrer. Com efeito, o auditório cria condições para tornar a performance autêntica e fiel ao objeto da interpretação que, no entender dos nossos condutores, refere-se à compatibilidade com o contexto que está sendo realizada, sem prendê-la à intenção do criador do texto. Portanto, o auditório cumpre o seu papel de receptor, mas também de emissor das suas reações, numa rede de comunicação colaborativa com o intérprete. Nestes termos, o sucesso da performance depende

³³¹ LINHARES, José Manuel Aroso. O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos — da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. 80. Coimbra, p. 59-135, 2004, p. 101-103. — “Every discipline, because it is a discipline, has a canon, a set of standard texts, approaches, problems, examples, or stories that its members repeatedly employ or invoke, and which help define the discipline as a discipline. If the study of law is a discipline, it too must have its canons and its own sense of the canonical.” In: BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. **Legal Canons**. New York University Press: New York, 2000, p. ix.

³³² MOSSO, Bruno Penha. **A assimilação da desconstrução por Jack Balkin**: um contributo para a compreensão do pensamento do autor. Dissertação respeitante ao grau de Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Filosóficas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2009, p. 125. — “This suggests a very different notion of canonicity: the canonicity of certain ways of thinking, talking, and arguing that are characteristic of a culture. We call these forms of thinking, talking, and arguing “deep canonicity.” They are an important part of what makes canons constitutive of a particular culture or a particular discipline.” In: BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. **Legal Canons**. New York University Press: New York, 2000, p. 15.

essencialmente do reconhecimento da sua plausibilidade pela audiência, mas que não deixa de estar orientada pelos cânones, em sua textualidade não autoritária, que funcionam como resposta para a indeterminação dos textos autoritários, numa recusa à escolha pré-determinada de qualquer critério.³³³

Como exemplo de assimilação prática da figura do auditório na atividade judicativa, no Brasil, tem-se o instituto do *amicus curiae* (amigo da corte) visto que, a depender da relevância da matéria e representatividade do postulante, o relator pode convocar entidades, pessoas e instituições que apresentem interesse de contribuir com seus conhecimentos e pareceres, inclusive não-jurídicos e técnicos, para a melhor resolução do caso concreto, nas ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como dispõe o art. 7º, §2º, da Lei de n. 9868/99³³⁴.

Finalmente, importa compreender a atuação duplamente responsável do vértice decisivo dos intérpretes, que atenta tanto para a fidelidade à intenção dos critérios jurídicos, quanto para os efeitos da performance através das reações do auditório, numa dupla dinâmica de emissão e recepção de impressões³³⁵. Dupla responsabilidade que pode ou não orientar o intérprete para o mesmo resultado interpretativo, o que cria uma tensão importante para a produção de opções criativas de interpretação. Com efeito, a fé e a fidelidade do intérprete não estão restritas ao texto jurídico, mas também são devidas à audiência. É necessário, portanto, acreditar e honrar os materiais jurídicos conforme o

³³³ LINHARES, José Manuel Aroso. O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos — da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. 80. Coimbra, p. 59-135, 2004, p. 107-109. - BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 7.

³³⁴ LIMA, George Marmelstein. **Judicialização da Ética:** um projeto de transformação da ética em direito orientada pela expansão do círculo ético. Tese respeitante ao grau de Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no séc XXI: Coimbra, 2013, p. 622. - BRASIL. **Lei nº 9.868/99 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em 08 de jun. 2020.

³³⁵ LINHARES, José Manuel Aroso. O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos — da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. 80. Coimbra, p. 59-135, 2004, p. 109.

contexto, bem como a participação do auditório, na sua capacidade de assimilar e reagir diante da performance³³⁶.

Importa ressaltar, portanto, que o problema do intérprete não é o de escolher a melhor interpretação em abstrato, mas o da realização da performance em concreto, contextualmente plausível e retoricamente justificada, de acordo com os efeitos e reações emitidas pela audiência. Importa perceber, portanto, que o *intérprete-juiz* é dependente das demandas sociais contingentes, na medida em que é essencialmente conduzido pelos interesses do auditório³³⁷. “*The wise judge, like the wise director, understands the limitations and the interests of her co-performers and her audience and tailors her interpretations accordingly*”³³⁸.

Por fim, importa clarificar que, diante de um texto jurídico ofensivo, os nossos condutores apontam alguns estilos de performance para mitigar ou anular efeitos injustos³³⁹. Entretanto, cabe mencionar apenas as formas de *performance não-irônica*, porquanto podem, efetivamente, ser realizadas para a resolução da controvérsia jurídica³⁴⁰, e não somente para finalidades educativas ou exemplificativas.

Com efeito, a *performance não-irônica*, pode se dividir em algumas estratégias como: *a negativa de que há um problema*, ou seja, consiste em negar que o texto causa qualquer ofensa, o que depende diretamente da reação do público; *a interpretação inócua*, que oferece uma estratégia similar à de Ronald Dworkin quando argumenta que um texto

³³⁶ BALKIN, Jack. Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson. **Tulsa Law Review**. Vol. 38, Issue 4, p. 553-577, 2003. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/244/. Acesso em: 21 de mar 2020. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/244/. Acesso em 21 de mar 2020, p. 555 e p. 569-570.

³³⁷ LINHARES, José Manuel Aroso. O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos — da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. 80. Coimbra, p. 59-135, 2004, p. 111-112 e p. 115.

³³⁸ BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 7.

³³⁹ Para conhecer a preservação todas as modalidades de interpretação do texto ofensivo, na quais fazem parte: *a preservação da memória cultural; a performance irônica; bem como as modalidades de performance não-irônica*: BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 35-52.

³⁴⁰ BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 43-52.

jurídico deve ser lido à sua “melhor luz”, ou seja, que a interpretação deve ser realizada para ressaltar os efeitos positivos do texto e mitigar os negativos. Portanto, o seu sucesso também depende da aceitação da plausibilidade pela audiência, pois, caso seja identificado que há motivos secundários para a realização desta modalidade de interpretação, a performance não será considerada legítima³⁴¹.

Ainda, importa mencionar que a interpretação jurídica criativa é substancialmente equivalente à *edição textual*, na medida em que a interpretação restritiva pode ser realizada para mitigar ou impedir efeitos injustos; assim a interpretação extensiva pode aumentar efeitos positivos. Entretanto, é necessário justificar estas transformações através de argumentos que demonstrem a adequação da edição em face da intenção autoridade criadora do texto, das peculiaridades do contexto, bem como do projeto constitucional³⁴².

Por fim, caso todas as estratégias falhem, o intérprete pode recusar a realização da performance no âmbito artístico, porém, para o direito, a recusa de uma performance é raramente possível. Mesmo que uma juíza se recuse a realizar na prática um certo critério jurídico, ela poderá ser simplesmente substituída por outra esteja disposta a realizar a performance injusta³⁴³, o que para a perspectiva jurisprudencialista seria uma situação de *não-direito*.

3.2 Os Princípios como as “Luzes de um Farol” para a *indeterminacy thesis* e a interpretação jurídica como processo de *Descoberta e Invenção* em Drucilla Cornell.

Drucilla aponta, de forma bem clara, que mesmo nas perspectivas positivistas (lato sensu) que preconizam para o sistema jurídico uma dinâmica de autopropetuação e autovalidação – como no caso de Hart, que parte da regra de reconhecimento para estabelecer a hierarquia inicial do sistema jurídico e, posteriormente, conta com as regras secundárias de procedimento e prescrição para dar-lhe continuidade –, a interpretação é

³⁴¹ BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. *Cardozo Law Rev.* 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 43-46.

³⁴² BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. *Cardozo Law Rev.* 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 48-50.

³⁴³ BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. *Cardozo Law Rev.* 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019, p. 51-52.

uma empreitada fundamentalmente ética, assim como assevera Dworkin, embora de modo muito diverso. A crítica inicial de Dworkin para Hart esclarece que a derivação das regras secundárias não pode escapar ao apelo das justificativas que não estão baseadas em mecanismos de autogeração de regras hierárquicas. Drucilla ainda acrescenta que os critérios jurídicos já trazem consigo a ideia de que, a cada novo fato, há a reinterpretção dos mesmos, ao passo da aplicação. Nenhuma cadeia de precedentes pode, por si mesma, determinar toda a solução para um problema jurídico, pois é a interpretação que determina a norma, não o contrário. Isto é o preconiza a *indeterminacy thesis* sobre a atividade judicativa que, por vezes, é equivocadamente identificada com a ausência de inteligibilidade da decisão judicial. Em suma, a interpretação apela para além do *status quo*³⁴⁴.

