

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB

DIREITO

FILIFE EDUARDO DE CASTRO PESSOA

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA EM JACQUES DERRIDA – UMA
ANÁLISE DE CASO**

BRASÍLIA – DF

2021

FILIFE EDUARDO DE CASTRO PESSOA

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA EM JACQUES DERRIDA – UMA
ANÁLISE DE CASO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito da UNB como requisito básico para
a conclusão do Curso de Direito

Orientador: Felipe Inácio Zanchet Magalhães

Brasília – DF

2021

FILIFE EDUARDO DE CASTRO PESSOA

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA EM JACQUES DERRIDA – UMA
ANÁLISE DE CASO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito da UNB como requisito básico para
a conclusão do Curso de Direito

Prof. Me. Felipe Inácio Zanchet Magalhães

Professor-Orientador

Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa

Professor-Examinador

Prof. Me. Ricardo Martins Spindola Diniz

Professor-Examinador

Brasília, outubro de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha família, amigos e àqueles que acreditam que nunca é tarde para perseguir seus objetivos e realizar seus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado a oportunidade de realizar o sonho de me formar numa Universidade Federal e por não ter me deixado desistir em meio a todas as dificuldades, principalmente em conciliar estudo, trabalho e família.

A Ana pela paciência e apoio incondicional que, mesmo precisando de minha ajuda e presença em vários momentos, teve compreensão em meio a tantas ausências que uma universidade nos exige. A minha Victoria pela inspiração e por ter dado um novo sentido para minha vida.

Ao professor Felipe Magalhães por ter aceitado esse desafio e pelas tantas horas dispensadas à consecução deste trabalho. Ao professor Rodolfo Jacarandá da Unir, por ter me despertado o interesse para o estudo da Filosofia, da Ética e das Teorias da Justiça.

Aos professores e colegas da Unir e da Unb. Aos primeiros, pela paciência e pelos tantos ensinamentos e experiências compartilhados; aos segundos pelos tantos trabalhos, troca de informações, companheirismo, sem os quais eu não teria chegado até aqui.

Aos meus familiares, amigos e colegas que, mesmo de longe, sempre me apoiaram e torceram pelo meu sucesso.

“A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica.”

Blaise Pascal

RESUMO

O presente trabalho terá como tema “A relação entre o Direito e a Justiça em Jacques Derrida – uma análise de caso”, em que se buscou analisar a desconstrução do direito pela justiça na obra “Força de Lei” de Jacques Derrida, aplicável à ADPF 132 – União Homoafetiva. A presente pesquisa é relevante para enriquecer o debate da jurisdição constitucional, em especial no debate de existência ou não do ativismo judicial. Direitos de minoria, muitas das vezes, não se obtém de maiorias parlamentares. Em verdade, são os tribunais, na sua maioria conservadores, que a partir de casos concretos necessitam desconstruir o direito e dar um novo significado a conceitos que num momento histórico não responde aos anseios da sociedade, principalmente de minorias que se veem privadas de determinados direitos. O objetivo desse trabalho é mostrar que a justiça não se confunde com o direito e que, por meio do direito, não necessariamente eu chego à justiça, ainda que eu aplique uma lei ou uma regra de forma literal. Por outro lado, somente por meio da justiça é que posso desconstruir o direito (“a justiça é a desconstrução”). A desconstrução do direito em “Força de Lei” vem nos mostrar que ele é performático com base numa violência instauradora e conversadora, por uma justiça aplicável de forma individual, não calculável e que sempre destrói o próprio direito. O texto da lei (direito visível) vincula-se à aproximação de um indizível que, apesar de incerto, o ressignifica na busca pela justiça. O Direito é força, criado por uma violência que o instaura e mantido por uma violência conservadora que garante a manutenção do seu poder e o monopólio do uso da força. Ao ser fundado, ele não é legal nem ilegal, legítimo ou ilegítimo, é um apelo à crença e que, somente num momento futuro, é que serão fornecidos modelos interpretativos que trarão legitimidade a essa violência fundadora. Dessa forma, há um mito na estrutura do ato fundador criado por uma força performativa, mito esse que as autoridades, com base num discurso positivista, querem proteger apelando para uma legitimidade que não tem fundamentação, escondendo o caráter místico da autoridade. E é esse discurso dogmático que Derrida vem desconstruir para mostrar que a justiça não se confunde com o direito. Na verdade, a justiça é a própria desconstrução, é o momento de indecisão da deliberação jurídica em que eu não simplesmente aplico uma regra a um caso concreto por subsunção, mas é todo esse movimento de analisar o caso a caso, de forma individual, como se nenhuma regra existisse. Ainda assim não garantiremos que a justiça fora feita, pois senão os juízes seriam simplesmente uma máquina de calcular. Porém, a decisão tem que ser tomada, pois só uma decisão é justa. É um salto no escuro e um risco que devemos tomar, e deve ser para agora. A justiça não pode esperar.

Palavras-chave: Direito. Justiça. Desconstrução. Violência. Mito Fundador. Força. *Gewalt*.

ABSTRACT

The present work will have as theme "The relationship between Law and Justice in Jacques Derrida - a case analysis", in which it sought to analyse the deconstruction of law by justice in the work "Force de Lei" by Jacques Derrida, applicable to ADPF 132 (supreme court case). This research is relevant to enrich the debate on constitutional jurisdiction, especially in the debate on the existence or not of judicial activism. Minority rights are often not obtained from parliamentary majorities. In fact, it is the courts, mostly conservative, that, based on concrete cases, need to deconstruct the law and give a new meaning to concepts that in a historical moment do not respond to the concerns of society, especially those of minorities who find themselves deprived of certain rights. The purpose of this work is to show that justice is not to be mistaken with law and that, through law, I do not necessarily reach justice, even if I apply a law or a rule literally. On the other hand, only through justice can I deconstruct law ("justice is deconstruction"). The deconstruction of law in "Força de Lei" shows us that it is performative based on an instigating and conversational violence, for a justice applicable in an individual, non-calculable way and that always destroys the law itself. The text of the law (visible law) is linked to the approximation of an unspeakable that, despite being uncertain, re-signifies it in the search for justice. Law is force, created by a violence that establishes it and maintained by a conservative violence that guarantees the maintenance of its power and the monopoly of the use of force. Upon being founded, it is neither legal nor illegal, legitimate or illegitimate, it is an appeal to belief and that, only in a future moment, will interpretive models be provided that will bring legitimacy to this founding violence. Thus, there is a myth in the structure of the founding act created by a performative force, a myth that the authorities, based on a positivist discourse, want to protect by appealing to a legitimacy that has no foundation, hiding the mystical character of authority. And it is this dogmatic discourse that Derrida deconstructs to show that justice is not to be confused with law. In fact, justice is deconstruction itself, it is the moment of indecision of legal deliberation in which I do not simply apply a rule to a concrete case by subsumption, but it is this whole movement of analysing the case by case, individually, as if no rules existed. Even so, we will not guarantee that justice was done, otherwise the judges would simply be a calculating machine. However, the decision has to be made, as only one decision is fair. It is a leap in the dark and a risk we must take, and it must be for now. Justice cannot wait.

Keywords: Law. Justice. Deconstruction. Violence. Founding Myth. Strength. *Gewalt*.

SUMÁRIO

1. Introdução	10
2. Força de Lei	12
2.1 Direito.....	13
2.2 Justiça.....	22
2.3 Desconstrução.....	23
2.4 Decisão e Justiça.....	30
3. ADPF nº 132	34
3.1 Voto	35
3.2 Análise do voto.....	39
4. Conclusão	41
5. Bibliografia	43

1. INTRODUÇÃO

Foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), posteriormente transformada em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – 132 RJ), no Supremo Tribunal Federal (STF), contra o texto do Código Civil¹ sobre a definição de família exatamente igual ao texto constitucional². Por que então a discussão constitucional sobre o mesmo texto normativo do Código Civil sobre a definição de família na qual, até então, ambos excluíam do conceito pessoas do mesmo gênero?

A questão a saber é se se extrapola ou aumenta-se o campo textual da definição originária do conceito de família na Constituição, utilizando-se os conceitos de desconstrução, direito e justiça de Jacques Derrida em “Força de Lei”.

Dessa forma, o presente trabalho terá como tema “A relação entre o Direito e a Justiça em Jacques Derrida – uma análise de caso”, sendo delimitado da seguinte forma: A desconstrução do direito pela justiça na obra “Força de Lei” de Jacques Derrida, aplicável à ADPF 132 – União Homoafetiva.

A presente pesquisa é relevante para enriquecer o debate da jurisdição constitucional, em especial no debate de existência ou não do ativismo judicial. Direitos de minoria, muitas das vezes, não se obtém de maiorias parlamentares. Em verdade, são os tribunais, na sua maioria conservadores, que a partir de casos concretos necessitam desconstruir o direito e dar um novo significado a conceitos que num momento histórico não responde aos anseios da sociedade, principalmente de minorias que se veem privadas de determinados direitos.

O objetivo desse trabalho é mostrar que a justiça não se confunde com o direito e que, por meio do direito, não necessariamente eu chego à justiça, ainda que eu aplique uma lei ou uma regra de forma literal. Por outro lado, somente por meio da justiça é que posso

¹ Art. 1.723 do CC: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

² Art. 226, §3º, da CF/1988: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

desconstruir o direito (“a justiça é a desconstrução”), para poder, principalmente, a minorias que não se veem representadas pelo conjunto de regras do ordenamento jurídico.

