

PÓS-ESTRUTURALISMO E TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: OS DESAFIOS METÓDICOS DO PENSAMENTO DESCONSTRUTIVISTA NA PERSPECTIVA DE BALKIN

POST STRUCTURALISM AND DECISION THEORY: METHODOICAL CHALLENGES OF DECONSTRUCTION THINKING IN BALKIN PERSPECTIVE

Emanuel José Lopes Pepino^I 
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer^{II} 

^IFaculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil. Doutorando em Direito. E-mail: e_pepino@hotmail.com

^{II}Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil. Doutora em Bioética. E-mail: ppgd@fdv.br

Resumo: O trabalho objetiva discutir a proposta de desconstrução transcendental elaborada por Jack Balkin como uma teoria da decisão judicial. Para tanto, analisa a forma de pensar desconstrutivista criada por Derrida com os aportes teóricos feitos por Balkin. Exemplifica como o desconstrutivismo pode ser usado no Direito. Finalmente, analisa os pressupostos da desconstrução transcendental, comparando-os com o direito como integridade usando como exemplo privilegiado a discussão da idade mínima para votar. Concluindo pela ineficácia da teoria de Balkin como uma teoria da decisão judicial.

Palavras-chave: Desconstrutivismo. Pos estruturalismo. Teoria da decisão judicial. Dworkin. Balkin.

Abstract: The main objective of this article is to discuss the proposal of transcendental deconstruction, as propose by Jack Balkin, in the realization of the law. It analyzes Derrida's deconstruction with the theoretical contribution of Balkin. Give some exemples of how deconstruction thinking and Law can interact. Finally, it compares the transcendental deconstruction assumptions with Dworkin's law as integrity as is analyzes a minimal voting age case to conclude that Balkin's contribution to law are great, but cannot be used as a theory of judicial decision.

Keywords: Deconstruction. Post structuralism. Theory of judicial decision. Dworkin. Balkin.



DOI: /10.20912/rdc.v15i35.3350

Autores convidados



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

1 Introdução

Os movimentos pós-estruturalistas ganham espaço nas discussões jurídicas da atualidade, particularmente quando se discutem os movimentos feministas e nas discussões correlacionadas com a influência da ideologia no Direito. Nessa linha, a intenção deste trabalho é, considerando a necessidade de legitimação e controle da decisão judicial, questionar se a perspectiva pós-estruturalista desconstrutivista, proposta por Derrida e ampliada por Balkin, pode constituir-se como abordagem metódica no estabelecimento de uma teoria da decisão judicial.

Em primeiro lugar busca compreender o que é a desconstrução proposta por Derrida, com os aportes teóricos feitos por Balkin ao trazer a questão para o Direito, tratando de alguns conceitos básicos para a compreensão do tema, como a desconstrução, a alteridade e a inversão de hierarquias. Nessa explicação, aproveitando premissas do movimento Direito e Cinema, utiliza uma cena do filme “Obrigado por Fumar” como um exemplo privilegiado de um discurso desconstrutivista.

Em um segundo momento, trata de algumas possibilidades de utilização do pensamento desconstrutivista na análise jurídica, em particular a possibilidade de usar a desconstrução para apontar contradições dentro de decisões judiciais ou posicionamentos doutrinários.

Por último, a terceira parte do trabalho analisa a proposta da desconstrução transcendental, elaborada por Balkin, enquanto uma proposta de teoria da decisão judicial, fazendo uma comparação entre a teoria do direito como integridade de Dworkin e a teoria de Balkin para verificar se os elementos essenciais de uma teoria da decisão podem ser encontrados na desconstrução transcendental. Nesse caminho, faz uso da série de televisão Boston Legal, mais uma vez sob inspiração retirada do movimento de Direito e Cultura, particularmente do Direito e Televisão, onde se discute a questão da idade mínima para votar para

se concluir a ineficácia da teoria desconstrutivista como uma teoria da decisão judicial.

2 Pós-estruturalismo e desconstrução: Derrida e Balkin

O que justifica colocar uma caveira com ossos cruzados em um maço de cigarros? No filme “Obrigado por Fumar”, em sua parte final, ocorre uma audiência pública no Senado Americano para discutir a questão, apresentando a seguinte explicação: o cigarro é um veneno, cujo consumo sempre causa mal. Nesse contexto, se vincula o produto – cigarro – a um veneno, o que justifica que o símbolo da caveira e ossos (associado a veneno) seja colocado, para associar o cigarro a outros produtos venenosos – ou seja, cujo consumo é igual e inevitavelmente danoso. Há inclusive um questionamento sobre a necessidade de usar a caveira e ossos e não meramente transcrever os riscos correlacionados com o cigarro, onde um dos entrevistados justifica que parte da população americana não fala inglês, mas a caveira e ossos funciona como um símbolo universal para veneno.

Esse é um bom exemplo de uma das características essenciais da linguagem segundo Ferdinand de Saussure, para o qual: “Entre todos os indivíduos, assim unidos pela linguagem, estabelecer-se-á uma espécie de meio-termo. Todos reproduzirão – não exatamente, sem dúvida, mas aproximadamente – os mesmos signos unidos aos mesmos conceitos”¹.