Desta feita, um mesmo critério pode ser interpretado de formas diferentes, o que necessariamente produz a competição entre as diferentes normas, que é resolvida no momento da decisão judicial, tendo em vista o aspecto *jurispathic* do direito. É precisamente nesta ocasião que os *princípios* iluminam o caminho da decisão, pois, na medida em que são constituídos por apelos universais contextuais, demonstram-se essenciais para distinguir as diferenças que podem, ou não, ser assimiladas para o direito. É neste sentido que os princípios são concebidos por Drucilla como as guias, como *as luzes e um farol*, que não determinam completamente o resultado da decisão em face de um caso particular, ou uma única resposta correta, mas são capazes de prevenir que este resultado seja completamente equivocado. Assim, os princípios iluminam a interpretação jurídica, clarificando as rotas adequadas a partir de uma justificação pragmática, baseada na habilidade que o princípio possui de sincronizar as diferentes compreensões do Bem presentes no *nomos*. Destarte, a jurisprudência dos princípios de Drucilla é compatível com a *indeterminacy thesis*, pois assume que nenhum critério em abstrato é capaz de determinar a norma para um caso particular³⁴⁵.

Trata-se de uma solução jurídica que não pretende repetir a rota da *feminist jurisprudence*, que propõe o reconhecimento da falibilidade da discricionariedade judicial como o caminho mais adequado para o acolhimento das diferenças, condenando a

³⁴⁴ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 101-102.

³⁴⁵ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 103-106.

atividade judicativa à pura sensibilidade da ética da alteridade, o que é bastante incoerente, já que a ética da alteridade em Levinas é diacrônica e não pode ser completamente realizada em um momento presente³⁴⁶.

Por sua vez, já se mencionou que a iterabilidade torna possível a transformação de qualquer sistema, em razão da abertura para além do que já foi estabelecido. O próprio limite do sistema jurídico convida à sua ultrapassagem e se mantém simultaneamente como barreira e portal para a alteridade absoluta, implicando também a desconstrução da rígida dicotomia entre a transcendência e imanência. Neste sentido, o *Bem*, que está para além de qualquer justificativa atual, só pode ser traduzido por cada comunidade interpretativa de acordo com as suas próprias circunstâncias, que são sempre insuficientes diante do porvir. Desta feita, quando se busca a reconstituição de uma situação passada a ser desconstruída, há simultaneamente o direcionamento para o que tal realidade pode se tornar. Logo, pela ausência de uma origem fundacional para a ideia de *Bem*, o próprio processo de *descoberta* dos princípios de acordo com o *nomos* também envolve uma *invenção*. É neste sentido que a interpretação jurídica se põe como um ato de “lembança do futuro”, que está situado no próprio limite a ser ultrapassado em torno da transformação do sistema³⁴⁷.

Com efeito, o *Bem* impulsiona a interpretação jurídica para a justiça, entretanto, trata-se de um processo que produz apenas uma das possíveis interpretações do “bem da comunidade”, ao mesmo passo que, para determinada comunidade, a interpretação projeta o seu resultado como se, de fato, estivesse a realizar absolutamente o *Bem*, como no caso dos *redemptive legal movements* demonstrados por Robert Cover. Tal situação expressa o que Derrida identifica por *double bind* inerente a qualquer ato de interpretação jurídica, em razão da necessidade de adotar um gesto duplo, aceitando a inevitabilidade de tematização e violência que o direito impõe, conjuntamente o comprometimento com a ética da alteridade, que impulsiona a busca por uma realidade redentora em torno da concretização de objetivos emancipatórios. Um “gesto duplo” dotado de humildade e responsabilidade,

³⁴⁶ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 103-105.

³⁴⁷ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 105 e 111.

que admite a possibilidade de revisão, e que deve estar sempre atento ao modo como a transformação é conduzida³⁴⁸.

Não obstante, é precisamente nos exemplos dados por Derrida sobre as aporia que atingem a decisão judicial que o *double bind* é ilustrado, visto que a decisão justa deve sempre recorrer à transcendência, à alteridade, ao mesmo passo que deve estar vinculada à imanência do sistema jurídico. A situação de aporia é exatamente o que leva Drucilla a encontrar nos princípios a possibilidade de transformação interna do sistema jurídico através do apelo à transcendência que demarca o seu limite.

Conclusivamente, a interpretação jurídica enquanto processo de *descoberta e invenção* parte do reconhecimento de Derrida sobre a falha inevitável de se encontrar a “presença plena”, pois o que mascara a si mesmo como simples *descoberta* também é projeção de um *dever ser*. Neste sentido, Drucilla, assim como Derrida, reconhece que diante da ausência de origem plena capaz de determinar o futuro, não há como escapar do modo condicional para pensar a ética e a política. Por esta razão, a rememoração do passado na tentativa de encontrar uma origem ética é também uma lembrança do futuro como porvir. É neste sentido que a interpretação jurídica é um ato de responsabilidade diante da memória, pois não basta apenas reconstituir a “intenção do legislador” ou de um determinado precedente.³⁴⁹ A responsabilidade da interpretação judicial é, na verdade, com as pessoas concretas que estão diante da corte julgadora, não com os critérios ou sistema jurídico por si mesmo³⁵⁰.

Por sua vez, a fim de ilustrar a responsabilidade inerente ao processo de *descoberta e invenção* da prática decisória de perpetuação de um precedente, Drucilla reconstitui o caso *Roe v. Wade* como exemplo capaz de elucidar a posição da mulher enquanto *observadora* do sistema. Desta feita, o problema jurídico enfrentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos foi o de decidir se o direito fundamental constitucional à privacidade poderia, ou não, ser aplicado para justificar o aborto. Neste sentido, para analisar a fenomenologia do julgamento do presente caso, Drucilla Cornell primeiramente assevera que a análise genealógica é parte da integridade da atividade judicativa, pois a

³⁴⁸ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 113-115.

³⁴⁹ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 146-147.

³⁵⁰ “[...] *the judge’s responsibility is to give justice to the parties who are before him or her. The judge’s responsibility is to actual individuals, not to the system.*” In: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 143.

ausência de origem exige a responsabilidade diante da memória e do futuro, através da lembrança de uma tradição histórica excludente do ponto de vista feminino, na qual as mulheres não possuíam direito ao aborto, bem como pelas condições gerais que contribuíam para esta realidade. A genealogia invocada para examinar os limites existentes nas percepções atuais de justiça é também expressão da responsabilidade diante do próprio conceito de responsabilidade, como uma forma expor os limites do *status quo* do direito e da realidade reproduzida pelo sistema jurídico até então, que confirma e perpetua a dominação patriarcal³⁵¹.

Destarte, na resolução do caso apresentado, Drucilla aponta que o Magistrado Harry Blackmun decidiu responsabilmente, perpassando por algumas das situações de aporia. Isto porque Blackmun primeiramente alertou que está fora da alçada dos Magistrados a determinação de quando a vida começa; no entanto, decidiu de forma inovadora o momento em que o feto passa a ter personalidade jurídica, o que ilustra a *épokhè da regra* no processo decisório em face da novidade da demanda e do contexto, mas que não deixou de contar com os critérios jurídicos existentes. Não obstante, Drucilla assinala a segunda situação de aporia, *o fantasma do indecível*, visto que Blackmun decidiu em resposta ao chamado da justiça, revelando um ativismo inevitável na sua decisão, quando estabeleceu o primeiro trimestre de gestação como o lapso temporal possível para o exercício do direito à privacidade na opção pelo aborto, tendo em vista o surgimento do interesse jurídico do feto após este período³⁵².