A justiça tem sido utilizada há bastante tempo para fundamentar o poder, seja na tradição jusnaturalista ou positivista. “A base de todo jusnaturalismo é a ideia de que o direito positivo só é válido na medida em que pode ser derivado de um direito natural composto por normas e valores intrinsecamente justos”. Platão já colocava a justiça como decorrência das relações de poder (conveniência do mais forte), e não o fundamento da autoridade. Apesar disso, ele buscou aproximar a justiça da virtude, algo comum na tradição greco-romana. (COSTA, 2007)

“Assim, desde a Antiguidade, a justiça é vista como um bem em si, e esse seu valor absoluto faz com que ela seja a pedra de toque dos projetos de fundamentação de regras positivas.” Ainda que seja reconhecida a relação entre direito e força, o direito não pode ser fundamentado na violência, “pois o poder puro e simples pode gerar obediência, mas é incapaz de gerar dever”. Por isso, a validade do direito não deve se valer no fato de ele ser coativo (medo da punição), mas de ser justo ou legítimo. (COSTA, 2007)

É a justiça que diferencia o direito da mera imposição, por isso as teorias jusnaturalistas tem na justiça a sua base, “um conjunto das regras e princípios naturalmente justos, os quais não pretendem estar apenas no mundo das ideias, mas realizar-se na prática como um direito natural válido e efetivo”. (COSTA, 2007)

A violência não pode servir de base para se instituir uma ordem jurídica, mas o exercício legítimo de um poder que, através de uma autoridade, age em nome da justiça. O poder constituinte dado ao povo, comum a várias teorias jurídicas, é um “exercício legítimo de autoridade: uma legitimidade que não pode ser derivada da lei [que ainda não existe, porque é um poder originário que irá instituir uma nova ordem jurídica], mas que precisa ser baseada em alguma espécie de direito natural (ou seja, na justiça)”. (COSTA, 2007)

Essa é a mesma fundamentação encontrada no positivismo, que “não nega a fundamentação jusnaturalista do poder, mas apenas recusa a possibilidade de se utilizar referências ao direito natural para fins de contestação da validade da ordem constitucional instituída”. Ele, de certa forma, disfarça, oculta que tem a mesma fundamentação jusnaturalista

do poder (o positivismo é um jusnaturalismo disfarçado), “vinculada às teorias contratualistas que estão na origem da própria ideia de poder constituinte originário”. (COSTA, 2007)

Toda essa construção do Direito, que mostra a tradição da fundamentação do poder ser encontrada na justiça, inspirou Derrida a desconstruir em “Força de Lei”. A partir dessa desconstrução é que buscaremos encontrar respostas para o nosso problema de pesquisa.

Da separação crucial feita por Derrida entre direito e justiça decorrem aspectos de ordem política (a efetiva aplicação da lei, sua força, sua autoridade, o exercício de um “direito justo”), ética (a justiça é devida ao outro como outrem, isto é, como experiência da alteridade absoluta, antes de qualquer contrato), e estética (a estranheza de perceber a justiça como experiência impossível, incalculável). (DUNLEY, 2011)

2. FORÇA DE LEI

O livro Força de Lei trata-se de um texto do autor Jacques Derrida³ dividido em duas partes: “Do direito à justiça” e “Prenome de Benjamin”. O primeiro foi lido na abertura de um colóquio na Cardozo Law School, em 1989, intitulado “Deconstruction and the Possibility of Justice”⁴. Já o segundo texto, apesar de ter sido ali distribuída uma cópia, veio somente a ser lido na abertura de outro colóquio na Universidade da Califórnia, em 1990, sob o título “Nazism and the ‘Final Solution’: Probing the Limits of Representation”. Segue-se a essa segunda parte um prólogo e um post-scriptum (Derrida, 2018).

Derrida começa por justificar o título do colóquio (Desconstrução e a Possibilidade de Justiça), associando temas que talvez não pertencessem à mesma categoria e que muitos não acreditassem ser possível uma retórica que pudessem associá-los. Sugere, então, uma pergunta que se assume na forma da suspeita, importante para se entender o rumo da discussão:

“Será que a desconstrução assegura, permite, autoriza, a possibilidade da justiça? Será que ela torna possível a justiça ou um discurso consequente sobre a justiça, e sobre as condições de possibilidade da justiça? [...] Os ‘desconstrucionistas’ tem algo a dizer sobre a justiça, algo a fazer com a justiça? Por que, no fundo, eles falam dela tão pouco? Isso lhes interessa, afinal? Não será, como alguns desconfiam, porque a desconstrução não permite, nela mesma, nenhuma ação justa, nenhum discurso justo sobre a

3 “Jacques Derrida, filósofo e principal teórico do desconstrutivismo, nasceu em El-Biar, na Argélia, em 1930. [...] Morreu em Paris, em outubro de 2004”. (Derrida, 2018).

4 “O colóquio reuniu filósofos, teóricos da literatura e juristas (principalmente representantes do movimento norte-americano intitulado Critical Legal Studies)”. (Derrida, 2018)

justiça, mas constitui até mesmo uma ameaça contra o direito e arruína a condição de possibilidade da justiça?” (DERRIDA, 2018, p. 4).

A desconstrução sofre e faz sofrer devido à “ausência de regra, de norma e de critério seguro para distinguir, de modo inequívoco, direito e justiça”. Norma, regra e critério são conceitos normativos ou não que permitem, autorizam o julgamento (DERRIDA, 2018, p. 5).

Para o autor, ele não poderia dar nenhuma resposta, ou nenhuma resposta tranquilizadora, para as expectativas formuladas ou formalizadas quando colocadas na forma que se poderia suspeitar na escolha de “ou isto ou aquilo”, “sim ou não” no título (DERRIDA, 2018).

2.1 Direito

Derrida inicia a conferência falando na língua francesa, mas que era um dever endereçar aos expectadores em inglês⁵. Apesar disso, ele acredita que há certas expressões idiomáticas em inglês que não encontram seu equivalente estrito na língua francesa. Pelo menos duas delas têm relação direta com seu texto. A primeira é a expressão “‘to enforce the law’ ou ainda ‘enforceability of law or of contract’”. A tradução para o francês (“aplicar a lei”) perde “aquela alusão direta, literal, à força que vem do interior”. (DERRIDA, 2018, p. 7)

O “direito é sempre uma força autorizada, uma força que se justifica ou que tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou justificável”. Ou seja, “não há direito sem força” (Kant já o dizia, segundo o autor), ainda que essa força venha a ser julgada injusta. A aplicabilidade do direito “é a força essencialmente implicada no próprio conceito da justiça enquanto direito, da justiça na medida em que ela se torna lei, da lei enquanto direito. (DERRIDA, 2018, p. 7-8)

A possibilidade de ser enforced é que distingue o direito da moral. Mas esta última não pode, por si só, fundar ou justificar o direito.

Certamente, esse direito se funda na consciência da obrigação de todos segundo a lei; mas, para determinar o arbítrio, ele não pode nem deve, se tem

⁵ O texto foi originariamente escrito em francês. Para o autor, a tradução é “um compromisso sempre possível mas sempre imperfeito entre dois idiomas” (DERRIDA, 2018, p. 7)

de ser puro, apoiar-se nessa consciência como móbil, mas deve, pelo contrário, estabelecer-se sobre o princípio da possibilidade de um constrangimento externo, que possa conciliar-se com a liberdade de cada um, segundo leis universais (DERRIDA, *Du droit à la philosophie*, Galilée, 1990, pp. 77 ss. *apud* DERRIDA, 2018, p. 8).

O fato é que podem até ter leis não sendo aplicadas, mas toda lei tem a sua aplicabilidade (“enforceability”) mediante a força, seja a força “direta ou não, física ou simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva - ou hermenêutica -, coercitiva ou reguladora etc.” Agora, como distinguir essa força inerente à lei com a força que julgamos sempre injusta? Qual a diferença entre aquela (força justa, legítima, a serviço do direito) e esta? “O que é uma força justa ou uma força não violenta”? (DERRIDA, 2018, p. 9)

Uma outra palavra de que o autor vai falar, talvez a mais presente em todo texto, principalmente na segunda parte, é a palavra alemã “Gewalt⁶”. Tanto a tradução do francês como a do inglês irão traduzi-la por “violência”. Porém, ela não só significa violência, mas “também, para os alemães, poder legítimo, autoridade, força pública” (DERRIDA, 2018, p. 9).

Se Gewalt pode significar, então, tanto violência quanto poder legítimo, autoridade, força pública,

“Como distinguir entre a força de lei de um poder legítimo e a violência pretensamente originária que precisou instaurar essa autoridade, e que não podia ela mesma autorizar-se por nenhuma legitimidade anterior, de tal forma que ela não é, naquele momento inicial, nem legal nem ilegal, outros diriam apressadamente nem justa nem injusta?” (DERRIDA, 2018, p. 10)

A palavra violência é utilizada em muitos textos desconstrucionistas, inclusive do autor. Mas quase sempre seu uso vem acompanhado de uma certa ressalva, um certo alerta. Ele sempre recomendou vigilância, pois ela implica o “risco de um conceito obscuro, substancialista, ocultista-místico, risco também de uma autorização concedida à força violenta, injusta, sem regra, arbitrária” (Derrida, 2018, p.11).

No texto de Benjamin analisado por Derridas fica clara a associação do direito à violência. Benjamin começa por distinguir entre duas violências relativas ao direito, a fundadora (die rechtsetzende Gewalt) e a conservadora (die rechtserhaltende Gewalt), sendo a

⁶ *Zur Kritik der Gewalt* é o texto de Walter Benjamin tratado na segunda parte do livro (“Prenome de Benjamin”).

palavra “Gewalt”, apesar das já discutidas possíveis traduções, é traduzida por violência. A primeira “institui e instaura o direito”, a segunda “mantém, confirma, assegura a permanência e a aplicabilidade do direito”. Depois o autor vai distinguir a “violência fundadora do direito” (“mística”) da “violência destruidora do direito” (“divina”). Por fim vai fazer a distinção entre justiça (“princípio de toda colocação divina de finalidade”) e poder (“princípio de toda instauração mística de direito”). (DERRIDA, 2018, p. 73-74)

Dessa forma, a violência se coloca tanto no momento da fundação de um sistema judiciário e de um sistema normativo, e na manutenção de toda essa estrutura construída, “para que os prédios do poder não se tombem”. Essa violência

não versa apenas acerca da violência que o uso arbitrário da força policial pode vir a representar, mas também da constelação de imagens, programas, dizeres e representações que possam advir de um governo ou, por decorrência, do sistema jurídico a este subjacente. (KOZICKI, LORENZETTO e GIAMBERARDINO)

A crítica de que trata o título do texto de Benjamin se aproxima do sentido kantiano, “significando um juízo, uma avaliação, uma atividade de impor ou marcar limites” (NEGRIS, 2016). Diz respeito a uma crítica no âmbito do direito, da justiça e da moral, pois a violência natural ou física, em sentido figurado, não pode dar lugar a um julgamento, a uma pretensão à autoridade. Para ele até aquele momento só teria tido uma crítica entre meio e fim, mas não à violência mesma. A crítica de saber se a violência é justa ou não, moral ou não, foi excluída pela tradição jusnaturalista, para quem “o recurso a meios violentos não apresenta nenhum problema, já que os fins naturais são justos”. (DERRIDA, 2018, p. 74-75)

Por sua vez, o direito positivo não se furta a avaliar a justiça dos meios, não podendo considerar como bom qualquer meio que venha a se conformar a um fim natural. Os meios devem ser julgados e avaliada a “sua conformidade com um direito que ainda está em curso de constituição, com um novo direito (por conseguinte não natural) que ela [tradição do direito positivo] avalia em função dos meios”. Porém, tanto a tradição jusnaturalista quanto a positivista “compartilham o mesmo pressuposto dogmático, o de que se podem atingir fins justos por meios injustos”. A primeira busca “justificar [...] os meios pela justiça dos objetivos [...]”; a segunda busca “garantir [...] a justiça [...] dos fins pela legitimidade [...] dos meios”. (Denöel, 1971, “Pour une critique de La violence” in Walter Benjamin, « Mythe et Violence », *apud* DERRIDA, 2018, p. 76).