Conforme Saussure, a língua funciona com um conjunto de significados socialmente compartilhados, mas que se correlacionam de maneira independente da vontade individual dos membros dessa comunidade. No exemplo, ver a caveira e ossos faz pensar em veneno que, por sua vez, se liga diretamente com o consumo danoso para a vida humana.

A relação entre os termos presentes funciona de maneira semelhante a uma estrutura, onde a língua é um sistema em que cada

1 SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística geral*. Trad.: Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 3 ed. São Paulo, Editora Cultrix, 1999, p. 21.

um de seus elementos é definido pelas relações (de equivalência ou oposição) que possuem entre si.

Essa estrutura tem suas características destacadas da seguinte maneira:

[...] Contudo, até ao acontecimento que eu gostaria de apreender, a estrutura, ou melhor a estruturalidade da estrutura, embora tenha sempre estado em ação, sempre se viu neutralizada, reduzida: por um gesto que consistia em dar-lhe um centro, em relacioná-la a um ponto de presença, a uma origem fixa. Esse centro tinha como função não apenas orientar e equilibrar, organizar a estrutura - não podemos efetivamente pensar uma estrutura inorganizada - mas sobretudo levar o princípio de organização da estrutura a limitar o que poderíamos denominar jogo da estrutura. É certo que o centro de uma estrutura, orientando e organizando a coerência do sistema, permite o jogo dos elementos no interior da forma total. E ainda hoje uma estrutura privada de centro representa o próprio impensável².

Essa é a base de uma corrente de pensamento que ficou conhecida como estruturalista: a defesa que o pensamento individual foi organizado por estruturas linguísticas que retiram a ênfase da autonomia do sujeito em determinar o significado cultural de um símbolo.

Para o estruturalismo, o conhecimento deve ser tratado um sistema estrutural com leis internas – estáticas ou dinâmicas – e a função da ciência é revelar essas leis, mais do que uma visão mecânica dos processos se discute sobre suas funções³. A importância da compreensão enquanto sistema, e não enquanto uma coleção de elementos e suas propriedades, é que as leis internas desse sistema o preservam e enriquecem, sem a necessidade de elementos externos ao sistema⁴.

Dentro do estudo da linguagem, o estruturalismo passa do estudo de fenômenos linguísticos conscientes para o estudo da infraestrutura

2 DERRIDA, Jacques. A estrutura, o signo e o jogo no discurso das ciências humanas. *A escritura e a diferença*. v. 2, p. 229-249, 1971, p. 230.

3 PETERS, Michael. *Pós-estruturalismo e filosofia da diferença*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 22.

4 *Ibid.*, p. 24 e 25.

inconsciente, analisando os termos linguísticos por meio das relações estabelecidas entre eles, não mais de seus significados isolados.

Feita essa breve explicação sobre o estruturalismo, retorna-se ao final do filme “Obrigado por Fumar”, ao momento em que Nick Naylor, ex-vice-presidente da Academia Americana para os Estudos do Tabaco e personagem principal do filme, foi convidado a se apresentar na audiência pública do Senado e em seu depoimento encontra-se a seguinte passagem:

Senador Lothridge: Senhor Naylor não está aqui para testemunhar sobre os estudos da Academia Americana para os Estudos do Tabaco. Estamos aqui para discutir a possibilidade de colocar um aviso sobre os riscos do cigarro. Agora, senhor Naylor, sou obrigado a perguntar, por formalidade, você acredita que fumar cigarros, com o tempo, pode causar câncer do pulmão e outras doenças respiratórias como a enfisema

Nick Naylor: Sim. De fato, acho que você teria dificuldade em encontrar alguém que realmente acredita que os cigarros não são potencialmente perigosos. Quer dizer – levatem as mãos – quem aqui dentro acredita que os cigarros não são perigosos?

Senador Dupree: Senhor Naylor, não há necessidade de teatro

Nick Naylor: Desculpe. É que simplesmente não vejo razão para colocar um símbolo de aviso sobre o que as pessoas já sabem.

Senador Dupree: O símbolo é um lembrete, um lembrete dos perigos de fumar cigarro.

Nick Naylor: Bem, se vamos lembrar as pessoas do perigo, porque não colocar a caveira e ossos em todos os aviões da Boeing, Senador Lothridge. E em todos os Fords, Senador Dupree.

Senador Ortolan Finistirre: Isso é ridículo. O número de mortes por acidentes de aviões e automóveis é ínfimo se comparado com os números do cigarro. Essa comparação nem sequer é possível.

Nick Naylor: Ah, isso vindo de um Senador que chama Vermont de lar.

Senador Ortolan Finistirre: Não consegui acompanhá-lo, senhor Naylor.

Nick Naylor: Bem, já foi demonstrado que o assassino número um da América é o colesterol. E aqui temos o senador Finistierre, cujo estado está, sinto pesar em dizer, entupindo as artérias da nação com o queijo cheddar de Vermont. Se queremos falar de números, que tal os milhões de pessoas morrendo de ataques do coração? Talvez o cheddar de Vermont devesse vir com a caveira e ossos (tradução livre)⁵.