Enfim, vale lembrar que a lembrança do futuro no ato interpretativo não se confunde com a projeção de um horizonte nos termos kantianos, elaborado racionalmente a partir de uma percepção que desconsidera as diferenças entre as pessoas. Horizonte este que também é contaminado pela história patriarcal e a sua ignorância diante da feminilidade. Por esta razão, Drucilla alerta que, pelo menos desde a década de 70, mulheres já demandam com urgência pela possibilidade de realização do aborto, o que assinala certamente a terceira situação de aporia enfrentada por toda decisão, na sua

³⁵¹ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 147-150.

³⁵² CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 150. – Drucilla reconhece a responsabilidade diante do *bem do nomos*, que já contém em si um apelo ao *Bem*, na decisão de Blackmun, mas também admite que o direito à privacidade não tenha sido o melhor para justificá-la. *In*: CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 153.

incapacidade incontornável de atender de forma imediata e plena ao chamado da justiça³⁵³. “Justice does not wait”³⁵⁴.

3.3 O juízo Problemático-Normativamente Fundamentado em Castanheira Neves.

É possível identificar, juntamente com Aroso Linhares, que as *jurisprudências desconstrutivistas* ora discutidas buscam superar a exclusividade de uma racionalidade puramente instrumental-estratégica nas suas reinvenções de regresso à comunidade, embora sempre atribuindo à jurisdição uma posição ideológica determinada por uma *political morality*³⁵⁵, que se confunde com o próprio apelo à justiça. O que não é senão uma exposição do limite que a assimilação da desconstrução implica, na medida em que o direito é sempre vinculado à metafísica da presença, logo, a sua possibilidade de transformação depende de um salto para o exterior³⁵⁶, embora não absolutamente, inclusive porquanto não existe uma rígida dicotomia.

Especificamente na analogia *Law as Performance*, a atividade judicativa atribui às reações do auditório o papel de orientar a decisão judicial pela assimilação das reações contingentes, bem como dos valores e projetos de vida difusos; reações, valores e projetos que são influentes na resolução do problema da indeterminação textual, orientadores da escolha dentre as opções interpretativas contextualmente disponíveis. Entretanto, apesar de não se assumir a possibilidade de uma fundamentação autônoma para a realização do direito, Ana Gaudêncio esclarece que não se trata de uma pura instrumentalização pela política, visto que é o ideário híbrido que combina os valores materiais e as posições político-ideológicas difusas de uma comunidade – compreendida de forma empírica e contingente – que orienta as tomadas de decisão jurídica em cada caso específico³⁵⁷.

³⁵³ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 152-153.

³⁵⁴ CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992, p. 153.

³⁵⁵ LINHARES, José Manuel Aroso. Juízo ou Decisão?: Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo. *In: Juízo ou decisão: o problema da realização jurisdicional do direito*. BRONZE, Fernando José Pinto (coord.). Coimbra: Instituto Jurídico, p. 227-249, 2016, p. 237.

³⁵⁶ LINHARES, José Manuel Aroso. Autotranscendentalidade, Desconstrução, e Responsabilidade Infinita: Os enigmas de Force de Loi. *In: ARS IVDICANDI: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Volume 01. Coimbra: Coimbra Editora, p. 551-667, 2008, p. 661-662.

³⁵⁷ GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. *In: Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, p. 175-209, 2012, p. 204-205.

Já a *Filosofia do Limite*, nos termos de Aroso Linhares, contribui para confirmar que só é possível tematizar internamente a autotranscendentalidade prático-cultural específica do direito através dos *princípios*, enquanto estabilizações normativas problematicamente abertas de projetos de ser comunitariamente disponíveis, ao mesmo passo que se fecha em uma unilateralidade desagregadora na sua crítica genealógica vinculada à atividade judicativa, dificultando a celebração da pluralidade e das diferenças através de uma perspectiva interna ao direito, em sua vocação integrante da convivência humana³⁵⁸.

Desta feita, para a realização prática e autônoma do direito, em virtude do atributo axiológico da dignidade humana e dos seus princípios essenciais, importa compreender a realização da atividade judicativa compatível com a posição anti-ideológica assumida pela perspectiva *Jurisprudencialista*³⁵⁹, o que não significa dizer que o juiz é um observador externo, porque a perspectiva levada à sério é do participante, que assimila os valores comunitariamente *constituendos* no momento histórico que vivencia³⁶⁰.

Destarte, vale dizer que o direito *se realiza* efetivamente pela atividade institucional de resolução dos *casos jurídicos concretos*, na sua contextualidade, a partir de um sentido normativamente fundamentado, ou seja, o direito se realiza pela atividade judicativa. Realização esta que resulta de atitude *metodológica jurídica*, que nada mais é do que a reflexão racional (o *logos*) que orienta intencionalmente as etapas (procedimentos) para a realização do direito³⁶¹; que se distingue numa atitude de *reconstrução crítico-reflexiva*, não consistindo em descrever de forma prévia o método para a resolução concreta do problema jurídico, nem numa justificativa posterior para a aplicação de uma estratégia pré-determinada, mas importa assumir na prática a

³⁵⁸ LINHARES, José Manuel Aroso. Autotranscendentalidade, Desconstrução, e Responsabilidade Infinita: Os enigmas de Force de Loi. In: **ARS IVDICANDI: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves**. Volume 01. Coimbra: Coimbra Editora, p. 551-667, 2008, p. 662-663.

³⁵⁹ NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 284.

³⁶⁰ LINHARES, José Manuel Aroso. Validade comunitária e contextos de realização: anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema. In: **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**. v. 1, n. 1, p. 2012. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2966>. Acesso em: 28 abr 2020, p. 8.

³⁶¹ NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico de realização do Direito**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 249-250. - NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais**. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 9-10

intencionalidade e o sentido fundamentante do próprio direito³⁶². Dito de outro modo, por Fernando Bronze, o juízo decisório perpassa pela “*metodonomologia* [...]”, na medida em que sintetiza o caminho racionalmente percorrido pela reflexão judicativa, para que *in concreto* seja materializada a intenção prático-normativa e fundamentadamente regulativa do direito”³⁶³, que vai para além do “método jurídico”, confundido com a *técnica*, enquanto esquema formal pré-determinado para aplicação de um critério³⁶⁴.

A assunção de uma postura crítico-reflexiva é resultado de uma quebra paradigmática que abalou as certezas da mentalidade cientificista positivista do séc. XIX, atingindo também a percepção do direito enquanto sistema normativo-dogmático de valores e fins consensuais, formalmente validados pela sua positivação, bem como do método positivista (*lato sensu*) para a decisão judicial. Um método que apresenta limitações diante das exigências prático-normativas do direito, que tanto é objeto de críticas *analíticas*, para demonstrar que a prática não é equivalente ao que a doutrina tradicional prega, bem como de críticas e prognósticos *metodológicos*, que debatem sobre o *dever-ser* da atividade judicativa³⁶⁵.

As críticas analíticas, de um modo geral e introdutório, atestam que a prática decisória não é um ato puramente lógico e dedutivo, como dispõe o esquema *silogístico-subsumtivo*, porque as ponderações práticas, axiológicas ou teleológicas, fazem-se sempre presentes. Desta feita, a constituição dogmática do sistema jurídico positivo, que se pretendia puramente objetiva e meramente passível de cognição, demonstrou-se realmente fundada na subjetividade do jurista, que perseguia os objetivos práticos; assim como o esquema lógico-subsumtivo funcionava como uma tática de justificação posterior para as decisões pré-determinadas subjetivamente. Com efeito, a interpretação jurídica não pode mais ser identificada com a mera explicitação analítica da norma em abstrato, mas é, de fato, constitutiva do critério jurídico e orientada pelo sentido normativo do direito em função das exigências do caso concreto. Neste sentido, Castanheira Neves compreende que o entendimento de Radbruch sobre a interpretação jurídica, enquanto “resultado de um

³⁶² NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 11-12.

³⁶³ BRONZE, Fernando José. **Analogias**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 11.

³⁶⁴ NEVES, A. Castanheira. **Método Jurídico**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 283-284.

³⁶⁵ NEVES, A. Castanheira. **Método Jurídico**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 308-309.

resultado”, explicita que a norma se constitui pela interpretação *in concreto* e é ela própria um resultado interpretativo³⁶⁶.