Havendo conflito entre fins justos e meios justificados, teríamos um impasse, pois o “direito natural não atentaria para o caráter condicional dos meios”, e “o direito positivo estaria alheio quanto ao caráter incondicional dos fins” (NEGRIS, 2016).

Para que haja uma explicação bem-sucedida, deve haver uma combinação simultânea entre fins justos e meios justificados. Porém, o jusnaturalismo, pressupondo a justiça do direito natural, “é cego para o fato de que certos meios de sua aplicação não são hábeis a realizar justiça. Já o positivismo, ao pressupor a legitimidade dos meios, perde de vista que a aplicação de normas vigentes pode conduzir a injustiças flagrantes”. Em ambos há uma fundamentação mítica da autoridade: o primeiro coloca “a autoridade da lei em valores justos em si; o segundo promove uma “vedação dogmática do seu questionamento”. (COSTA, 2007)

Benjamin, apesar de parecer às vezes seguir uma ou outra tradição, sua crítica pretende exceder ambas, e vai pertencer ao que ele chama de “filosofia da história”, limitando-se aos dados do direito europeu. Este “tende a proibir a violência individual e a condená-la na medida em que ela ameaça, não determinada lei, mas a própria ordem jurídica”. Por isso o direito vai monopolizar o uso da violência para proteger a si mesmo, e não para “proteger determinados fins justos e legais”. (DERRIDA, 2018, p. 77-78)

Alguns exemplos da questão da violência são dados, como o da “figura do ‘grande’ criminoso” que o povo admira, que “não é alguém que cometeu determinado crime”, mas “que, desafinado a lei, põe a nu a violência da própria ordem jurídica”. Outro exemplo é o do direito de greve garantido aos trabalhadores, “que são então, ao lado do Estado, o único sujeito de direito [...] ao qual se garante um direito à violência [...] e, portanto, a compartilhar o monopólio do Estado a esse respeito”, ainda que alguns irão dizer que a greve seria um não fazer e que a violência exigiria uma ação. (Derrida, 2018, p.79)

O que o Estado teme nem é tanto o crime, ainda que em larga escala, quando a lei é transgredida para se atingir benefícios particulares (ele até reforça a autoridade estatal justificando a sua existência, não colocando à prova a sua legitimidade) (COSTA, 2007). O seu temor é com relação à violência fundadora, aquela “capaz de justificar, de legitimar [...] ou de transformar as relações de direito [...], e portanto de se apresentar como tendo um direito ao direito”, “mesmo que ela possa ferir nosso sentimento de justiça”. Somente essa violência, “diferente do exercício natural da força” e “que não é um acidente sobrevindo do exterior do

direito”, que é passível de ser criticada. Então, com a greve geral, e isso também acontece com as revoluções em geral tanto de esquerda quanto de direita, há uma contestação da ordem vigente por meio de uma violência autorizada, criando-se uma situação revolucionária que vai criar um novo direito ou, na maioria das vezes, um novo Estado. (DERRIDA, 2018, p. 82)

O novo direito instaurado irá legitimar, de forma retrospectiva, a violência utilizada que, de certa forma, feriu o sentimento de justiça. Isso ocorre com a fundação de todos os Estados, uma situação revolucionária violenta que inaugura um novo direito, ainda que não aja “genocídios, expulsões ou deportações espetaculares”. (DERRIDA, 2018, p. 83)

Esses momentos são violentos, ininterpretáveis e indecifráveis, o que para Derrida é o “místico”. Benjamin sustenta que essa violência é legível, inteligível, não sendo estranha ao direito, mas ao mesmo tempo ela suspende, “interrompe o direito estabelecido para fundar outro”. No exato momento da suspensão temos “uma instância de não-direito”, um ato performativo que não deve prestar contas a ninguém, mas que estará diante de uma lei futura, indeterminada, que virá para julgá-lo. (DERRIDA, 2018, p. 84)

Esse momento do não direito se assemelha, de certa forma, “à situação anterior da criação da norma fundamental kelseniana”. E quando o direito “suposto” não está diante de nenhuma lei em si, mas de uma que está por vir, aproxima-se da transcendência inacessível da lei colocada por Kafka. “A lei projetada no futuro, como promessa, prende os sujeitos em sua estrutura aporética, de modo que somente no futuro poderá, talvez, saber qual a inteligência ou interpretação possível para a legislação”. (KOZICKI, LORENZETTO e GIAMBERARDINO)

Quando há uma revolução ou a fundação de um Estado “bem sucedida”, serão fornecidos no futuro “modelos interpretativos próprios para serem lidos retroativamente, para dar sentido, necessidade e sobretudo, legitimidade à violência que produziu, entre outros, o modelo interpretativo em questão, isto é, o discurso e sua autolegitimação”. E esse movimento ocorre não só em guerras e nações, mas dentro de um próprio bairro, por exemplo, e questiona a soberania estatal e a não-ingêrência colocadas pelo direito internacional, pois, em muitos casos, não se sabe, por durante muito tempo, “se o performativo da fundação violenta de um Estado foi bem-sucedido”. (DERRIDA, 2018, p. 86)

Derrida vai dizer que essa ilegibilidade da violência significa “uma violência jurídico-simbólica, uma violência performativa no próprio interior da leitura interpretativa”. Há, então, um direito de greve geral, um direito de contestar a ordem estabelecida, de suspender a autoridade legitimadora para fundar uma nova ordem ou um novo Estado. “Benjamin distingue duas espécies de greve geral, umas destinadas a substituir a ordem de um Estado por outra (greve geral política), outra a suprimir o Estado (greve geral proletária)”. (DERRIDA, 2018, p. 87)

A primeira “busca fazer pequenos compromissos políticos entre patrões, legisladores e empregados”, enquanto que a segunda “busca solapar de forma absoluta o sistema político e o estatuto jurídico do qual esse sistema deriva a sua autoridade”. Essas ideias mostram o reflexo dos textos de Sorel no pensamento de Benjamin, não só entre os tipos de greve, mas também em conceitos como o da violência revolucionária, do mito, etc. (COSTA, 2018)

A greve é ao mesmo tempo “uma ação realizada pelos trabalhadores, dentro do contexto maior da luta de classes, que coletivamente decidem suspender o exercício da atividade laboral com o fim de obter melhorias tanto no ambiente de trabalho como nas suas condições de vida em geral”, ao mesmo tempo em que é um direito dos trabalhadores reconhecido pela autoridade jurídica moderna. Dessa forma, do ponto de vista do Estado burguês, não há nenhum direito à violência, mas sim de se afastar do trabalho, de se subtrair da violência perpetrada indiretamente pelo patrão; já do ponto de vista dos trabalhadores, “o direito à greve é um direito ao uso da violência para que se alcancem determinados fins”. (COSTA, 2018)

Por isso, com relação à greve geral, o Estado a condena por ter passado de um limite, um mal entendido da concessão original do direito de greve. Se ela persistir após o Estado tendo a determinado como sendo ilegal, será uma situação revolucionária. Essa situação seria “a única que nos permite pensar a homogeneidade do direito e da violência, a violência como exercício do direito e o direito como exercício da violência”, aquela que vai ameaçar a própria “ordem do direito estatal que teve de conceder esse direito à violência”. (DERRIDA, 2018, p. 80-81)

Então, o Estado irá com violência buscar impedir a violência da greve ilegal, devido ao abuso da classe trabalhadora, promulgando seus decretos de emergência suspendendo as leis

que concederam aquele direito à classe trabalhadora. A greve deixa clara a função da violência e sua “capacidade de modificar e, especialmente, criar novas relações de direito” (COSTA, 2018).

Sobre algumas das oposições benjaminianas, como a da greve geral, Derrida vai propor que a “violência da fundação ou instauração do direito” envolve a da “conservação do direito”. A primeira solicita a sua própria repetição e funda o que deve ser conservado. Ela é uma promessa que a iterabilidade inscreve a possibilidade de repetição na própria fundação. Dessa forma, não há violência que seja puramente fundadora ou puramente conservadora. A fundação faz um apelo à conservação e vice-versa, não havendo oposição rigorosa entre ambas, mas uma “contaminação diferencial”, como também não pode haver uma distinção rigorosa entre greve geral e parcial e entre greve geral política e proletária. É devido a essa contaminação que Benjamin vai dizer que há “algo de podre no âmago do direito”, algo que “o condena ou o arruína de antemão”, principalmente quando se trata da pena de morte. (DERRIDA, 2018, p. 90-91)

Um outro exemplo da contradição interna do direito, a par do direito de greve, é o direito de guerra. Uma violência é perpetuada dentro da esfera do direito por alguns sujeitos que desejam se apossar de bens, territórios, grupos, etc., objetivos esses ditos naturais. É uma anomalia que parece romper a relação com o direito, mas essa ruptura é a própria relação. A guerra é, em si, uma “violência fundadora de direito”. O lado vencedor nessa cerimônia de paz vai instaurar, fundar um novo direito e, a partir desse momento, “o direito moderno recusa, ao sujeito individual, todo direito à violência”. Aquela admiração do “grande criminoso” agora se dirige ao indivíduo que vai ser o legislador ou o profeta. (DERRIDA, 2018, p. 92-93)

A violência conservadora ao mesmo tempo procede do e ameaça o próprio direito. Benjamin critica os discursos sobre o direito de punir e principalmente o da pena de morte, na medida em que não admitem que não é a pena de morte sendo contestada entre outras penas, mas o próprio direito em sua origem, em sua ordem. “Se a origem do direito é uma instauração violenta, esta se manifesta do modo mais puro quando a violência é absoluta, isto é, quando toca no direito à vida e à morte”. (DERRIDA, 2018, p. 97)

Então, a sua ordem é violenta e se manifesta na possibilidade de pena de morte que, uma vez extinta, “desacreditaríamos o próprio princípio do direito”. A pena de morte dá

testemunho de o direito ser uma violência contrária à natureza, assim como também a polícia moderna, que mistura as duas violências (fundadora e conservadora) de maneira “espectral”. “A espectralidade decorre do fato de que um corpo nunca está presente para ele mesmo, para aquilo que ele é. Ele aparece desaparecendo, ou fazendo desaparecer aquilo que representa: um pelo outro”. E quando falamos de polícia do Estado não sabemos com quem estamos lidando, ela não possui limites. A mistura das duas violências é uma contaminação ignóbil, e ignóbil é também não só os procedimentos da polícia, mas ela é “estruturalmente repugnante, imunda por essência, em razão de sua hipocrisia constitutiva”. (DERRIDA, 2018, p. 98-99)

Essa ausência de limites da polícia vem não só da vigilância e da repressão advindas de uma tecnologia desenvolvida desde os tempos de Benjamin, mas devido ao fato de ela ser o próprio Estado, “o espectro do Estado, e que não se pode, rigorosamente, atacá-la sem declarar guerra à ordem da res publica”. Ela aplica a lei, cria a lei, ou seja, ela é e tem a força de lei e “intervém cada vez que a situação jurídica não é suficientemente clara para garantir a segurança”. Mesmo não promulgando a lei, ela faz as vezes do legislador e se atribui o direito. Em suma, a polícia arruína, desconstrói a distinção entre as duas violências. (DERRIDA, 2018, p. 99-100)

Benjamin que, juntamente com Schmitt e Heidegger, era hostil à democracia parlamentar e à democracia em si, faz uma crítica à democracia parlamentar, que, com o uso do compromisso, “realize-se uma denegação da violência aberta”. Ela dissimula a violência, ao mesmo tempo negando o adversário para impedir o pior e justificando que teria sido melhor fazê-lo de outra forma.