O diálogo serve para destacar como, sutilmente, ocorreu uma mudança clara no significado da caveira e ossos enquanto símbolo: saiu-se da ligação com o veneno e o problema de o consumo fazer mal para a vida humana, passou-se à correlação com o risco no consumo. Não se discute mais a morte certa (como no consumo de veneno), mas a possibilidade e o risco de morte (que também ocorre na viagem de carro, de avião ou com o consumo de queijo). A justificativa para a caveira e ossos deixou de ser o dano inevitável relacionado com o consumo do produto, mas sim o risco de morte pela utilização – risco esse que se correlaciona com o número de mortes do país. Essa mudança de compreensão é fundamental para o cigarro deixar de ser o principal produto que merece receber a caveira e ossos.

É interessante dissecar a atividade realizada por Nick no diálogo. Ele reconhece que há uma correlação entre a caveira e ossos e o veneno e, por consequência, que o significado da caveira e ossos está ligado ao significado de veneno, mas que, apesar dessa correlação existir, não se trata de uma identidade exata. Ao visualizar essa correlação, ele reparou que o veneno é o elemento que mais se destaca na relação, mas não é o único, e que essa tensão pode ser pensada de maneira diferente da ponderada em um primeiro momento.

Em outras palavras, o que Nick percebeu foi que: “[...] em uma oposição filosófica clássica, nós não estamos lidando com uma coexistência pacífica de um face a face, mas com uma hierarquia

5 THANK YOU FOR SMOKING. Escrito por: Christopher Buckley e Jason Reitman. Dirigido por: Jason Reitman. Produção: David O. Sacks e Edward R. Pressman. 2006, 1 DVD video, stereo, color, full frame.

violenta. Um dos dois termos comanda (axiologicamente, logicamente etc.), ocupa o lugar mais alto”⁶.

Essa é a “metafísica da presença”, ou seja, que as ideias podem ser entendidas através da dicotomia “presente” e “ausente” e que os filósofos ocidentais partem da premissa oculta de que aquilo que é mais “presente” para a nossa consciência – o que é mais simples, básico ou imediato – é mais real, verdadeiro, fundamental ou importante⁷.

Com isso Nick passa a ignorar a correlação hierárquica tradicional entre os termos e resolve reordenar essa hierarquia. Verdadeiramente invertê-la. Que fique claro, ele não passa a tratar como se a “caveira e ossos” e o “veneno” não se relacionassem, apenas reconhece que os termos da oposição de ideias são diferentes uns dos outros – diferença que os determina; que os termos dependem um do outro para ter sentido; e que não há uma relação hierárquica entre os termos. A forma de relacionar os símbolos não hierarquizados, Derrida chama de *différance*.

Além do termo *différance*, é preciso explicar também o sentido de *trace*. Como dito no parágrafo anterior, “caveira e ossos” e “veneno” possuem uma relação de *différance* entre si. Essa relação também pode ser explicada com a ideia de que “caveira e ossos” possui *trace* de “veneno”; da mesma forma que “veneno” possui *trace* de “caveira e ossos”.

O conjunto de termos em oposição que possui uma relação estabelecida de semelhanças e diferenças – *différance* e *trace* – recebe o nome de *nested opposition*⁸. É importante destacar que é essa correlação de *nested opposition* entre dois termos que autoriza uma ampliação do conjunto possível de significados, mas também que limita esse conjunto.

6 DERRIDA, Jacques. *Mal de Arquivo: uma impressão freudiana*. Trad. Claudia de Moraes Rego. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 48.

7 BALKIN, Jack M. Deconstructive Practice and Legal Theory. *Yale Law Journal*, v. 96, p. 743-786, 1987, p. 747 e 748.

8 BALKIN, Jack M. Nested Oppositions. *Yale Law Journal*, v. 99, p. 1669-1705, 1990, p. 1676.

No exemplo do filme, o signo “caveira e ossos” é claramente diferente do signo “veneno”, mas eles possuem *trace* que liga a ambos: o risco à vida patente pelo consumo de cigarros. Uma vez estabelecida e reconhecida essa relação, o que se faz é ampliar a quantidade de significados possíveis para os signos, como Nick faz para justificar que o cheddar deveria receber o signo no lugar do cigarro. Apesar dessa amplitude que é autorizada pela *nested oposition*, não se pode afirmar que a “caveira e ossos” enquanto signo pode significar boa saúde, ou riqueza. Ao mesmo tempo que amplia o conjunto de significado, essa relação também limita esses resultados. Esse conjunto de ponderações serve para afirmar que a fala de Nick Naylor, em “Obrigado por Fumar”, é um exemplo primordial de utilização do pensamento desconstrutivista.