Desta feita, importa elucidar os prognósticos metodológicos do *jurisprudencialismo*, que em sua autônoma validade normativa material é orientado em sentido último pela consagração do homem-pessoa³⁶⁷. Trata-se, portanto, de uma prática metodológico-jurídica que exige a mediação judicante pelos juízes; na qual a validade é dogmaticamente determinada através da resolução dos casos concretos; cuja a racionalidade se apresenta na relação dialética entre o *sistema* normativo e o *problema* prático, que se propõe a coadunar a intencionalidade de justeza material exigida pelo caso concreto e a intencionalidade normativa do sistema. Dialética que começa por identificar, através do sistema jurídico, quais os problemas e o campo problemático juridicamente relevante, o que não consiste em identificar apenas os problemas pré-determinados pelo sistema, visto que a experiência problemática se movimenta em expansão e em profundidade, sempre permitindo identificar novas perguntas (problemas) e novas respostas (intenções), assumidas durante o enfrentamento dos problemas emergentes³⁶⁸.

Primeiramente, importa clarificar que o sistema jurídico é uma unidade de totalização normativa, que possui elementos constitutivos divididos em estratos, mas que mantêm relações neste todo unitário de sentido. Entre os estratos estão incluídos: primeiramente, os princípios (positivos, transpositivos e suprapositivos), que se posicionam enquanto validades fundamentantes mobilizadoras da própria transcendência constituinte da juridicidade; em segundo lugar, as normas constituídas pelas opções políticas de determinada comunidade historicamente situada, positivamente consagradas; o terceiro estrato abarca os precedentes jurisprudenciais, enquanto estabilizações dos momentos de realização do direito diante do caso concreto, orientados por uma presunção de justeza que garante a própria validade normativa; e ainda, tem-se a doutrina jurídica como estrato, que se constitui enquanto produção racionalmente fundamentada e livre da juridicidade, endossando a sua normatividade. No outro polo da dialética, tem-se o

³⁶⁶ NEVES, A. Castanheira. **Método Jurídico**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 309-310.

³⁶⁷ NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXIV, p. 1-44. Coimbra, 1998, p. 32.

³⁶⁸ NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXIV, p. 1-44. Coimbra, 1998, p. 37 e p. 40.

problema jurídico, que demanda resolução através do juízo decisório e conta com os fundamentos e critérios materiais presentes no sistema jurídico, na intenção de lograr uma justeza decisória, coadunando a intencionalidade problemática do caso concreto com a intencionalidade consagrada pela normatividade axiológica do sistema³⁶⁹.

Com efeito, o problema jurídico não surge sem que a juridicidade o qualifique enquanto tal; no entanto, o sistema não pode ignorar a novidade do problema, em sua singularidade irrepitível, vinculado a determinado contexto específico de surgimento e significação intersubjetiva. O problema jurídico, portanto, insurge experiencialmente radicado nas respostas oferecidas, através da mediação entre a intencionalidade problemática da novidade em causa e a intencionalidade problemática dos referentes de sentido do sistema jurídico. Com efeito, Fernando Bronze qualifica este raciocínio como uma *analogia*, que consiste propriamente na identificação de correspondência dos dois polos distintos, ambos de carácter problemático, que intencionam um mesmo sentido, apresentando-se como uma verdadeira “força criadora”³⁷⁰. É nesta relação dialética e analógica que o direito propriamente tem a sua constituição, o que terminantemente impede que seja confundido com um dado a ser cognitivamente apreendido e aplicado. O direito é, por si mesmo, um *contínuo problematicamente constituendo*³⁷¹.

Com efeito, as normas jurídicas positivas, e a própria lei, estão sempre aquém da juridicidade, tendo em vista as limitações temporais, objetivas e intencionais no cumprimento da intenção do direito. Ao mesmo passo, a juridicidade, em suas normativas exigências constitutivas, ultrapassa o direito positivo numa contínua referência aos valores e princípios como fundamentos para a sua realização. O sistema jurídico, portanto, caracteriza-se enquanto irreduzivelmente aberto pela sua constitutiva realização interrogante, o que demonstra uma racionalidade problemática, que é posta em prática através do juízo normativo *in concreto*, em referência às intenções axiológicas presentes no

³⁶⁹ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 155-157.

³⁷⁰ BRONZE, Fernando José. **Analogias**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 169-172.

³⁷¹ NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXIV, p. 1-44. Coimbra, 1998, p. 38.

consenso comunitário jurídico (consciência jurídica geral), em torno das suas respectivas concepções de justiça e validade³⁷².

Sobre a experimentação problemático-decisória, ou seja, a própria mediação analógica entre a norma – enquanto solução abstrata de um problema jurídico tipificado – e o caso concreto – compreendido juridicamente em suas exigências normativas –, percebe-se que a constituição da resposta jurídica poderá se suceder de várias maneiras: seja por uma *assimilação por concretização*; *assimilação por correção*; *assimilação por adaptação*; por uma *analogia teleológico-normativa*, entre a resposta do sistema e a resposta exigida pelo problema; e mesmo por uma *autônoma constituição normativa*. Isto sem olvidar as diferentes variações de cada modo de experimentação³⁷³.

Ademais, tanto se fala em juízo decisório para a realização do direito porque é este o paradigma de jurisdição do jurisprudencialismo, que não se confunde com uma estrita decisão. O juízo, na sua índole prático-argumentativa, realiza-se por um sentido intencional e materialmente fundamentante, em torno da resolução do problema prático, mediante a ponderação entre os diferentes argumentos conflitantes, de forma racionalmente orientada, logrando-se numa solução comunicativamente constituída. Os critérios utilizados pelo juízo são assumidos verdadeiramente como fundamentos de validade, decorrentes dos valores constitutivos do próprio sistema. Os juízos axiológicos-normativos elaborados de forma crítico-reflexiva para a resolução do caso assumem fundamentos intencionalmente pressupostos, o que não se confunde com uma pressuposição objetivo-formal cronologicamente antecedente de um dado já constituído, ou de uma estratégia previamente traçada, a ser justificada posteriormente³⁷⁴. Por esta razão, o juízo diverge da pura *decisão*, que se manifesta enquanto resultado da vontade de uma autoridade, que escolhe uma dentre as opções possíveis pré-estabelecidas; embora o juízo ainda mantenha o seu percentual de decisão, porque depende de uma subjetividade

³⁷² NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXIV, p. 1-44. Coimbra, 1998, p. 38.

³⁷³ NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXIV, p. 1-44. Coimbra, 1998, p. 39. – Para uma análise aprofundada de cada alternativa de experimentação problemático-decisória: NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 177 e ss.

³⁷⁴ NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. LXXIV, p. 1-44. Coimbra, 1998, p. 40-42.

que a profira, embora sempre submetida à crítica jurídica problemática e fundamentante
375

Ademais, o juízo não atua para a mera *aplicação*, mas para a *realização do direito*, pois a juridicidade não se confunde com um conjunto de prescrições a serem cognitivamente apreendidas e, posteriormente, aplicadas por conformação lógica. A *realização do direito* conta, efetivamente, com a índole normativo-materialmente constitutiva do juízo para a solução da problemática jurídica concreta, com a finalidade lograr a justiça, concretizando a fundamentante validade material intencionada pelo direito³⁷⁶. O objetivo fundamental do juízo decisório, portanto, não se cumpre em uma “correção cognitiva” e nem como um ato simplesmente hermenêutico de um “correto compreender”, mas em uma justeza decisória atenta para o mérito normativo do problema em causa, a ser analisado pela perspectiva de validade do direito³⁷⁷.

Já resta clareado que é através da interpretação jurídica de uma fonte do direito que se determina o critério normativo para solucionar o problema-caso; logo, a mediação judicativa correlaciona a intencionalidade do problema jurídico a resolver com intencionalidade da fonte-norma interpretada, a fim de constituir um critério-solução que seja justo e adequado à problemática jurídica, o que revela a irrealidade da *tese in claris non fit interpretatio*, que concebe a interpretação como necessária apenas quando o texto não for claro o suficiente. A interpretação jurídica não é meramente clarificante, mas verdadeiramente constitutiva do direito. Não é exclusivo ao legislativo o poder de interpretar e nem de criar o direito, pois a interpretação jurídica, realizada efetivamente pelo juiz, opera em um sentido unitário metodológico-normativo com a aplicação, efetivamente constituindo o critério normativo pela resolução do caso concreto³⁷⁸. Neste sentido, trata-se de uma atitude verdadeiramente criativa.