Nesse viés, a crítica de Benjamin é o reflexo da crise do modelo europeu da democracia burguesa, liberal e parlamentar, e, portanto, de toda a construção jurídica vinculada a estas estruturas. Ainda, com a insurgência de novos modelos midiáticos e com a mutação das bases fundantes da formação da opinião pública, realiza-se o questionamento sobre o modelo liberal da discussão ou da deliberação parlamentar na produção das leis, pautas que contemporaneamente assumem caráter de suma relevância, podendo definir o posicionamento eleitoral ou a criação (ainda que inconstitucional) de leis que respondam a clamores sociais pré-fabricados pela mídia. (KOZICKI, LORENZETTO e GIAMBERARDINO)

Em contraste à fundação mítica e violenta do direito no mundo grego, há a violência divina que, segundo Benjamin, é o contrário daquela. A primeira funda o direito, coloca limites e fronteiras, induz o erro e a expiação, ameaça e faz morrer pelo sangue; a segunda destrói o

direito, aniquila qualquer limite e fronteira, faz expiar, fulmina, “mata e anula sem efusão de sangue”. A questão do sangue faria diferença porque “o sangue é o símbolo da vida, diz ele, da vida pura e simples, da vida como tal”. Portanto, quando a violência mitológica do direito faz sangrar, ela o faz em proveito próprio, satisfazendo-a nela mesma, contra a vida, enquanto que a violência divina age sobre a vida, sacrificando-a, mas em proveito da própria vida, do vivo. O sacrifício ocorre em ambos os casos (A mitológica o exige, já a divina o aceita, o assume), mas quando há derramamento de sangue, “o vivo não é respeitado”. A violência divina, atestada na religião, na vida presente e nas manifestações do sagrado, pode vir a aniquilar várias coisas, como os “bens, a vida, o direito” e seu fundamento, mas “não ataca jamais, para destruí-la, a alma do vivo”. (DERRIDA, 2018, p. 123)

A indecidibilidade está situada, bloqueada, acumulada ao lado do direito, da violência mitológica, que funda e conserva o direito, já a decidibilidade está ao lado da violência divina, que destrói ou desconstrói o direito.

Isso se deve à essência da violência divina, ao seu poder e à sua justiça. A violência divina é a mais justa, a mais efetiva, a mais histórica, a mais revolucionária, a mais decidível e a mais decisória. Mas como tal, ela não se presta a nenhuma determinação humana, a nenhum conhecimento ou "certeza" decidível de nossa parte. Nunca a conhecemos nela mesma, "como tal", mas somente em seus "efeitos". Seus efeitos são "incomparáveis". Eles não se prestam a nenhuma generalidade conceitual, a nenhum juízo determinante. Só há certeza (Gewissheit) ou conhecimento determinante no domínio da violência mítica, isto é, do direito, isto é, da indecidibilidade histórica. (DERRIDA, 2018, p. 129-130)

Ao interpretar esse difícil texto de Benjamin, Agamben vai dizer em “Estado de Exceção” que

o que Benjamin transmite em seu texto é que, para realizar uma crítica da violência nela mesma, é necessário garantir a possibilidade de uma violência absolutamente “fora” (ausserhalb) e “além” (jenseits) do direito e que, como tal, poderia quebrar a dialética entre a violência que funda o direito e a violência que o conserva (rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt).” Esta última pode ser qualificada como violência “pura” ou “divina”, e no âmbito dos negócios humanos, como “revolucionária”. O que não minimizaria o que para o direito constitui de fato uma ameaça: a existência de uma violência “fora” do seu sistema normativo, ou ainda, da sua existência fora do direito... O que o direito não pode tolerar de modo algum, o que sente como uma ameaça contra a qual é impossível transigir, é a existência de uma violência fora do direito; não porque os fins de tal violência sejam incompatíveis com o direito, mas “pelo simples fato de sua existência se dar fora do direito” (AGAMBEN, 2003, p. 84-85 *apud* DUNLEY, 2011).

A violência divina é “a única violência verdadeiramente pura do ponto de vista dos meios, pois ela não mantém relações com o direito. Ela rompe o ciclo eterno de culpa e expiação promovido pela violência mítica”. O movimento cíclico da violência mítica se dá na alternância entre a violência fundadora e conservadora que, em muitas ocasiões, podem fazer com que uma nova violência se sobreponha à antiga, o que para Sorel seria uma alternância de poder por meio da força (ação das classes dominantes sobre as dominadas). Nesse sentido, a violência divina seria a única capaz de romper com esse ciclo.

A violência mítica, na perspectiva de Benjamin, é sangrenta, ou seja, tem um parentesco com a ordem sacrificial presente na estrutura dos mitos e que, por um processo complexo, abastardou-se no direito moderno através de uma deformação e secularização ao longo do tempo (Adorno, Horkheimer, 1985). A violência divina, por outro lado, é desestruturadora; seus sacrifícios não só não buscam reforçar o ciclo de expiação característico do sacrifício mítico, mas tem como razão estancar o sangramento expiatório e deixar a vida seguir seu fluxo, sem com isso estabelecer uma nova ordem hierárquica - e, a partir dela, a necessidade de novos sacrifícios. A violência mítica apenas pode basear sua existência no uso da força do forte contra o fraco e, por isso, é essencialmente injusta. A violência divina é a violência do fraco contra o forte e, assim, sempre será necessariamente não-violenta; nas palavras de Benjamin, ela é a única que pode ser legitimamente chamada de “violência reinante” [waltende Gewalt]. (COSTA, 2018)

2.2 Justiça

Os textos desconstrucionistas evitam colocar a justiça como tema, até mesmo textos de ética e de política. Mas isso, segundo o autor, é só uma aparência, quando cita exemplos de textos de Levinas, Hegel, Freud, etc. Além disso, “discursos sobre a dupla afirmação, o dom para além da troca e da distribuição, o indecível, o incomensurável ou o incalculável, sobre a singularidade, a diferença e a heterogeneidade são também, de ponta a ponta, discursos pelo menos oblíquos sobre a justiça” (Derrida, 2018, p.11).

O que Derrida gostaria de fazer é endereçar diretamente o problema da justiça, pois os textos sobre desconstrução somente o fizeram de modo oblíquo. Oblíquo como ele se prepara para demonstrar que “não se pode falar diretamente da justiça, tematizar ou objetivar a justiça, dizer ‘isto é justo’ e, ainda menos, ‘eu sou justo’, sem trair imediatamente a justiça, senão direito” (Derrida, 2018, p. 17).

A expressão “to enforce the law” nos lembra que a justiça não se confunde necessariamente com o direito ou a lei. Ela só vai “tornar-se justiça, por direito ou em direito,

quando detém a força, ou antes quando recorre à força desde seu primeiro instante, sua primeira palavra”. O começo está relacionado com a língua/linguagem, e isso não é contraditório com o fato de ter também havido a força. Deve-se pensar na “força da própria linguagem” (Derrida, 2018, p.17).

Assim, há a possibilidade de que a justiça exceda, seja contrária, que não tenha relação com o direito, ou até mesmo que mantenha uma relação que o exija ou que vá excluí-lo (Derrida, 2018).

O conceito de justiça para Derrida vai se aproximar ao de Levinas, que a definiu como sendo “a relação com outrem” ou “direiteza da acolhida feita ao rosto”. (LEVINAS, *Totalité et Infini*, "Vérité et justice", Nijhof, 1962, pp. 62 e 54 *apud* DERRIDA, 2018, p. 41)

Levinas fala de um direito infinito: naquilo que ele chama de “humanismo judaico”, cuja base não é "o conceito de homem", mas o de outrem: "a extensão do direito de outrem" é a de "um direito praticamente infinito". A equidade, aqui, não é a igualdade, a proporcionalidade calculada, a distribuição equitativa ou a justiça distributiva, mas a dessimetria absoluta. E a noção levinassiana de justiça se aproximaria mais do equivalente hebreu daquilo que traduziríamos, talvez, por santidade. (DERRIDA, 2018, p. 42)

O infinito em Levinas não está relacionado ao sujeito, ao ser pensante, mas à esfera da moral, externa a ele, diferentemente do que pensava Decartes, para quem se encontrava inato no sujeito (lógica do cogito). Dessa forma, o infinito pertence ao outro, não se reduzindo ao Ser e não permitindo que se volte a uma Ontologia simplesmente. Por não estar ligado ao sujeito pensante, o infinito faz parte de uma realidade “cuja determinação de existência somente é dada em si mesma. Tal fato permite que o pensamento de Levinas não fique preso à coerência racional tradicional.” (BERCHT, 2010)

O conceito de Levinas é difícil, mas é um risco que Derrida deseja correr de fazer certas confusões ou analogias. Tudo seria muito simples, não fosse o direito que “pretende exercer-se em nome da justiça”, e a justiça que “exige ser instalada num direito que deve ser posto em ação (constituído e aplicado – pela força, “enforced”). (DERRIDA, 2018, p. 43)

2.3 Desconstrução

Um autor importante para as reflexões de Derrida é Pascal, de quem ele vai citar esse fragmento:

"Justiça, força. - É justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido. A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem força é contradita, porque sempre há homens maus; a força sem a justiça é acusada. É preciso pois colocar juntas a justiça e a força; e, para fazê-lo, que aquilo que é justo seja forte, ou que aquilo que é forte seja justo. E assim, não podendo fazer com que aquilo que é justo fosse forte, fizeram com que aquilo que é forte fosse justo."(PASCAL, *Pensées*, ed. Brunschvicg, § 298, p. 470. [Trad, bras. Pe São Paulo, Martins Fontes, 2. ed., 2005.] *apud* DERRIDA, 2018, pp.18 ss)

Ambos (o justo e o mais forte) devem ser seguidos de consequência, efeito, aplicado, enforced. É “justo” no primeiro caso e “necessário” no segundo. “A justiça não é a justiça, ela não é feita se não tiver a força de ser 'enforced': uma justiça impotente não é uma justiça, no sentido do direito [...] A necessidade da força está pois implicada no justo da justiça.” (DERRIDA, 2018, p. 19).