O termo desconstrução foi cunhado por Jacques Derrida e serve como um exemplo do pensamento pós-estruturalista, que é uma crítica ao estruturalismo a partir de seu interior, apontando inconsistências fundamentais que os estruturalistas ignoram⁹. Nesse aspecto, o reconhecimento da relação entre ternos que possibilita a inversão de hierarquias que acaba de se verificar torna a desconstrução um dos principais modelos pós-estruturalistas. Derrida foi um filólogo franco-magrebino, deu aulas em Harvard, Yale, e na Universidade de Paris, que com suas obras influenciou várias áreas das ciências humanas, como Direito, Antropologia, História, Sociologia, Teoria Política e estudos de gênero.

Um elemento essencial para a compreensão do pensamento desconstrutivista é a alteridade, uma característica essencial de todo signo. Derrida explica que “[...] Um signo que só ocorre “uma vez” não seria um signo. Um signo puramente idiomático não seria um signo. Um significante (em geral) deve ser reconhecível em sua forma, apesar e através da diversidade dos caracteres empíricos que podem modificá-

9 PETERS, Michael. *Pós-estruturalismo e filosofia da diferença*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 28 e 29.

lo”¹⁰. É a alteridade que permite estabelecer a relação em *nested opposition* e a subsequente inversão de hierarquia, que é o exercício de desconstrução mais essencial.

Pode-se pensar que os números são uma exceção à alteridade dos signos, uma vez que as quantidades representadas pelos números são sempre constantes. É verdade que as quantidades numéricas variam muito pouco, mas os números podem significar outras coisas que não meras quantidades numéricas. Usando os números 13, 24 e 42 como exemplo de números que significam mais do que quantidades numéricas, o número 13 é ligado à má sorte, bruxarias e artes obscuras por todo mundo; no Brasil, o número 24 é facilmente ligado à homossexualidade; na coleção de livros *The Hitchhiker's Guide to the Galaxy* o número 42 é a resposta para a pergunta fundamental sobre a vida, o universo e tudo mais. Aliás, explorando ainda mais as excentricidades do *The Hitchhiker's Guide to the Galaxy*, tem-se uma trilogia composta por seis livros – onde o próprio valor número da trilogia é questionado.

A importância da alteridade enquanto marca de um signo é explorada por Derrida na própria escolha dos termos para organizar sua teoria: inicialmente ele se apropriou do termo *différence* devido ao significado específico (que envolve tanto diferir, quanto deferir) e substituiu uma de suas letras para criar o termo *différance*, uma vez que em francês ambas as palavras possuem a mesma pronúncia, o que permite sua distinção apenas na forma escrita¹¹.

Por sua vez, Jack Balkin, outro autor fundamental para este trabalho, professor de Direito Constitucional na Universidade de Yale, é um dos membros fundadores da corrente de pensamento norte americano conhecida como *Critical Legal Studies* (CLS), primeiro movimento declaradamente de esquerda a usar a teoria crítica para pensar o Direito

10 DERRIDA, Jacques. *A voz e o fenômeno*: introdução ao problema do signo na fenomenologia de Husserl. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 59.

11 DERRIDA, Jacques. *Margens da filosofia*. Tradução: Joaquim Torres Costa, António M. Magalhães. Campinas: Papirus, 1991, p. 34 a 36.

nos Estados Unidos da América. O CLS possui outros nomes de peso, com autores como Roberto Mangabera Unger, professor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro e da Harvard Law School, e Alan Hunt, professor da Carleton University.

O CLS é um movimento difícil de ser definido por seus diversos ramos de atuação, entretanto um ponto comum ao movimento é a crítica feita à tradição americana de estudar o direito limitando a compreensão do Direito, Estado e Sociedade à compreensão burguesa que remonta diretamente a Hobbes e Locke, uma indicação da pluralidade temática do movimento é justamente a presença de Roberto Unger entre seus teóricos, uma vez que as críticas que o autor brasileiro faz ao liberalismo é mais influente do que sua proposta de formação de um superliberalismo de alcance global¹².

Balkin tem como base de sua análise o pensamento desconstrutivista iniciado por Derrida, porém, há uma divergência entre os dois autores que precisa ser esclarecida: Derrida não reconhece a desconstrução como uma posição filosófica, mas sim como uma prática. Balkin, por outro lado, entende que para a desconstrução ser utilizada no Direito, seus pressupostos apresentados sobre linguagem, pensamento e o mundo devem ser encarados como um método de estudos¹³. Derrida rejeita a compreensão da desconstrução como método justamente porque essa forma de pensar subordina a desconstrução a uma estrutura logocêntrica¹⁴. Balkin, contudo, entende o desconstrutivismo não apenas como um método de estudo do Direito, mas também como uma teoria legitimadora da decisão judicial, o que será abordado no ponto 3 deste trabalho.