³⁷⁵ BRONZE, Fernando José. **Analogias**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 15-16. - NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico de realização do Direito**. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 253.

³⁷⁶ NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico de realização do Direito**. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 249-250. - NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 255.

³⁷⁷ NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico de realização do Direito**. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 249-250. - NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 275-276.

³⁷⁸ NEVES, A. Castanheira. **A interpretação jurídica**. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 338-340.

O caráter criativo da interpretação jurídica também não é estranho às *jurisprudências desconstrutivistas* presentes neste estudo, visto que ambas vivenciam a tradição norte-americana do *common law*, que valoriza a criatividade da atividade judicativa, consagrada pelo seu sistema de precedentes (*case law*), bem como pelos precedentes vinculantes como referência normativa para a resolução de outros casos análogos, nos termos da doutrina do *stare decisis*. O que é diferente do sistema *civil law* dos países de tradição romano-germânica, pois, apesar de se reconhecer a normatividade dos precedentes, estes não são, geralmente, vinculantes³⁷⁹.

Por sua vez, não se pode dizer que objeto da interpretação é o texto da lei, como dispunha a experiência do legalismo, pois há uma distinção muito clara entre o *texto* – na sua compreensão formalmente significativa e estritamente semiótica, com enfoque no problema hermenêutico – e a *norma* – enquanto objeto intencionalmente jurídico que se manifesta através do texto. A interpretação jurídica não se confunde com uma análise de significação textual, que delimita as possibilidades de decisão, mas com o momento de realização/constituição do direito, que explora as fontes jurídicas em torno de uma significação intencional e normativa, a partir da intencionalidade problemática do caso jurídico. Por estas razões, apesar da dimensão hermenêutica ser incontornável – no sentido de importar a compreensão jurídica do caso, que depende da contextualização comunitária, considerando seus valores e pré-compreensões diante de cada problema interrogante –, a índole intencional presente na interpretação jurídica está nuclearmente preocupada com a justeza na resolução que o caso concreto exige³⁸⁰. Conclusivamente, o sucesso da interpretação depende da adequada determinação normativo-pragmática dos critérios jurídicos, enquanto soluções disponíveis pré-esquematizadas para o caso concreto (normas legais, jurisprudenciais e precedentes), que se distinguem dos fundamentos (princípios), enquanto os valores substantivos últimos que condicionam toda a mediação decisória³⁸¹.

Desta feita, a interpretação jurídica, assumida enquanto momento de constituição/realização do direito – na sua índole problemático-normativa, e pela unidade

³⁷⁹ LIMA, George Marmelstein. **Judicialização da Ética**: um projeto de transformação da ética em direito orientada pela expansão do círculo ético. Tese respeitante ao grau de Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no séc XXI: Coimbra, 2013, p. 31 e p. 337.

³⁸⁰ NEVES, A. Castanheira. **A interpretação jurídica**. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 341-342 e 347-348.

³⁸¹ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. *STVDIA IVRIDICA*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 142-143.

metodológica que mantém com aplicação³⁸² –, torna clara a prioridade metodológica atribuída ao problema jurídico, assumido não como objeto do juízo decisório, mas como a própria intencionalidade problemática que condiciona toda a interrogação do direito e resolução do caso jurídico³⁸³.

Com efeito, considerando que o sistema jurídico é aberto, pela prática problemática interrogante, e que a interpretação assume a função verdadeiramente constitutiva do direito, em unidade intencional, não só com a aplicação mas também com a sua integração, importa repensar também o problema das lacunas, já que não há o que se falar em omissões intrasistêmicas se o direito se constitui normativamente de forma transistemática (autotranscendente) e autônoma, pela relação dialética já comentada³⁸⁴. Desta feita, é possível dizer que as lacunas fazem parte do próprio caráter histórico da vida comunitária, em que a juridicidade é constituída pela *práxis* humana, que não pode mais assumir um movimento histórico linear que ignora a novidade constitutiva das relações interpessoais. O sistema, em sua abertura irrecusável, está continuamente sujeito à reelaboração pela novidade de sentidos insurgentes juridicamente relevantes³⁸⁵. Em suma, os três momentos tradicionalmente distintos em abstrato (interpretação, aplicação e integração), na realidade, estão integrados metodologicamente em concreto no juízo decisório, em função do objetivo unitário de solucionar o caso jurídico, de modo materialmente adequado e normativamente justo³⁸⁶, o que permite comentar um outro detalhe.

A validade atribuída à decisão judicativa, em sua justeza definida a partir da adequação dos fundamentos e critérios jurídicos ao problema concreto, é completamente incompatível com a justificação (vinda *a posteriori*), inclusive quando se realiza pela preservação da coerência sistêmica, através do esquema relacional hermenêutico entre a decisão e o todo normativo intencional do sistema jurídico, como dispõe a proposta *law as integrity* de Ronald Dworkin. Ora, a coerência é importante para a decisão judicativa em

³⁸² NEVES, A. Castanheira. **A interpretação jurídica**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 370-371.

³⁸³ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 142.

³⁸⁴ NEVES, A. Castanheira. **A interpretação jurídica**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 371.

³⁸⁵ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 224-226.

³⁸⁶ NEVES, A. Castanheira. **A Interpretação Jurídica**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 371-372.

termos gerais, mas a prioridade é, de fato, a validade do juízo decisório atribuída pela justeza problemático-normativa. Ou seja, a importância não está na adequação de uma decisão ao “todo” da ordem jurídica, mas efetivamente na solução do caso, através da mediação entre as exigências o caso mobiliza e a normatividade jurídica oferecida pelos critérios e fundamentos do sistema. Portanto, a validade do juízo normativo concreto não pode se justificar posteriormente à decisão, porque a solução é inferida a partir da própria justeza decisória, em si mesma assumida como termo de validação de todo o processo metodológico jurídico³⁸⁷.

Conclusivamente, o que se pode perceber é que a justeza da decisão judicial para a desconstrução é dependente de conteúdos que estão para além do direito, ainda que parcialmente, na medida em que o direito é compreendido, primordialmente, na sua perspectiva formal-textual, e não por um conteúdo material axiológico distintivo. Por esta razão, conta com a boa vontade da autoridade interpretativa para a assunção de uma sensibilidade ética diante das demandas por emancipação e de acolhimento da pluralidade e das diferenças, que orientam a sua decisão/escolha dentre as opções interpretativas contextualmente possíveis; escolha que pode ser reforçada pelos cânones e pelas reações e efeitos em uma audiência, como no caso do *Direito como Performance*; ou por uma vinculação político-moral previamente estabelecida, compatível com alguns princípios jurídicos identificados, como no processo de *Descoberta e Invenção* de Drucilla Cornell. Diferente da perspectiva *Jurisprudencialista* que, pela compreensão do direito no seu distinto sentido material-axiológico, em sua vocação unitária integrante da humanidade, conta com um posicionamento autônomo na realização do juízo decisório, evitando que o direito se torne instrumento para outras finalidades que acarretem consequências desagregadoras, porquanto incompatíveis entre si, para a convivência humana. Por tais razões, o juízo se diferencia, essencialmente, da escolha dentre as opções interpretativas (da pura decisão) a serem justificadas posteriormente, pois consiste na reflexiva realização/constituição da solução jurídico-normativa que melhor atende às necessidades do problema-caso, sem se deixar levar pelos valores morais e políticos dos sujeitos envolvidos.

³⁸⁷ NEVES, A. Castanheira. **Dworkin e a Interpretação Jurídica – ou a Interpretação Jurídica, a Hermenêutica e a Narratividade**. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 493-495.