Ou seja, justiça e força são “duas faces distintas de uma mesma moeda”: a primeira depende da força para se fazer aplicável, a segunda depende da justiça para não ser injusta (ANDRADE, 2017). Dito de outra maneira, justiça e direito tem uma relação paradoxal: a justiça “necessita do direito para tornar-se efetiva”, enquanto que o direito “precisa da justiça para justificar a sua força”. (NEGRIS, 2016)

Derrida vai propor uma interpretação contra a tradição do fragmento de Pascal, a exemplo da que diz que Pascal havia “escrito sob a impressão de uma leitura de Montaigne, segundo o qual as leis não são justas nelas mesmas, mas somente porque são leis”. Pascal realmente retoma uma expressão de Montaigne que Derrida se propõe a reinterpretar: “fundamento místico da autoridade”. (DERRIDA, 2018, p. 20)

Sobre essa expressão, Pascal, apropriando-se de Montaigne, vai dizer:

[...] um diz que a essência da justiça é a autoridade do legislador, outro, a comodidade do soberano, outro, o costume presente; e é o mais seguro: nada, segundo somente a razão, é justo por si; tudo se move com o tempo. O costume faz toda equidade, pela simples razão de ser recebida; é o fundamento místico da autoridade. Quem a remete a seu princípio a aniquila. (Op. cit., S 294, p. 467. Sublinhado por mim. *apud* DERRIDA, 2018, p.20.)

Montaigne, confirmando que, de fato, eram suas palavras:

Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro [...]. Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve. (MONTAIGNE, *Essais*, III, cap. XIII, "De l'expérience e la Pléiade", p. 1203. [Trad. bras. Os ensaios III. São Paulo, Martins Fontes, 2001.] *apud* DERRIDA, 2018, p.21)

Derrida entende que resta claro que Montaigne distingue o direito (leis) da justiça. A autoridade é o motivo pelo qual obedecemos às leis, e não porque elas são justas. E essa autoridade existe apenas porque lhe damos crédito, num ato de fé, não sendo um fundamento ontológico ou racional (DERRIDA, 2018). Costa vai fazer uma analogia interessante com um cachorro que corre atrás do próprio rabo para mostrar que isso é um discurso circular: “a lei vale porque gera dever e gera dever porque é válida” (COSTA, 2007).

Sobre esse fundamento místico, Montaigne também escreveu "... nosso próprio direito tem, ao que dizem, ficções legítimas sobre as quais ele funda a verdade de sua justiça" (Op. cit., II, cap. XII, p. 601. 9. Ibid. *apud* Derrida, 2018, p.22). Para Derrida isso significa um certo artifício, um suplemento de ficção legítima do direito histórico ou positivo para compensar a ausência do direito natural:

Montaigne propunha uma analogia entre esse suplemento de ficção legítima, isto é, necessária para fundar a verdade da justiça, e o suplemento de artifício suscitado por uma deficiência da natureza, como se a ausência de direito natural solicitasse o suplemento de direito histórico ou positivo. (DERRIDA, 2018, p. 22)

Esse pensamento de Pascal que coloca juntas a força e a justiça, sendo a “força uma espécie de predicado essencial da justiça”, esta última mais entendida como o direito, vai muito “além de um relativismo convencionalista ou utilitário, além de um niilismo antigo ou moderno, que faria da lei o que se chama de ‘um poder mascarado’”, e para além da moral de La Fontaine em “O Lobo e o Cordeiro”, segundo a qual “A razão do mais forte é sempre a melhor”. (DERRIDA, 2018, p. 22 ss)

O que Pascal, a princípio, vai criticar é o “pecado original e a corrupção das leis naturais por uma razão ela mesma corrompida”. Para além da análise da presunção de um cristão pessimista, Derrida vai afirmar que iremos encontrar, tanto em Pascal como em

Montaigne, uma “crítica da ideologia jurídica, uma dessedimentação das superestruturas do direito que ocultam e refletem, ao mesmo tempo, os interesses econômicos e políticos das forças dominantes da sociedade”. (Derrida, 2018, p. 23)

Mas, para além disso, e de forma mais profunda, a crítica aponta para a força performativa do surgimento do direito e da justiça, uma força que em seu momento fundador não é justa nem injusta.

O próprio surgimento da justiça e do direito, o momento instituidor, fundador e justificante do direito, implica força performativa, isto é, sempre uma força interpretadora e um apelo à crença [...] A justiça - no sentido do direito (right or law) - não estaria simplesmente a serviço de uma força ou de um poder social, por exemplo econômico, político, ideológico, que existiria fora dela ou antes dela, e ao qual ela deveria se submeter ou se ajustar, segundo a sua utilidade. Seu momento de fundação ou mesmo de instituição jamais é, aliás, um momento inscrito no tecido homogêneo de uma história, pois ele o rasga por uma decisão. Ora, a operação de fundar, inaugurar, justificar o direito, fazer a lei, consistiria num golpe de força, numa violência performativa e portanto interpretativa que, nela mesma, não é nem justa nem injusta, e que nenhuma justiça, nenhum direito prévio e anteriormente fundador, nenhuma fundação pré-existente, por definição, poderia nem garantir nem contradizer ou invalidar. (DERRIDA, 2018, p. 24)

O termo performativo utilizado por Derrida “diz respeito àquele tipo de enunciado que não pode ser nem verdadeiro nem falso” (ou, como no caso, justo ou injusto), característico do enunciado constativo. Portanto, quando ele diz “força performativa”, ele “está se referindo a uma força que está sendo exercida, que está acontecendo quando é pronunciada e por isso essa força é também interpretadora e um apelo à crença”. (ANDRADE, 2017)

Há um discurso limitado pelo poder performativo que a linguagem não consegue explicar, havendo um silêncio na própria estrutura do ato fundador (o “místico”). Derrida arrisca dar um sentido wittgensteiniano ao termo “místico”, significando “aquilo que não pode ser exprimido por uma linguagem lógica, o indizível”. (ANDRADE, 2017)

Nenhum discurso justificador pode, nem deve, assegurar o papel de metalinguagem com relação à performatividade da linguagem instituinte ou à sua interpretação dominante. O discurso encontra ali seu limite: nele mesmo em seu próprio poder performativo. É o que proponho aqui chamar, deslocando um pouco e generalizando a estrutura, o místico. Há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador. Murado, emparedado, porque esse silêncio não é exterior à linguagem. (DERRIDA, 2018, p. 24-25)

Isso é o que acontece com os discursos das autoridades, que os protegem com muros, discursos esses que se mostram como legítimos, mas que suas validades, no fundo, não têm fundamentação. É a forma com que protegem sua autoridade, evitando, assim, o seu questionamento, “já que não pode se sustentar essa validade mitológica com base em argumentos objetivos”. O discurso, então, é um discurso que esconde o caráter místico da autoridade (COSTA, 2007).

Portanto, há uma violência sem fundamento na origem da autoridade, na instauração da lei, pois elas somente se apoiam em si mesmas. Isso não as tornam “ilegais” ou “ilegítimas”. No momento fundador elas também não poderão ser legais, ainda que o “êxito de performativos fundadores de um direito [...] suponha condições e convenções prévias [...], o mesmo limite ‘místico’ ressurgirá na origem suposta das ditas condições, regras ou convenções de sua interpretação dominante” (DERRIDA, 2018, p. 26). Somente após, com a vinda de um direito no futuro, é que essa violência será justificada, “retroagindo até aquele gesto de fundação estabelecido em um determinado momento histórico” (NEGRIS, 2016).

As questões colocadas por Derrida podem se aproximar da problemática das leis não escritas (lei da castração e também das leis divinas das quais fala Antígona) “e da sua tensão com as leis particulares do direito, sempre insuficientes e, por isso mesmo, transformáveis (porque desconstruíveis, reinterpretáveis)”. Esta tensão também se mostrará na tragédia de Antígona, de Sófoles, ocasião na qual a proclamação do sacrifício de Antígona “funda o direito da pólis grega em detrimento das leis divinas”. (DUNLEY, 2011)

Esta tragédia – tão trabalhada por Lacan no Seminário da Ética – é a tragédia da justiça como experiência impossível, uma vez que na experiência da aporia encarnada por Antígona e Creonte, através do embate entre as Leis não escritas defendidas por Antígona e as leis da cidade sustentadas por Creonte, inaugurando o direito da polis grega, pratica-se o indecível entre duas posições. Neste indecível mora apenas o apelo infinito por justiça. E não a justiça. (DUNLEY, 2011)

Freud também pensou nas origens míticas da civilização “em sua ficção legítima que é ‘Totem e Tabu’”, em que um grupo de irmãos assassinam o pai tirânico, “violência fundadora a partir da qual são criadas as condições para a civilização”. (DUNLEY, 2011)

Para Derrida, o direito é “desconstruível” porque ele é fundado (“construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis”) ou porque o seu fundamento não é fundado. Mas o paradoxo que Derrida gostaria de discutir é que, para além da desconstrutibilidade do direito (o que torna possível a desconstrução), há também a impossibilidade da desconstrução da justiça (a justiça em si mesma, fora ou para além do direito) e da própria desconstrução (“A desconstrução é a justiça”). Formula então três proposições que definem o seu ponto de vista:

1. A desconstrutibilidade do direito (por exemplo) torna a desconstrução possível.
2. A indeseconstrutibilidade da justiça torna também a desconstrução possível, ou com ela se confunde.
3. Consequência: a desconstrução ocorre no intervalo que separa a indeseconstrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito. Ela é possível como uma experiência do impossível, ali onde, mesmo que ela não exista, se não está presente, ainda não ou nunca, existe a justiça. (DERRIDA, 2018, p. 27)

A palavra desconstrução gera certa confusão e que, por isso, afirma que, para participar desse desenvolvimento, é preciso: “não assimilar discursos, estilos, contextos discursivos muito heterogêneos e desiguais”; e citando os *Critical Legal Studies*⁷, respeitar as “especificidades contextuais, acadêmico-institucionais, discursivas, a desconfiança dos analogismos e das transposições apressadas, das homogeneizações confusas”. (DERRIDA, 2018, p. 15-16)

O autor entende que é dever dele endereçar esses problemas infinitos da desconstrução e possibilidade de justiça, infinitos não porque muito numerosos, mas porque são infinitos neles mesmos e “exigem a própria experiência da aporia que tem alguma relação com o que, há pouco, chamávamos de mística”. (DERRIDA, 2018, p. 29)

A experiência “é uma travessia”, ela encontra uma passagem e, portanto, chega ao seu destino, sendo algo possível. A aporia, por outro lado, “é um não caminho”. Por isso, “não pode haver uma experiência plena da aporia, isto é, daquilo que não dá passagem”. Nesse sentido, a justiça seria “a experiência daquilo que não podemos experimentar”. (DERRIDA, 2018, p. 30)

⁷ Derrida cita como exemplo de um mal-entendido transformar todos os estilos de *Critical Legal Studies* em “exemplos ou prolongamentos da desconstrução”. (DERRIDA, 2018, p. 16)

Como tal, a justiça é “uma experiência do impossível”, “uma vontade, um desejo, uma exigência”, algo que se não fosse essa experiência aporética (improvável e ao mesmo tempo necessária), jamais seria o que de fato ela é: um “apelo à justiça”. O direito não se confunde com a justiça, porque ele “é o elemento do cálculo”, enquanto que a “justiça é incalculável”. Uma regra jamais vai garantir “a decisão entre o justo e o injusto”.