12 HUNT, Alan. The theory of critical legal studies. *Oxford J. Legal Stud.*, v. 6, p. 1-45, 1986, p. 4 et seq.

13 BALKIN, Jack M. Deconstructive Practice and Legal Theory. *Yale Law Journal*, v. 96, p. 743-786, 1987, p. 746.

14 SCHLAG, Pierre. A brief survey of deconstruction. *Cardozo L. Rev.*, v. 27, p. 741-752, 2005, p. 747.

3 Possíveis comunicações entre o desconstrutivismo e o direito: o revelar de contradições e o movimento feminista

O CLS desempenhou um papel de fundamental importância ao introduzir o pensamento desconstrutivista no Direito, uma vez que muitos dos autores pertencentes ao CLS propositalmente se debruçaram sobre o espaço retórico da análise doutrinal, destacando conceitos doutrinários, revelando termos suprimidos no discurso legal, ressignificando a correlação entre termos e apresentando incoerências teóricas¹⁵.

Nesse contexto, uma preocupação comum ao CLS enquanto movimento é a correlação entre legitimidade, dominação, hegemonia e consciência, usualmente correlacionando o Direito com outras vertentes do conhecimento (como a Sociologia, a Literatura e a Psicologia), muitas vezes fazendo uma análise marxista da legitimidade (que possui uma influência maior do que a análise econômica marxista)¹⁶. A desconstrução apresenta um papel predominante nesse tipo de análise, demonstrando as ideologias ocultas na formação de normas jurídicas¹⁷.

Foi exatamente essa a desconstrução feita por Nick Naylor e destacada no ponto anterior deste texto: ao trabalhar a relação entre a “caveira e ossos” e “veneno”, Nick demonstra que a intenção da Comissão do Senado Americano é mais ganhar apoio político a nível pessoal do que efetivamente lembrar/informar ao público americano do risco correlacionado com o consumo de determinados produtos.

Um exemplo de análise desconstrutivista que pode ser feita na ordem jurídica brasileira se encontra na justificativa para o ativismo judicial. Uma justificativa padrão para legitimar uma posição ativista do

15 Ibid., p. 744.

16 HUNT, Alan. The theory of critical legal studies. *Oxford J. Legal Stud.*, v. 6, p. 1-45, 1986, p. 8 a 10.

17 BALKIN, Jack M. Deconstruction. In: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Dennis Patterson (ed.). 2. ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 1996, p. 361 e 362.

Judiciário é a necessidade da concessão de maiores poderes de atuação que permitam a efetivação dos direitos fundamentais¹⁸.

Entretanto, ao decidir que dentro do ordenamento jurídico brasileiro os tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos ratificados antes da EC 45/2004¹⁹ possuem status supralegal e não de norma constitucional²⁰, o STF apresentou um posicionamento que “[...] acaba por obnubilizar as possibilidades de resistência dos direitos humanos frente ao arrasador processo de globalização neoliberal [...]”²¹.

A postura conservadora do STF é contrária à efetivação dos direitos humanos. Não é possível identificar uma postura contrária à efetivação dos direitos humanos no Judiciário brasileiro e ao mesmo tempo afirmar que o ativismo se faz necessário para esse mesmo Judiciário efetivar direitos humanos. Há uma contradição patente nessa argumentação, que o raciocínio desconstrutivista permite ressaltar.

Por outro lado, feita esta desconstrução é possível estabelecer uma nova relação entre as informações apresentadas: é plenamente possível justificar que as poucas decisões ativistas assumidas pelo STF que efetivamente ampliam a proteção de direitos fundamentais servem apenas para conceder algumas vitórias menores para indivíduos, sem alterar o *status quo* de dominação política e econômica da sociedade.

Não por acaso, a perspectiva tradicional do CLS quanto à atuação do Judiciário é que a garantia de direitos fundamentais não é um mecanismo emancipador, apenas outra forma de manutenção do *status quo*²².

18 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41.

19 Foi a EC 45 que, entre outras alterações, incluiu os §§3º e 4º no art. 5º da CRFB/88, pondo fim à dúvida de qual é o status dos tratados internacionais no Brasil.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 87.858/TO*. Relator: Min. Marco Aurélio. Pleno. Brasília, 03.12.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 13 dez. 2019.

21 MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e Garantias Constitucionais e tratados internacional de direitos humanos*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 165.

22 SPANN, Girardeau A. *A Critical Legal Studies Perspective on Contract Law and*

Quando percebido em sua vertente ética, o desconstrutivismo se torna um poderoso caminho para a transformação jurídica radical, calcada na superação de privilégios presentes e apresentando um horizonte políticos de possibilidades utópicas que visa encontrar a justiça como elemento central do ordenamento jurídico²³.

Um exemplo da transformação calcada na justiça que pode ser alcançada através da desconstrução ganha destaque nas reivindicações do movimento feminista, especificamente das leituras feministas que usam Judith Butler como base teórica. A autora americana rejeita a premissa de que possa ser encontrada uma versão única do feminismo, uma vez que essa visão única está limitada pelo discurso que o justifica, excluindo outras formas de representação de mulheres²⁴.

Nessa linha, a autora faz uma análise da *nested opposition sexo/gênero* para reconhecer que tanto gênero quanto sexo são representações culturais, onde mais do que mera formulação jurídica, o gênero é compreendido como toda a construção cultural que estabelece a própria compreensão de sexo.