Em último termo, vale ressaltar que, a perspectiva jurisprudencialista assume uma verdadeira *ética da responsabilidade* na consideração dos efeitos do seu juízo decisório. Como já dito, a decisão judicativa não está a serviço de uma estratégia para a realização de efeitos externos ao sentido intencional que o direito assume, embora também não seja pensada sem qualquer consideração pragmática da situação problemática a ser solucionada. Importa, na realidade, garantir consonância prática entre os fundamentos convocados pelo juízo decisório, em sua imanência intencional jurídica, e os conteúdos normativos realizados concretamente. Ou seja, importa refletir sobre os efeitos decorrentes da solução constituída. É possível afirmar, portanto, que a relevância jurídica do resultado da decisão não é verificada senão no próprio processo metodológico jurídico, sem se autonomizar das outras etapas que, de forma unitária e inequívoca, intencionam a *Justiça*, na resolução do caso concreto que seja normativamente adequada, materialmente justa e situacional-pragmaticamente responsável³⁸⁸.

³⁸⁸ NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica:** problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 203-205.

CONCLUSÃO

A desconstrução foi assimilada por parte da jurisprudência pós-moderna, não sem razão, visto que, inegavelmente, os seus contributos interessam para o direito, ou melhor, para o *Direito que se pretende realizar em nome da Justiça*, que o excede porquanto é ilimitada, impossível de ser realizada plenamente por qualquer sistema. Direito que, em seu fundamento místico e na sua separação e insuficiência diante da Justiça, é reduzido à condição formal de um conjunto de atos contingentes instituídos e aplicados pela vontade de uma autoridade, nos termos da experiência do legalismo moderno, sem qualquer sentido de orientação fundamentante que assegure a realização da *Justiça*.

Portanto, não é sem razão que Jack Balkin não identifica a desconstrução com a *Justiça*, tendo em vista que a definição do rumo a ser tomado pela primeira depende de um sentido assumido anteriormente. Portanto, não se pode olvidar que a retórica desconstrutivista pode, assim como foi, instrumento para o endosso de retóricas inumanas. É por esse motivo que Balkin argumenta em favor de uma *Desconstrução Transcendental*, em torno de uma *Justiça Transcendente*, indeterminada e exigente de aperfeiçoamento, embora possa ser confundida como um ideal supra cultural supostamente perseguido por todas as culturas.

Além do mais, compreender que a justiça não é plenamente realizável no presente é o que dá abertura para a autotranscendentalidade do sistema jurídico pelas vias da desconstrução, como também dispõe Drucilla Cornell. Entretanto, importa destacar que a possibilidade de transformação, que leva em consideração a responsabilidade com o passado e com as potencialidades do futuro, acontece em razão da iterabilidade presente em qualquer sistema (texto), bem como pelo rastro que conecta a imanência e a transcendência. Afinal de contas, mesmo pelas vias da radicalidade da *ética da alteridade*, a desconstrução alerta para a indispensabilidade da simetria fenomenológica, que permite não só o acolhimento do *absolutamente outro*, mas também do *eu como o outro do outro*, visto que as diferenças não podem ser definidas a partir do idêntico, mas através do acolhimento das múltiplas experiências de singularidade. Há sempre um rastro entre o *eu e o outro*, entre a *imanência e transcendência*, entre o *interno e o externo* e a *identidade e diferença*. Logo, situar a *justiça como limite* é a forma de conectar a *sincronia do sistema* e

a *diacronia da justiça*, ou seja, o que o sistema “é” no presente com o que “poderá ser” no futuro/talvez.

Contudo, as abordagens desconstrutivistas não são, de modo geral, capazes de considerar que a autotranscedência do sistema jurídico, não só *pode ser*, mas como também é bastante importante que *seja* realizada nos limites da intencionalidade específica do direito, como dispõe a perspectiva Jurisprudencialista de Castanheira Neves. É importante que a transformação do sistema jurídico, orientada pelo sentido de justiça, pretenda conservar a autonomia com o intuito de excluir influências não-jurídicas, através de uma autorreferência constitutiva que se propõe a resolver os problemas juridicamente relevantes pelas suas próprias possibilidades. Isto porque os objetivos inadequados à juridicidade podem confrontar e prejudicar as suas orientações fundamentais, tornando-a indistinta e instrumentalizável para os interesses de determinados grupos em buscas das suas demandas contingentes e que, por vezes, são conflituosas entre si, dificultando a própria convivência humana, mesmo que dotados de boas intenções. Vale reforçar que não se trata de uma autonomia alienada das questões sociais, políticas, econômicas, morais e outras, porque está sempre aberta para a *interrogação* pelas diversas dimensões da vida comunitária, sempre a perguntar-se de que forma o direito deve, ou não, atentar para os problemas insurgentes, levando como preocupação fundamental o atributo axiológico de pessoa.

Importa, com efeito, compreender que o que constitui e caracteriza *a ordem de direito* enquanto tal, distinguindo-a das demais alternativas, não são as suas estruturas formais, mas o seu *fundamento ético* que põe em voga o objetivo último de realização do atributo axiológico de *pessoa* em sua *inviolável dignidade*, que depende do *reconhecimento recíproco de uns pelos outros*. Por esta razão, o Direito é tomado como “a” *alternativa humana*, embora nem todas as culturas compartilhem dos seus pressupostos. Trata-se apenas de “uma” das respostas possíveis para o problema da convivência, embora compreendida como “a” possibilidade de *Justiça* por Castanheira Neves. Isto não é incompatível com o que a *ética da alteridade* desenvolvida por Emmanuel Levinas dispõe, porquanto a justiça, apesar de decorrer do acolhimento ético *entre o eu e outro*, pressupõe sempre a entrada do *terceiro* e de toda a *humanidade*. Logo, faz-se necessário sustentar as condições de comparabilidade, dependentes de

racionalização e sincronia das diferentes demandas que competem entre si, sem olvidar o silêncio de umas para a realização de outras.

Ainda, compreende-se que a ideia de *Justiça Infinita* possui a intenção de evitar uma versão unilateral, engessada, completamente identificada com determinada experiência cultural positiva, incapaz de considerar as singularidades incomparáveis e diversidade de experiências comunitárias. Entretanto, a ausência prévia de limites e definições para a justiça não pode endossar uma abordagem indiferenciada, niilista e irracional, que desconsidera a possibilidade de se determinar critérios justos e adequados juridicamente. Portanto, importa reforçar que a ideia de *Infinito* está vinculada à *ética da alteridade*, que demarca a responsabilidade hiperbólica pelo outro, o acolhimento das diferenças e a caridade hermenêutica através do diálogo, embora, sempre atentando para diferenciar o *plano ético* do *plano jurídico*, pela sua intenção universal reguladora da convivência humana, que depende de critérios justos e adequados de comparabilidade e da bilateralidade atributiva.

Não se pode olvidar que o Direito possui uma violência inerente, visto que na sua intenção de regulamentar universalmente a convivência necessita utilizar de tematizações generalizantes que, muitas vezes, desconsideram uma série de especificidades que são apenas compreendidas por quem as vivencia diretamente. Diante desta situação, os princípios jurídicos, enquanto estabilizações normativas problematicamente abertas, constituídos em consonância aos apelos axiológicos universais contextuais, são alternativas para o direcionamento da autotranscendentalidade prático-cultural do direito em torno dos caminhos que devem ser, ou não, tomados pelo sistema jurídico, visto que nem todas as *diferenças* são verdadeiramente justas e adequadas com os objetivos da juridicidade. Os princípios, portanto, mais do que intenções, são verdadeiramente direitos, reconhecidos para além das positivações. Entretanto, esta violência inerente, que causa inevitavelmente sofrimento ao outro, não pode ser confundida com a violência de uma estratégia causadora de danos colaterais justificada por “boas intenções”, com a finalidade de atender aos interesses de um único grupo. A comparabilidade e o silenciamento de demandas são fatos que fazem parte de qualquer relação de convivência e comunicação, na medida em que os múltiplos e distintos interesses não podem ser realizados concomitantemente.