Cada vez que as coisas acontecem o acontecem de modo adequado, cada vez que se aplicam tranquilamente uma boa regra a um caso particular, a um exemplo corretamente subsumido, segundo um juízo determinante, o direito é respeitado, mas não podemos ter certeza de que a justiça o foi. (DERRIDA, 2018, p. 30)

Afirmar que justiça não seria ela mesma, mas um “apelo à justiça”, vai contra “a tradição segundo a qual aplicar as leis é interpretado como fazer justiça”. Ela não se confunde com as leis, o direito ou o seu fundamento, nem pode servir de fundamento “da sua manutenção como mecanismo moderador das atitudes das pessoas em sociedade” (ANDRADE, 2017).

Se de um lado, “a justiça, como direito, parece sempre supor a generalidade de uma regra, de uma norma ou de um imperativo universal”, ainda que a aplicação seja, cada vez, singular, como conciliar com o “ato de justiça, que deve sempre concernir a uma singularidade, indivíduos, grupos, existências insubstituíveis, o outro ou eu como outro, numa situação única? (DERRIDA, 2018, p. 31)

Agir conforme uma regra justa, “sem espírito de justiça e sem inventar, de certa maneira, a cada vez a regra e o exemplo”, vai me livrar talvez da crítica e me fazer estar resguardado pelo direito, ou seja, eu estarei agindo conforme o direito objetivo. Mas isso não me garante que eu estaria sendo justo. Conforme Kant, eu estaria agindo “em conformidade com o dever, mas não por dever ou por respeito à lei”. (DERRIDA, 2018, p. 31)

Sendo assim, para Derrida é impossível ter a certeza de poder dizer se uma ação legal é também justa, se uma pessoa está em seu direito e também na justiça, se uma pessoa ou decisão é justa. Isso estaria “fora da figura da boa consciência e da boa mistificação”. (DERRIDA, 2018, p. 32)

A consequência da desconstrução seria, para Derrida, “desconstruir as repartições que instituem o sujeito humano [...] como medida do justo e do injusto”, conduzindo a uma

“reinterpretação de todo o aparelho de limites nos quais uma história e uma cultura puderam confinar sua criteriologia”. Isso não condiz com uma abdicação da questão da justiça ou da oposição entre o justo ou injusto. (DERRIDA, 2018, p. 36)

Mas sim com realizar a “tarefa de uma memória histórica e interpretativa”, questionar “a origem, os fundamentos e os limites de nosso aparelho conceitual, teórico ou normativo em torno da justiça”, sabendo que ela se endereça a singularidades, através de idiomas também singulares, ainda que tenha “pretensão à universalidade”. Com isso, não se reduz o interesse, mas aumenta a exigência na justiça, o que leva a denunciar seus limites teóricos e também casos concretos de injustiça. (DERRIDA, 2018, p. 37)

Nessa linha, o autor ainda vai concluir que essa responsabilidade diante da memória da justiça, a desconstrução dessa rede de conceitos conexos com a responsabilidade (“propriedade, intencionalidade, vontade, liberdade, consciência, consciência de si, sujeito, eu, pessoa, comunidade, decisão, etc.”) traz um momento de suspensão do crédito de um axioma, em que é possível acreditar para a própria justiça e o seu interesse teórico. Mas sem essa suspensão não há desconstrução possível. A responsabilidade “não deve jamais abandonar-se ao sono dogmático, e assim renegar a si mesma”. (DERRIDA, 2018, p. 38)

Com essa perda do interesse pela justiça devido a suspensão causada pela desconstrução, os pensadores que procuraram atacar a própria fundamentalidade do direito foram duramente atacados pela maioria dos juristas, que são fundamentacionistas. Kelsen, por exemplo, “ao sustentar a impossibilidade de fundamentar racionalmente o direito, recebeu oposição de todas as orientações políticas”. O autor teria operado uma desconstrução epistemológica ao “negar cientificidade às construções jurídicas existentes”, lutando “contra a apropriação da idéia de justiça pelas ideologias jurídicas, na tentativa de justificar suas próprias opções políticas em um valor objetivo”. Assim, discursos que afirmam a justiça do direito não passam de “uma legitimação acrítica da ordem coercitiva do Estado que constitui tal comunidade” (COSTA, 2007).

2.4 Decisão e Justiça

A justiça envolve a liberdade e responsabilidade de escolha, seja de um pensamento, comportamento, pensamento ou decisão. Sem liberdade, não há que se falar em

uma decisão justa. Essa liberdade ou a decisão tomada deve seguir uma lei ou uma regra, em sua autonomia “deve poder ser da ordem do calculável”. Porém, se eu aplicar uma regra ou efetuar um cálculo, o ato poderá até ser legal, conforme o direito, mas não necessariamente a decisão terá sido justa, “porque não houve, nesse caso, decisão”. (DERRIDA, 2018, p. 43)

Para que uma decisão seja justa, o juiz deve não só se apegar à lei ou ao direito pré-existente, mas deve realizar uma interpretação livre, única, como se não existisse nenhuma regra anterior. Seria como se o juiz, em seu exercício de justiça como direito, inventasse a lei e realizasse um julgamento fresco, começando do zero a cada caso. Derrida assim resume esse pensamento:

Para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em seu momento próprio, se houver um, ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio. Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir. (DERRIDA, 2018, p. 44)

Caso pudesse garantir, o juiz seria meramente uma “máquina de calcular” e, por isso, não poderia ser “puramente justo, livre e responsável”. Isso não quer dizer que o juiz poderia não se referir a nenhum direito ou regra ou não considerar “nenhuma regra como dada para além de sua interpretação” e que, por isso, ele poderia suspender sua decisão, não decidir, ou, até mesmo, improvisar, desconsiderando qualquer regra ou princípio. Com isso, temos um paradoxo e dele decorre que não poderemos afirmar que uma decisão é justa (livre e responsável) ou que alguém ou “eu sou justo”, mas que ela é legal, legítima, conforme o direito, regras e convenções que autorizaram um cálculo. Porém, a autoridade fundadora do direito que autorizou esse cálculo somente veio a postergar o problema da justiça que, no fundamento ou na instituição a enterra, dissimula ou recalca, como ocorre na fundação dos Estados-Nações ou no ato instituinte de uma constituição. (DERRIDA, 2018, p. 45)

Para que uma justiça seja feita, se exerça e se torne efetiva, deve haver uma decisão indiscutível, não somente em sua forma final, como uma sanção penal, por exemplo, mas também em seu momento inicial de conhecer, interpretar e calcular uma regra. (DERRIDA, 2018)

A indecidibilidade, frequentemente associada à desconstrução, surge não só quando há oscilação ou tensão entre “duas significações ou duas regras contraditórias e muito determinadas, mas igualmente imperativas” ou entre duas decisões, mas sim é “a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, deve entretanto [...] entregar-se à decisão impossível, levando em conta o regra”. A decisão deve enfrentar a prova do indecível para ser livre, e não apenas um processo calculável, o que faria dela legal, mas não justa. (DERRIDA, 2018, p. 46)

O que não quer dizer, por outro lado, que no momento de suspensão da decisão ela seria justa, pois “somente uma decisão é justa”: “um sujeito nunca pode decidir nada: ele é mesmo aquilo a que uma decisão só pode acontecer como um acidente periférico, que não afeta a identidade essencial e a presença substancial a si mesmo que fazem de um sujeito um sujeito” (DERRIDA, 2018, p. 47)

Mas, depois de passado a “prova da indecidibilidade”, ainda assim não poderemos dizer que a decisão é justa (presente e plenamente), porque ela já seguiu novamente uma regra. Por isso, essa prova permanece de certa forma presa na decisão, não sendo um momento superado, ultrapassado dela.

O indecível permanece preso, alojado, ao menos como um fantasma, mas um fantasma essencial em qualquer decisão, em qualquer acontecimento de decisão. Sua fantasmaticidade desconstrói do interior toda garantia de presença, toda certeza ou toda pretensa criteriologia que nos garanta a justiça de uma decisão. (DERRIDA, 2018, p. 48)

A desconstrução à suposta certeza de justiça opera a partir do fato de a ideia justiça ser: infinita, porque irreduzível e devida ao outro; invencível em “seu caráter afirmativo, e sua exigência de dom sem troca, sem circulação, sem reconhecimento, sem círculo econômico, sem cálculo e sem regra, sem razão ou sem racionalidade teórica, no sentido da dominação reguladora”. O autor então vai dizer que parece até uma certa loucura, mas a desconstrução é louca pela justiça e pelo seu desejo, justiça essa que não se confunde com o direito, mas que é “o próprio movimento da desconstrução agindo no direito”, na história do direito e na política, na história em si, antes mesmo de apresentar como um discurso acadêmico chamado de desconstrucionista. (DERRIDA, 2018, p. 49)

O autor mantém uma certa reserva com aqueles horizontes devido ao fato de que são “ao mesmo tempo a abertura e o limite da abertura, que define ou um progresso infinito, ou uma espera”. Porém, a justiça não espera ou não deve esperar. “Uma decisão justa é sempre requerida imediatamente, de pronto, o mais rápido possível. Ela não pode se permitir a informação infinita e buscar o saber sem limite das condições, das regras ou dos imperativos hipotéticos que poderiam justificá-la”. (DERRIDA, 2018, p. 51)

E mesmo que assim o fosse (tempo e informações infinitos), o momento de uma decisão justa “precisa ser sempre um momento finito de urgência e precipitação”, e não “a consequência ou o efeito” de um saber teórico ou histórico ou de uma reflexão ou deliberação. “A decisão marca sempre a interrupção da deliberação jurídico- ou ético – ou político-cognitiva que a precede, e que deve precede-la”. Derrida, citando Kierkegaard, vai dizer que “o instante da decisão é uma loucura”, pois “deve rasgar o tempo e desafiar as dialéticas”, sendo “ao mesmo tempo, superativa e sofrida, conservando algo de passivo ou de inconsciente, como se aquele que decide tivesse a liberdade de se deixar afetar por sua própria decisão e como se ela lhe viesse do outro”. É uma decisão que age num momento de “uma re-instituição da regra que, por definição, não é precedida de nenhum saber e de nenhuma garantia como tal”. (DERRIDA, 2018, p. 52)

Dessa forma, a decisão é um salto no escuro, o que não justifica nem a sua postergação para um tempo futuro, nem a instituição mitológica de critérios que retirem de nossas costas a responsabilidade da decisão. E é isso que move toda a dogmática: “livrar nossa consciência do peso que a nossa decisão impõe aos outros, e com isso conquistar sua obediência passiva”. Contra esse pensamento já se insurgiram Nietzsche, Sartre e agora Derrida, “que insiste na negação simultânea do niilismo e do dogmatismo” (COSTA, 2007).