A afirmação de um “sexo natural” já é uma construção pré-discursiva que estabelece e vincula a discussão²⁵. Butler reconhece que há uma conversão de estratégias de atuação entre movimentos feministas e antifeministas que sempre tratam da relação entre sexo/gênero como uma correlação de dependência necessária, uma vez que se oferece um conjunto de termos diferenciados que permite repensar essa relação²⁶.

O problema dessa percepção é que tanto os participantes da sociedade cujo gênero não segue o sexo quanto os participantes cujas

Practice. *Ann. Surv. Am. L.*, p. 223-257, 1988, p. 229 et seq.

23 CORNELL, Drucilla. *The philosophy of the limit*. Nova York: Routledge, 1992, p. 156.

24 BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the subversion of identity*. Nova York: Routledge, 1990, p. 3 et seq.

25 *Ibid.*, p. 6 e 7.

26 *Ibid.*, p. 13.

práticas de desejo não seguem a lógica de sexo/gênero acabam por ter seus direitos reduzidos, simplesmente por não se comportarem da maneira preestabelecida por uma conformidade cultural²⁷, logo a repetição da relação sexo/gênero reforça a percepção heterossexual, culturalmente dominante, que estabelece a essência de mulher correlacionando-a com os aspectos físicos de seus corpos que agradam aos homens, retirando a liberdade e autonomia das mulheres²⁸.

Toda a análise proposta e realizada por Butler tem um caráter desconstrutivista que serve para denunciar a formação de uma identidade de um gênero verdade estável.

Entretanto, como indica o título deste trabalho, o ponto central deste estudo é a proposta desconstrutivista na perspectiva de Balkin, especificamente enquanto uma teoria da decisão, o que será analisado a seguir.

4 Desconstrução niilista e transcendental: desafios para a construção de uma teoria da decisão judicial pós-estruturalista

Conforme apresentado na introdução, este trabalho possui inspiração no movimento Direito e Literatura, especialmente em trabalhos de Direito na Literatura que objetivam aproximar a pesquisa às formas narrativas que são mais próximas das conhecidas pelos estudantes, para facilitar o ensino jurídico ou a discussão de temas complexos²⁹ - exatamente como realizado na primeira parte do trabalho em que utilizamos o depoimento presente no filme Obrigado por Fumar para exemplificar o processo de desconstrução. Com inspiração em Michael Asimow e Shannon Mader, utilizar-se-á uma série de

27 BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the subversion of identity*. Nova York: Routledge, 1990, p. 17.

28 Ibid., p. 19 *et seq.*

29 FRIEDRICH, David O. Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin. *Journal of Legal Education*, Durham, v. 40, mar. 1990, Disponível em: <https://search.proquest.com/docview/1290644207/fulltextPDF/ED05914AD34B4EFDQPQ/1?accountid=39703> . Acesso: 13 dez. 2019, p. 11.

televisão para comparar a utilização da teoria desconstrutivista de Balkin com o Direito como Integridade de Dworkin, uma vez que “(...) espectadores são convidados a tirarem conclusões sobre se a lei que eles experimentaram no filme ou na televisão ajuda ou atrapalha na busca por justiça” (tradução livre)³⁰.

Em última instância, o que reconhece aqui é a possibilidade do processo de conhecimento começar com o deparar do desconhecido, onde o ser humano usa seus conhecimentos acumulados para compreender o desconhecido e ampliar seus conhecimentos³¹ – o desconhecido passa a ser conhecido. A utilização de uma série de televisão ou de um filme no presente trabalho, apenas reconhece que o desconhecido que inicia o processo de conhecimento pode vir da Cultura Popular.

No episódio *Guardians and Gatekeepers* da série de televisão Boston Legal, se apresenta a seguinte situação: Marlena Schmidt, de 17 anos, votou com um documento falso nas primárias americanas, burlando a proibição de eleitores menores de 18 anos. O Ministério Público quer tornar esse caso um exemplo pois a garota, além de votar, postou na internet um tutorial para ensinar aos jovens como falsificar documentos que permitam burlar a fiscalização e autorizem a votação, potencialmente criando uma fraude eleitoral em massa. O depoimento da acusada prossegue da seguinte maneira:

Advogado de Defesa: Você não pode negar que quebrou a lei aqui.

Marlena Schmidt (MS): Desobediência civil, pura e simplesmente. Foi o que começou esse país e poderiam olhar para mim como uma heroína.

30 ASIMOW, Michael. MADER, Shannon. *Law and Popular Culture A Course Book*. 2. ed. New York: Peter Lang Publishing, 2013, p. 7.

31 BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. Ensino Jurídico e Aprendizagem significativa: uma tentativa de compreensão da Tragédia, do Direito e da Justiça a partir de uma abordagem fenomenológica. In: MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de (Org.). *Estratégias Pedagógicas Inovadoras no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 2, p. 55-84, p. 59.

Juiz de Direito: Ou poderiam olhar para você como alguém que cometeu um crime, punível com até cinco anos de prisão.