Numa atitude de responsabilidade diante da memória, que contém em si a lembrança do futuro, é possível identificar que, ao longo da experiência histórico-cultural

ocidental, algumas condições fundamentais para o direito foram se solidificando em forma de princípios, porquanto definem as próprias condições de realização da dignidade, o que expressão própria da justiça em sua vocação integradora. Ora, isto não significa dizer que a experiência cultural ocidental seja, por si mesma, a exemplificação de toda a Justiça, mas importa, de maneira reconstrutiva, oferecer orientações fundamentais para a realização da *práxis* humana em condições justas. Portanto, para que a dignidade humana possa ser concretamente respeitada e reconhecida reciprocamente, é necessário levar em consideração o equilíbrio que deve existir entre o *princípio da igualdade*, pensada em termos materiais, que não deixa de estar correlacionado ao *princípio da liberdade*, pois todos são igualmente livres, autônomos, valiosos e participantes na comunidade; o que também leva ao *princípio da responsabilidade*, visto que os direitos da pessoa vêm, necessariamente, acompanhado dos deveres diante das exigências postas por todos os outros e pela comunidade. Para que exista tal equilíbrio, deve-se estabelecer limites para a realização de cada um destes princípios, que são modelados pelas circunstâncias histórico-culturais de cada experiência. Não se pode olvidar, entretanto, que a *Solidariedade* é um imperativo que recai sobre todos, que chamar atenção ao sofrimento do outro, às vulnerabilidades, muita das vezes historicamente acumuladas, que são reais obstáculos para um diálogo honesto e concreto sobre a Justiça.

É possível, portanto, acompanhar o Jurisprudencialismo para entender que a Justiça, mesmo que não possa ser representada descritivamente, refere-se inevitavelmente à axiologia da convivência humana em comunidade, intencionada pela *ordem de direito*. Ordem esta que não é definida em seu aspecto meramente positivo, não se confundindo com a lei, que é apenas um instrumento político-jurídico. A lei pode, inclusive, ser injusta se a dimensão ideológica se sobressaltar sobre a axiológica. Para Castanheira Neves, a *lei injusta* não vincula ao direito porque não o representa de forma autêntica. Entretanto, não se deseja a imposição de um meta-discurso transcivilizacional para toda a humanidade, muito menos quando acompanhado de implementações violentas na prática, mas sim a possibilidade de uma intervenção dialogante com outras experiências culturais de realização humana, na posição de “uma” das possibilidades interlocutoras, a partir das suas próprias especificidades.

No que diz respeito à realização *in concreto* do direito, é possível perceber preocupações situadas em locais distintos em cada condutor. Ora, todos intentam

abandonar uma racionalidade puramente instrumental-estratégica. Entretanto, no caso das *jurisprudências desconstrutivistas*, a justeza de uma decisão é determinada em conjunto com o ideário híbrido da moralidade política. No *Direito como Performance*, ainda há a aposta na dinâmica de emissão/recepção das impressões da audiência, que o intérprete juiz leva em consideração para a sua decisão entre as possibilidades interpretativas. Já o processo de *descoberta e invenção* na realização dos princípios jurídicos conta com um comprometimento prévio por parte do julgador na sua análise genealógica, exigente de uma sensibilidade ética, que orienta a decisão diante da indeterminação dos materiais jurídicos. Ora, é possível dizer, portanto, que a decisão judicial em Jack Balkin e Sanford Levinson atribui um enfoque na *responsabilidade pelos efeitos na audiência* e em Drucilla Cornell há um enfoque na *responsabilidade diante das pessoas concretas, em sua alteridade*, que apresentam demandas por transformações justas.

Na perspectiva *Jurisprudencialista* também há assunção da responsabilidade pelos efeitos do juízo decisório na vida das pessoas concretas, mas não no sentido de assumir previamente uma estratégia para realização de objetivos não-jurídicos, mas para a consideração dos efeitos já assimilados pela intencionalidade do direito, em consonância prática com os fundamentos convocados pelo juízo, na sua intenção de resolver o problema em causa. Importa reforçar que o problema jurídico, na sua intencionalidade problemática, é assumido como a *prioridade* no processo metodológico-jurídico, pela qual o juiz é responsável pela resolução normativamente fundamentada, inclusive, pelos princípios jurídicos. Desta feita, a *justiça* é a vocação integradora que condiciona todo o processo metodológico de resolução do problema *in concreto*, de modo *normativamente adequado, materialmente justo e pragmaticamente responsável*. É por esta razão que a perspectiva jurisprudencialista se destaca ao apostar no *juízo* e não na pura *decisão*; na *realização* do direito, na sua *unidade metodológica* com a *interpretação, aplicação e constituição*; na *justeza decisória*, que não é apenas uma *correta interpretação*; e na *fundamentação*, que não é a *justificação* posterior ao ato de escolha. Tais apostas atuam para fortalecer a *Justiça pelo Direito*, sem esquecer da importância dos outros campos da vida comunitária, em suas funções específicas.

Contudo, não se pode deixar de mencionar que, mesmo enquanto participantes, as juízas e os juízes não assumem uma posição idêntica sobre o direito, assim como estão situados em diferentes posições comunitárias, o que reflete, por vezes, na atuação

judicativa. Todavia, não basta conhecer o que a prática jurídica “é” sem deixar de projetar simultaneamente o que “deve ser”, já que o Direito não é instrumento de único grupo e não pode ser conduzido para propósitos partidários e unilaterais, porquanto isto retiraria a sua condição própria de direito.

A *Justiça*, portanto, é aquela que intenciona servir à humanidade, embora nem sempre seja capaz de atender às singularidades incomparáveis simultaneamente, já que para realizar umas terá de silenciar outras, o que faz parte do próprio cálculo complexo que intenta estabelecer o equilíbrio entre os princípios inferidos pela dignidade humana. O *Direito* só se qualifica enquanto tal se se dispuser a realizar esta intenção.

REFERÊNCIAS

ALTERED CARBON [Seriado de TV]. 1ª temporada. Produtor: John G. Lenic. Estados Unidos: Netflix, 2018.

BALKIN, Jack. Deconstructive Practice and Legal Theory. **96 Yale L.J.** n. 743, Faculty Scholarship Series, 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/. Acesso em 25 de set. 2019.

BALKIN, Jack. Nested Oppositions. **99 Yale L. J.** Faculty Scholarship Series, 1990. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/281. Acesso em 06 de nov. 2019.

BALKIN, Jack. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. **Cardozo Law Review**. Vol. 11, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1990. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/283. Acesso em 06 de nov 2019.

BALKIN, Jack. Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence. **103 Yale L.J.** 105, Faculty Scholarship Series 273, 1993. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/. Acesso em 10 de mar. 2020.

BALKIN, Jack. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. **Mich Law Review**. Vol. 92, nº 1131, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/. Acesso em 05 nov. 2019.

BALKIN, Jack. Being Just with Deconstruction. **Social & Legal Studies**. Vol. 3, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 393-404, 1994. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/271/. Acesso em 06 nov. 2019.

BALKIN, Jack. **Cultural Software**: a theory of ideology. Yale University Press: Connecticut, 1998

BALKIN, Jack; SANFORD, Levinson. Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”. **Cardozo Law Rev.** 20 ed., Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252. Acesso em 26 de out. 2019.

BALKIN, Jack. Deconstruction’s Legal Career. **Cardozo Law Review**. nº 2. Vol. 27, Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 719-740, 2005. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/. Acesso em 30 set. 2019.

BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. **Legal Canons**. New York University Press: New York, 2000.

BALKIN, Jack. Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson. **Tulsa Law Review**. Vol. 38, Issue 4, p. 553-577, 2003. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/244/. Acesso em: 21 de mar 2020.

BALKIN, Jack. Deconstruction. p. 367-373. *In*: PATTERSON, Dennis (edit). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. 2º ed. New York: Blackwell, 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.868/99 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em 08 de jun. 2020.

BERNARNDINO, Fernanda. Da responsabilidade ética à ético-político-jurídica: a inconstitucionalidade da responsabilidade ética enquanto inconstitucionalidade da subjetividade segundo Emmanuel Lévinas (II). **Revista Filosófica de Coimbra**, nº 17. Coimbra: Instituto de Estudos Filosóficos Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, p. 62-95. 2000.

BERNARNDINO, Fernanda. A crença de Derrida na Justiça: para além do Direito, a Justiça. **ÁGORA – Papéis de Filosofia**, vol. 28, n. 2, p. 53-94, 2012.