O paradoxo é que ao mesmo tempo em que a justiça “não tem horizonte de expectativa”, ela tem um futuro, um por-vir, que não perde a abertura, a vinda do outro. “Ela abre a própria dimensão de acontecimentos irreduzivelmente porvir” e também “ao porvir a transformação, a refundição ou a refundação do direito e da política”. (DERRIDA, 2018, p. 54-55)

Todas essas dificuldades não devem servir de motivo para se abandonar a luta pela justiça, pois ela pode ser apropriada pelo mal. Apesar disso, não há garantia absoluta contra esse risco, o que só faria “saturar ou suturar a abertura do apelo à justiça”.

Esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de isentar-se das lutas jurídico-políticas, no instituição ou de um Estado, entre instituições e entre Estados. Abandonada a si mesma, a ideia incalculável e doadora da justiça está sempre mais perto mal, ou do pior, pois ela pode sempre ser reapropriada pelo mais perverso dos cálculos. (DERRIDA, 2018, p. 55)

Segundo Derrida, “a justiça manda calcular” não só no campo do direito, mas em todos os campos que influenciam e que são influenciados por ele, tais como o ético, o político, o filosófico, o econômico etc. Esse cálculo precisa ser feito “para além das zonas já identificáveis” desses campos, para além do nacional e internacional, público ou privado. A politização é interminável e cada avanço seu “obriga a reconsiderar, portanto, a reinterpretar, os próprios fundamentos do direito, tais como eles haviam sido previamente calculados ou delimitados”, como aconteceu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a abolição da escravatura e todas as outras lutas emancipadoras que já ocorreram ou que estão em curso. (DERRIDA, 2018, p. 56-57)

3. ADPF Nº 132

A ADPF nº 132-RJ foi um pedido no qual se buscou a “‘interpretação conforme à Constituição’ aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro)”, para inviabilizar qualquer interpretação que viesse a desigualar a união estável dos servidores homoafetivos com a dos heterossexuais. A legislação fluminense só previa tal possibilidade quanto a benefícios previdenciários e, por isso, quanto a esse ponto, houve perda de objeto.

A ADI nº 4.277-DF, que buscou a interpretação conforme a Constituição do Art. 1.723 do Código Civil brasileiro, foi também distribuída para o Relator, Ministro Ayres Britto, e, por entender que ela versava sobre o tema central da ADPF, resolveu converter esta em ADI e recebê-la a par com aquela. Ambas as ações atenderam aos requisitos formais (legitimidade, pertinência temática, etc.) e os pedidos foram aceitos.

Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição,

é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

No presente trabalho analisaremos unicamente o voto do relator, Ministro Ayres Brito, pois é suficiente para atender aos nossos objetivos, considerando, ainda, que os ministros votaram de forma unânime, julgando procedente as ações.

3.1 Voto

O relator começa por falar do termo “homoafetividade”, que não constava nos dicionários da língua portuguesa, apareceu na obra da jurista Maria Berenice Dias, para quem “homossexualismo” denotava uma certa doença devido ao sufixo “ismo”, e “homossexualidade” sinalizava um determinado jeito de ser, mas insuficiente para “pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais”. Aquele verbete, popularizado no meio jurídico, também passou a constar do Dicionário Aurélio. Ele se utiliza do termo “homoafetividade” em seu voto para dar conta da união erótica ou por atração física entre seres do mesmo sexo, união essencialmente afetiva e amorosa, com intenção de que perdure no tempo para a constituição de um núcleo doméstico. Cita inclusive alguns filósofos para falar de amor, tais como Platão e Sheler.

Igualdade entre homem e mulher

O termo “sexo” nas vezes em que aparece na Constituição tem o “nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher”, mas não para se prestar como fator de desigualação jurídica entre ambos. É inclusive vedado expressamente pelo texto constitucional (inciso IV do art. 3º) o tratamento “discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos”.

O relator se volta, então, para o preambulo da Constituição para falar do “bem de todos”, do “constitucionalismo fraternal”, viabilizador de “políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral”. Fala ainda da aceitação e experimentação de pluralismo sócio-político-cultural, que serve de elemento da democracia substancialista, desde que nela seja incluída a “respeitosa convivência dos contrários” de que fala John Rawls e seu “princípio da diferença”, como sendo a “superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa”.

Ao falar do conceito de preconceito contido na Constituição, o trata como sendo um conceito prévio, “um juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela”, algo perigoso para a “harmonia social e a verdade objetiva das coisas”. Essa vedação contida na Constituição nivela o sexo a outras condições (como raça, cor, origem, etc.) “que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher, ou homem”.

Utilização do sexo (sistema de órgãos)

A diferença anátomo-fisiológica entre homem e a mulher geralmente se dá a partir dos órgãos genitais e, por isso, o órgão diferenciador de ambos passou a ser também chamado de “sexo” (“O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado”). Esse aparelho sexual, coloquialmente chamado de “sexo”, é o “signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica”, indissociáveis da mesma pessoa. Funções congênitas muitas vezes relacionadas ao instinto, o ponto de partida das relações afetivas.

Com relação ao concreto uso dessas três funções, a Constituição foi silente, não dizendo nada a respeito do seu não-uso, do seu uso sozinho ou com um parceiro. Portanto, se não está juridicamente proibido, está permitido (norma geral negativa de Kelsen), entregando-se ao livre arbítrio de cada um o uso do “sexo”, em “respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas”.

Isso diz respeito a uma liberdade que nada mais é do que “um autêntico bem de personalidade”, uma “intrínseca dignidade” do ser humano, pertencente à “inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica [...] em busca de sua plenitude existencial”. Cita Nietzsche e Hegel para falar da busca por si mesmo, da busca pela identidade individual.

E conclui seu raciocínio dizendo que essas barreiras erguidas contra o uso do aparelho sexual só confundem os nossos neurônios, não sendo uma exigência dos deuses ou da natureza. Nessa linha, Carl Jung anunciou a homossexualidade como sendo “entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”.

Para o ministro, essas normas constitucionais não discriminaram as espécies (feminina e masculina), nem o concreto uso da sexualidade, nesse último caso, onde a natureza tem uma presença forte, num misto de instinto e sentimento. Isso para o Direito é irregulamentável, salvo “quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra”, como nos casos de estupro, pedofilia, incesto ou concubinato.

A preferência sexual é decorrente diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, fator de afirmação da auto-estima na busca da felicidade (cláusula pétrea). Tanto os heterossexuais quanto os homossexuais só podem se realizar e ser felizes, respectivamente, heterossexualmente e homossexualmente. O termo mais comum hoje em dia é homoafetivamente, como já dito, talvez pelo “fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade”.

Como a Constituição vedou o preconceito em razão do sexo e foi silente, de forma intencional, sobre o uso concreto da sexualidade humana, logo “tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa”, uma liberdade, ao lado das já liberdades clássicas individuais, que se concretiza sob a forma de direito à intimidade e à privacidade. Além disso, as normas definidoras desses direitos têm aplicação imediata. A liberdade sexual só não estaria aí presente caso houvesse alguma norma expressa constitucional em sentido diverso.

Família: Casais heterossexuais x casais homossexuais

Agora o ministro passa a analisar o móvel da propositura das duas ações: se a Constituição confere os mesmos direitos das uniões estáveis dos casais heterossexuais às dos casais homossexuais. Para tanto, ele invoca o capítulo que trata da “ordem social”, especialmente da família, que deve ter especial proteção do Estado. Porém, nos dispositivos constitucionais que tratam da família

permanece a invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

É na família que se encontra o principal local de “concreção dos direitos fundamentais que a própria constituição designa por ‘intimidade e vida privada’”, além constituir a moradia, asilo “inviolável do indivíduo”. E, como sendo “a mais natural das coletividades humanas”, deve “receber a mais dilatada conceituação jurídica e mais extensa rede de proteção constitucional”. É, portanto, a base da sociedade, em que seus membros buscam juntos o crescimento e estão em comunhão, compartilhando interesses e valores.

Sendo assim, é a partir da “família”, cabeça do art. 226 da Constituição, é que se devem ler os seus artigos (“institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc.”), incisos, e não o inverso. E por cumprir inúmeras funções jurídicas, tais como a promover a Educação e assegurar direitos à criança, adolescente e aos idosos, merece especial proteção do Estado. E para cumprir esse papel, a Constituição não faz distinção entre a família formalmente constituída ou não, ou entre casais homoafetivos e heteroafetivos, não atribuindo nenhum “significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica”. Dessa forma,

dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

E conclui esse ponto afirmando que o correto seria interpretar de forma não-reducionista o termo “família” na Constituição, de forma a dar isonomia entre ambos os tipos de casais, entendida a família como “núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade”.

Casamento

O relator passa a analisar o art. 226 da Constituição, que trata do casamento. Este é uma das formas, mas não a única (como ocorria na Constituição de 1967), de se constituir a família, que, por sua importância e proteção estatal, pode prosseguir mesmo com a dissolução do casamento. O casamento religioso pode ter o efeito do civil, “homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio socio-cultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos”.

Trata ainda o dispositivo de uma nova modalidade de constituição do núcleo doméstico, a “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Para o ministro, essa referência ao homem e mulher se dá em função de diversos fatores, tais como: incentivar o “casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural- religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte”; “estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia” entre ambos, uma luta da nossa Constituição contra essa inferiorização da mulher, “nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e homoafetividade”.