MS: Então eu não posso votar, mas para o propósito de me prender de repente eu sou uma adulta, como isso é conveniente! Como pode ser justo que eu seja excluída do processo democrático quando não se faz essa exclusão para viciados em drogas, pessoas com deficiência mental ou cidadãos mais velhos que acidentalmente votaram em Buchanan?

Promotor de Justiça (PJ): Você acha que entende a complexidade da imigração? Da recessão econômica? Do equilíbrio de poder no Oriente Médio?

MS: Eu acho que entendo um pouco. Você acha que a maioria dos eleitores americanos entende? Você não está cansado de pessoas que não votam em um candidato porque não acham que podem tomar uma cerveja com ele ou porque ele joga boliche mal ou porque suas calças não lhe caem bem? Eu sou muito mais informada do que...

PJ (interrompendo MS): Talvez você seja uma exceção. A maioria dos adolescentes de 17 anos de idade são...

MS (interrompendo o PJ): São o que? Como você termina essa sentença sem usar alguma pérola de preconceito por idade? Eu sou velha o bastante para ser mãe ou para realizar um aborto e essa é uma decisão bem mais complicada e difícil do que marcar uma célula eleitoral baseado somente em se há um D ou um R ao lado do nome de um candidato, que é o que a maioria das pessoas faz. Quer dizer, você quer me dar um teste? Me fazer ter aulas? Me fazer ganhar meu direito para votar? Tudo bem, eu faço! Mas não diga apenas “não pode porque você tem 17 anos”. Joana D’Arc liderou um exército aos 17 anos de idade e eu sou mais bonita, bem mais bonita, que ela (tradução livre)³².

A acusação fez alegações finais ressaltando a necessidade de punição da jovem, em particular destacando que a lei se justifica pela impulsividade juvenil, uma vez o próprio ato de Marlena destaca essa impulsividade já que ela não pode esperar apenas mais um ano para votar. A defesa fez eco das palavras da jovem, afirmando que o fundamento da

32 BOSTON LEGAL. Escrito por: Corinne Brinkerhoff, Sanford Golden, Karen Wycarver e David E. Kelley Produção: 20th Century Fox Television e David E. Kelley Productions. 5ª temporada, episódio 02, 2008, 6 DVD video, stereo, color, full frame.

lei não se justifica perante uma juventude com o acesso à informação como a atual possui. Cabe ao juiz resolver a questão. Como resolvê-la? Como resolver este caso está diretamente correlacionado com a teoria da decisão a ser utilizada.

4.1 O Direito como integridade de Dworkin

Na solução do caso, seguindo a teoria do direito como integridade de Dworkin, primeiro é **preciso** considerar quais são os argumentos de princípio que envolvem a questão. Para Dworkin toda a decisão judicial precisa ser amparada por princípios³³, padrões de comportamento que devem ser observados por representarem alguma dimensão da moralidade, da justiça ou da equidade, sem ser relevante o impacto econômico, político ou social de sua realização, ao contrário de políticas, que são padrões a serem observados para alcançar uma melhoria na área econômica, política ou social de uma comunidade³⁴.

Reconhecer que o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, permite a Dworkin defender que compete ao juiz “[...] descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente [...]”³⁵ e afastar a discricionariedade judicial em sentido forte, superando o modelo positivista tradicional defendido por Hart, que é o maior representante da compreensão tradicional do positivo, um dos principais alvos de crítica de Dworkin³⁶. Essencialmente, a função de uma teoria da decisão judicial é “(...) estipular limites para a atuação do Judiciário, sob o risco de se viver em uma ditadura do Judiciário, que

33 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 419-424.

34 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

35 *Ibid.*, p. 127.

36 MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônica Clarissa Henning. A discricionariedade judicial e a definitividade da decisão judicial: a teoria de Hart e as críticas apontadas por Dworkin. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 4, jan./abr. 2019, p. 49-69. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1349>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v20i1.1349>, p. 50.

acaba tomando decisões centrais para o governo do país sem possuir uma legitimidade democrática para tanto”³⁷.

Para Dworkin não basta reconhecer que argumentos de princípios devem prevalecer em todas as decisões judiciais, também é necessário que a integridade seja percebida como uma das grandes virtudes que permeiam a construção de uma sociedade política, ao lado da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo.

Ao materializar a integridade na decisão judicial, nasce a garantia dos litigantes “[...] de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos [...]”³⁸. Para que tal proposição se compreenda, o juiz deve atuar como o escritor de um romance em cadeia ao reconhecer que tem a obrigação de criar em conjunto um romance único da melhor qualidade possível³⁹.

Feita essa breve explanação do direito como integridade, volta-se à análise do caso: uma menor de idade falsifica um documento para poder votar e coloca na internet um vídeo ensinando outros menores a fazer o mesmo. Duas questões emergem: 1) a menor tem direito ao voto?; 2) pressupondo que não pode votar, a menor deve ser punida pelo que fez?

Na perspectiva de Dworkin, para responder a essas questões é fundamental compreender se há algum princípio que é importante para a decisão. Claramente há: o pressuposto democrático é fundamental na questão. O direito de participação democrática é um princípio essencial para a compreensão do direito como integridade.