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BRONZE, Fernando José. **Analogias**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012

CAPUTO, J. After Derrida Comes the Future. **Revista de Letras**, vol. 49, n. 2, Tradução de José Carlos Felix, São Paulo, p. 173-179, 2009. Disponível em: <https://periodicos.flcar.unesp.br/letras/article/viewFile/2046/1674>. Acesso em 25 de Out. de 2019.

CORNELL, Drucilla. Time, Deconstruction, and the Challenge to Legal Positivism: The Call for Judicial Responsibility. **Yale Journal of Law and Humanities**, vol. 2, n. 2, Article 4, p. 267-297, 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol2/iss2/4/>. Acesso em: 17 de nov 2019.

CORNELL, Drucilla. **The philosophy of the Limit**. Routledge: New York and London, 1992.

CORNELL, Drucilla. **Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law**. New Edition. Lanham, Boulder, New York, Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1999.

DERRIDA, Jacques. **De La Grammatologie**. Paris : Lés Editions de Minuit, 1967.

DERRIDA, Jacques. Letter to a Japanese Friend. p. 1-5 *In*: BERNASCONI, Robert; WOOD, David. **Derrida and Différance**. Evanston II: Northwestern University Press, 1988.

DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. *In*: **Deconstruction and The Possibility of Justice**. New York: Routledge, 1992.

DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia**. Campinas: Papyrus Editora, 1991.

DERRIDA, Jacques. **Specters of Marx: The State of the Debt, the Work of Mourning and the New International**. New York and London: Routledge, 1994.

DERRIDA, Jacques. Remarks on Deconstruction and Pragmatism. p. 79-90 *In*: CRITCHLEY, Simon *et al.* **Deconstruction and Pragmatism**. London and New York: Routledge Edit, 1996.

DERRIDA. Direção: Kirby Dick; Amy Ziering Kofman. Produzido por Amy Ziering Kofman. United States. Zeitgeist Films, 85min, 2002. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Pn1PwtcJfwE&t=1831s>. Acesso em 12 de set 2019.

DERRIDA, Jacques. Violence and Metaphysics: an essay on the thoughts of Emmanuel Levinas. *In*: **Writing and Difference**. London and New York: Routledge, 2005.

FERRO, Roberto. **DERRIDA, Una Introducción**. Colección Pensamientos locales. Buenos Aires: Editorial Quadrata, Kobo: Publisher Default, 2009.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Entre o centro e a periferia: a perspectivização ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. *In*: **Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?** Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves. Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância**. Tese respeitante ao grau de Doutoramento em Direito na área de Ciências Jurídico-Filosóficas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2012.

GLENDINNING, Simon. Chapter 3: Reading The Logocentric Heritage. *In*: GLENDINNING, Simon. **Derrida: A Very Short Introduction**. New York: Oxford University Press Inc. Kobo: Publisher Default, 2011.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o Século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Portugal: Publicações Dom Quixote, Leya SA, 2009.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalité et Infini: Essai sur l'exteriorité**. Original Edition, La Flèche: Martinus Nijhoff, 1971.

LEVINAS, Emmanuel. **Autrement qu'êtré ou au-delà de l'essence**. La Haye: Martinus Nijhoff, 1974.

LEVINAS, Emmanuel. **Of God Who Comes to Mind**. California: Stanford University Press, 1998.

LEVINAS, Emmanuel. **Entre Nous: thinking-of-the-other**. New York: Columbia Press University, 1998.

LEVINAS, Emmanuel. **Alterity & Transcendence**. London: The Athlone Press, 1999

LEVINAS, Emmanuel. **Ética e Infinito**. Madrid: La balsa de la Medusa, 2000.

LIMA, George Marmelstein. **Judicialização da Ética: um projeto de transformação da ética em direito orientada pela expansão do círculo ético**. Tese respeitante ao grau de Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no séc XXI: Coimbra, 2013.

LINHARES, José Manuel Aroso. O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos — da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)”. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. 80. Coimbra, p. 59-135, 2004.

LINHARES, José Manuel Aroso. O Dito do direito e o Dizer da Justiça: Diálogos com Levinas e Derrida. **Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL**, vol. VIII, n. 14, Coimbra, p. 5-76, 2007.

LINHARES, José Manuel Aroso. Autotranscendentalidade, Desconstrução, e Responsabilidade Infinita: Os enigmas de Force de Loi. *In: ARS IVDICANDI: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Volume 01. Coimbra: Coimbra Editora, p. 551-667, 2008.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?** *In: Estudos em Homenagem ao professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, p. 395-421, 2012.

LINHARES, José Manuel Aroso. Law's Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivalencies of a Familiar Debate. *In: International Journal for the Semiotics of Law*. Springer, vol. 25, n. 4, p. 489-503, 2012.

LINHARES, José Manuel Aroso. Validade comunitária e contextos de realização: anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema. *In: Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*. v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2966>. Acesso em: 28 abr 2020.

LINHARES, José Manuel Aroso. Direito, violência e tradução: poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? *In: Themis*, ano XV, n. 26/27, p. 29-59, 2014.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Juízo ou Decisão?: Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo.** *In: BRONZE, Fernando José Pinto (Coord.). Juízo ou decisão: o problema da realização jurisdicional do direito.* Coimbra: Instituto Jurídico, p. 227-249, 2016.

LINHARES, José Manuel Aroso. A identidade na Pluralidade dos Critical Legal Scholars: um discurso da dialética societates/communitas? *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 8. nº 8, p. 83-130, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10437/7727>. Acesso em 01 de jul. 2020.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo:** Sumários desenvolvidos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, policopiado, s.a.

LINHARES, José Manuel Aroso. **O sistema jurídico como um «fim em si mesmo» ou as «muralhas de indiferença» da galáxia auto.** Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, policopiado, s.a.

LUHAMNN, Niklas. Closure and Openness: On reality in the world of law. **EUI working papers.** San Domenico (FI), n. 86/234. European University Institute, 1986. Disponível em: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/23049/EUIwp_1986_234.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 06 de jun. 2020.

NASCIMENTO, Evandro Batista. **Derrida.** Coleção passo-a-passo, nº 43. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, Kobo: Publisher Default, 2004.

NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. LXXIV, p. 1-44. Coimbra, 1998.

NEVES, A. Castanheira. A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia: Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** STVDIA IVRIDICA 72. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito.** *In: NEVES, A. Castanheira. Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

NEVES, A. Castanheira. **O problema da Universalidade do Direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NEVES, A. Castanheira. **Dworkin e a Interpretação Jurídica – ou a Interpretação Jurídica, a Hermenêutica e a Narratividade.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NEVES, A. Castanheira. **Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade.** *In:* **Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia.** Coimbra: Almedina, p. 3-28, 2009.

NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **Justiça e Direito.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **O Direito como Alternativa Humana. Notas de uma reflexão do problema actual do direito.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico de realização do Direito.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NEVES, A. Castanheira. **Método Jurídico.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NEVES, A. Castanheira. **A Interpretação Jurídica.** *In:* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.* Vol. II. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NEVES, A. Castanheira. O Direito como Validade. *In*: **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, n. 3984. p. 154-175, 2014.

MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements**: Law and Jurisprudence at Century's End. New York and London: New York University Press, 1995.

MOSSO, Bruno Penha. **A assimilação da desconstrução por Jack Balkin**: um contributo para a compreensão do pensamento do autor. Dissertação respeitante ao grau de Mestre em Direito na área de Ciências Jurídico-Filosóficas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2009.

ORWELL, George. **1984**. Porto: Coleção Mil Folhas, 2002.

PETERS, Michel. **Pós-estruturalismo e filosofia da diferença**: uma introdução. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

RORTY, Richard. Remarks on Deconstruction and Pragmatism. p. 13-18 *In*: CRITCHLEY, Simon *et al.* **Deconstruction and Pragmatism**. London and New York: Routledge, 1996.

STRATHERN, Paul. Derrida's Life and Work. *In*: **Derrida: Philosophy in an hour**. Austrália: Harper Press, Kobo: Publisher Default, 2000.

WESTWORLD [Seriado de TV]. 3ª temporada. Produtores executivos: Jonathan Nolan, Lisa Joy. Estados Unidos: HBO, 2020.

WOLCHER, Louis E. **Law's Task**: The Tragic Circle of Law, Justice and Human Suffering. England and USA: Ashgate, 2008.