A diferenças entre os institutos já são feitos pela própria Constituição, como, por exemplo, “a submissão da união estável à prova dessa estabilidade” ou o divórcio exigido para a dissolução do casamento civil, mas “nenhuma referência feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo”; “não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem”, em nada perdendo os casais heteroafetivos com o ganho dos homoafetivos que, uma vez cumpridos os mesmos requisitos, teriam os mesmos direitos de constituição de uma família daqueles; família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma ‘comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes’”, “família monoparental”, condição que também não deve ser inferiorizada em face do casamento civil ou união estável, mostrando que a “Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa”.

Adoção

Finalmente, o relator afirma que a “Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227)”, não discriminando entre pessoas hetero ou homoafetivas, podendo ser somente uma pessoa adulta, solteira ou casada, ou em regime de união estável, resguardadas as medidas de defesa e proteção do adotando.

3.2 Análise do voto

Podemos perceber que o relator desconstruiu diversos conceitos que até então vinham sendo utilizados de uma maneira literal, considerando o que diz apenas a letra fria da

lei, mas que poderiam nos levar a praticar injustiças e a desconsiderar outros elementos da Constituição e do nosso ordenamento jurídico como um todo.

Primeiro trata do termo “sexo”, para mostrar que é tratado na Constituição para mostrar a diferença entre homem e mulher, mas não para desigualá-los juridicamente, vedando o tratamento discriminatório e preconceituoso entre ambos. Além disso, “sexo” também é o sistema de órgãos cumpridores da função sexual, que abrange estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. E com relação ao uso que se faz dessa função, a Constituição foi silente, fazendo parte da inviolável esfera da autonomia privada do indivíduo, verdadeira liberdade individual. Portanto, as normas constitucionais não discriminaram nem as espécies (feminina e masculina), nem o uso concreto da sexualidade.

Segundo, ao analisar o termo família, dispõe que na Constituição não há atrelamento da sua formação a casais heteroafetivos nem a qualquer tipo de formalidade, limitando-se apenas a reconhecer a família como instituição privada que mantém relação com o Estado e a sociedade civil. O seu conceito deve ser o mais amplo possível, por ser o principal local de concreção dos direitos fundamentais (intimidade, vida privada, moradia etc.), e por cumprir diversas funções jurídicas, tais como promover a Educação e assegurar direitos à criança e ao adolescente, a Constituição não distinguiu entre família formalmente constituída ou não, ou entre casais homoafetivos e heteroafetivos.

Depois, ele vai analisar o casamento, uma das formas de constituição da família, juntamente com a união estável. O ministro vai desconstruir o dispositivo que trata dessa última: “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Para o ministro, a menção ao “homem” e à “mulher” teve outras funções, principalmente a de incentivar o casamento, igualar o homem e a mulher numa relação jurídica horizontal e sem hierarquia, em nada tendo a ver com dicotomia heteroafetividade e homoafetividade. Os termos família e entidade familiar são os mesmos, sendo que a Constituição somente diferenciou o casamento da união estável no quesito do divórcio exigido para dissolução daquele e da prova de estabilidade nesta.

Por fim, ele vai falar que a Constituição, quando dispõe de adoção, não discrimina entre pessoas hetero ou homoafetivas, podendo ser somente uma pessoa adulta, solteira ou

casada, ou em regime de união estável, resguardadas as medidas de defesa e proteção do adotando.

Ao tomar essa decisão, o ministro tomou uma decisão justa, livre, única, aplicada ao caso concreto, como se não existisse regra ou codificação pré-existente, ao mesmo tempo em que não deixou de se referir a algum direito, considerar nenhuma regra ou improvisar, desconsiderando todo o direito posto. Porém, como toda decisão, não há garantia de que a justiça foi feita, pois a decisão marca um momento do cálculo, à vinculação a uma regra. Se houvesse essa garantia, os juízes seriam meramente uma máquina de calcular. A justiça é a própria desconstrução operada.

Mas a decisão precisa ser tomada, pois aqueles que necessitam de ver seus direitos garantidos, não podem esperar. A justiça não espera, ela não pode se dar ao luxo de um saber e condições infinitos. Podemos acusar tais decisões de um certo ativismo judicial, de que quem deve decidir seria a maioria parlamentar. Mas direitos de minoria, muitas das vezes, não se obtém de maiorias parlamentares. Em verdade, são os tribunais, na sua maioria conservadores, que a partir de casos concretos necessitam desconstruir o direito e dar um novo significado a conceitos que num momento histórico não responde aos anseios da sociedade, principalmente de minorias que se veem privadas de determinados direitos.

Como vimos, para Derrida a justiça manda calcular, não só no direito, mas em todos os campos que influenciam e que são influenciados por ele. E esse cálculo precisa ser feito para além das zonas já identificáveis desses campos, nos obrigando, a cada avanço da politização, a reinterpretar, os próprios fundamentos do direito, tais como eles haviam sido previamente calculados ou delimitados. Ao que parece, é isso que aconteceu no presente caso.

4. CONCLUSÃO

O debate trazido por Derrida, passados seus mais de 30 anos, nos faz muito refletir sobre o direito e a justiça. A desconstrução do direito em Força de Lei vem nos mostrar que ele é performático com base numa violência instauradora e conversadora, por uma justiça aplicável de forma individual, não calculável e que sempre destrói o próprio direito. O texto da lei (direito visível) vincula-se à aproximação de um indizível que, apesar de incerto, o ressignifica na busca pela justiça.

O Direito é força, criado por uma violência que o instaura e mantido por uma violência conservadora que garante a manutenção do seu poder e o monopólio do uso da força. Ao ser fundado, ele não é legal nem ilegal, legítimo ou ilegítimo, é um apelo à crença e que, somente num momento futuro, é que serão fornecidos modelos interpretativos que trarão legitimidade a essa violência fundadora. Dessa forma, há um mito na estrutura do ato fundador criado por uma força performativa, mito esse que as autoridades, com base num discurso positivista, querem proteger apelando para uma legitimidade que não tem fundamentação (“a lei vale porque gera dever e gera dever porque é válida”), escondendo o caráter místico da autoridade.

E é esse discurso dogmático que Derrida vem desconstruir para mostrar que a justiça não se confunde com o direito. Na verdade, a justiça é a própria desconstrução, é o momento de indecisão da deliberação jurídica em que eu não simplesmente aplico uma regra a um caso concreto por subsunção, mas é todo esse movimento de analisar o caso a caso, de forma individual, como se nenhuma regra existisse. Ainda assim não garantiremos que a justiça fora feita, pois senão os juízes seriam simplesmente uma máquina de calcular. Porém, a decisão tem que ser tomada, pois só uma decisão é justa. É um salto no escuro e um risco que devemos tomar, e deve ser para agora. A justiça não pode esperar.

E por isso, ao se analisar uma decisão de tamanha repercussão como essa do STF, vemos a importância de uma desconstrução ser feita nos conceitos que estão em nossa Constituição e nas leis, pois só assim é que evoluiremos com sociedade e buscaremos fazer justiça (ainda que sem garantia de sucesso), principalmente às minorias. Como seria possível esse movimento da justiça se simplesmente, por anos, ficarmos atrelados simplesmente à letra fria da lei, como se ela dissesse tudo e abarcasse todos os casos possíveis? Seria muito fácil tirarmos a responsabilidade de nossas costas pelas decisões tomadas, apelando para um discurso que simplesmente reproduz “soberania da Constituição”, “é literal”, sem termos em mente o mito fundador perpetrado por uma violência performática e que, até então, destruiu toda uma ordem vigente para, posteriormente, darmos a ela todo o crédito sem questionarmos, interpretarmos etc. E é esse o discurso da dogmática, o interesse dos que estão no poder.

O compromisso constante da democracia parlamentar, tão criticado por Benjamin e por outros pensadores, que denega e dissimula a violência sobre a qual nasceu, não parece ser suficiente para garantir direitos e realizar a democracia a todos. Nada mais atual do que a crítica

dos modelos midiáticos, bem mais presentes e poderosos dos presentes nos meios de comunicação de massa do início do século XX, que pré-fabricam clamores sociais e conseguem definir o posicionamento eleitoral e a criação de leis que não condizem com os reais interesses da sociedade (ou que muitas vezes são inconstitucionais e ferem direitos de minoria). E aí que entra o papel do judiciário, para trazer, ou pelo menos tentar trazer, um suplemento de justiça.

A desconstrução sofre e faz sofrer, mas é uma luta que não deve ser abandonada. Não há resposta tranquilizadora para o problema. Nas palavras de Derrida, seria tudo muito simples não fosse o direito que “pretende exercer-se em nome da justiça”, e a justiça que “exige ser instalada num direito que deve ser posto em ação”. Apesar disso, não podemos abandonar a luta pela justiça, pois corremos o risco de que ela seja sempre apropriada pelo mal ou por aqueles que, por interesse próprio, querem manter o status quo de nossa sociedade.

5. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, E. P. D. Derrida e o Direito: Uma Introdução. **Prometeus**, v. 24, n. 10, Setembro-Dezembro 2017.

BERCHT, G. Apontamentos sobre "Do Direito à Justiça" em Força de Lei, de Jacques Derrida. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 126-131, julho/dezembro 2010.

COSTA, A. A. Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei, de Jacques Derrida. **Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional**, v. 1, p. 1, 2007.

COSTA, V. S. D. Para uma distinção entre força e violência: Benjamin e Sorel. **AnaLógos**, Rio de Janeiro, v. 1, Julho 2018.

DERRIDA, J. **Força de Lei**. 3ª. ed. São Paulo: WMF - Martins Fontes, 2018.

DUNLEY, G. P. Sobre Força de Lei. **Trivium**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 7-15, 15 Dezembro 2011.

FRAGOZO, F. et al. **Heranças de Derrida (Vol. 3): Da Filosofia ao Direito**. Rio de Janeiro: Nau Editoria, v. 3, 2016.

KOZICKI, K. O problema da interpretação do direito e a justiça na perspectiva da desconstrução. **O que nos faz pensar**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 18, p. 145-164, Setembro 2004.

KOZICKI, K.; LORENZETTO, B. M.; GIAMBERARDINO, P. R. POLÍTICA E DIREITO: UMA REFLEXÃO SOBRE A TEORIA DA Violência e da Justiça. **Academia.edu**. Disponível em: <https://www.academia.edu/4003863/Pol%C3%ADtica_e_Direito_uma_reflex%C3%A3o_sobre_a_teor%C3%ADa_da_viol%C3%Aancia_e_da_justi%C3%A7a>. Acesso em: 30 Novembro 2020.

NEGRIS, A. Violência sem fundamento: a origem da autoridade segundo Jacques Derrida. **AnaLógos**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 151-161, 2016.