37 PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O Casamento Homoafetivo no Brasil: as visões Procedimentalista e Substancialista. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)*, v. 23, p. 1155-1190, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13770>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n3.p1155-1190>, p. 1157.

38 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 263.

39 *Ibid.*, p. 276.

Quando define as condições para uma democracia constitucional, Dworkin faz a distinção entre condições estruturais e condições relacionais⁴⁰. O caso fictício se passa nos Estados Unidos, onde as condições estruturais são preenchidas (há um processo histórico que produz um território que é estável e reconhecido como tal pela comunidade). Ao analisar as condições relacionais, Dworkin defende a existência de três⁴¹: (1) que estabeleça condições para que os membros da comunidade possam tomar a decisão, o que é resolvido com o sufrágio universal e eleições efetivas, com a garantia da liberdade de expressão e opinião, o que ocorre; (2) que seja compartilhado pelos membros da comunidade uma preocupação com os interesses de todos os membros da comunidade, permitindo a proteção dos direitos de minorias contra eventuais maiorias eleitorais, requisito que também é preenchido; e (3) a necessidade de uma independência moral, onde indivíduos da comunidade possam se perceber como parceiros de uma empreitada coletiva.

O último é o aspecto fundamental para a questão em análise: ao se questionar se a idade mínima de 18 anos viola o princípio democrático, o que se pergunta é se uma pessoa com idade inferior a 18 anos tem independência moral que permita a ela se perceber como membro responsável da comunidade.

Identificada a questão de princípio que define o problema, impõe-se analisar a questão da integridade. Pressupondo que o juiz não encontra nenhum outro caso semelhante ou outra regra específica para a questão e que o parâmetro jurídico mais próximo é a maioria civil e penal também atingida aos 18 anos.

Há uma divergência clara de opiniões quanto a qual é a idade mínima para votar, o juiz sabe disso. Entretanto, a idade de 18 anos não é desarrazoada, nem é contraditória com o resto do ordenamento

40 DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 24.

41 *Ibid.*, p. 24 e 25.

jurídico analisado. Além disso, apesar de ambos serem autores do romance em cadeia, o Judiciário e o Legislativo atuam com poderes e responsabilidades diferentes⁴². O juiz, por não possuir responsabilidade direta perante os eleitores, deve dar “(...) maior reverência às decisões políticas pretéritas tomadas no nível de outros poderes, sujeitos a maior grau de responsabilização”⁴³. Com essas considerações, o juiz não estaria autorizado a reconhecer como preexistente o direito de Marlena a votar aos 17 anos.

Isso conduz à segunda questão, a garota deve ser punida pelo que fez? A questão da punição exige um pouco mais de trabalho para ser analisada: é necessário verificar outras situações de desobediência civil e todo o ordenamento jurídico relativo ao tratamento dessas situações. Essa análise extrapola o escopo deste trabalho, mas ao considerar o princípio que norteou as atitudes da jovem, o fato de ela ser ré primária e ter bons antecedentes permitiriam que ela ou não fosse punida ou sofresse uma punição relativamente leve para o ato (a depender dos precedentes presentes no ordenamento em questão). Uma punição severa também violaria o direito como integridade.

O direito como integridade impõe fronteiras claras sobre o que o juiz não pode decidir (como reconhecer o direito de voto a menores de 18 anos), mas não engessa a decisão a um processo interpretativo meramente subsuntivo. Este posicionamento serve como um parâmetro de comparação com a proposta de desconstrução transcendental elaborada pelo fundador dos CLS.

42 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 377.

43 MACHADO, Igor Suzano. Dworkin e os desafios contemporâneos à Epistemologia do Direito. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 4, 2008, p. 147-167. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/11>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i4>, p. 161.

4.2 A desconstrução transcendental de Balkin

Para analisar a proposta de Balkin, é imperioso compreender que a principal dificuldade em utilizar a desconstrução como um elemento de justificação da tomada de decisão judicial é que o resultado final do processo de desconstrução é a criação de uma nova correlação entre os elementos compostos na *nested opposition*. E não há como impedir que essa nova relação também possa ser desconstruída. O processo desconstrutivista pode continuar *ad infinitum*. A questão então é: quais os limites? Quando a desconstrução deve parar?

Para Balkin, a desconstrução transcendental rejeita a ideia de que as palavras, enquanto signos, possam ter qualquer significado. O espectro de significados das palavras é indefinido, não infinito. Como já se viu no primeiro tópico deste trabalho, ao analisar a *nested opposition* criada pelos signos “caveira e ossos” e “veneno”, a desconstrução permite uma ampliação do conjunto de significados, mas também os limita. A “caveira e ossos” pode representar risco de morte, estabelecido pela quantidade de pessoas que acabam mortas, ou o inevitável risco de morte decorrente do consumo, mas não serve como signo de boa saúde, por exemplo.

Ao se reconhecer um número limitado de significados possíveis, faz-se necessário estabelecer um padrão para definir qual significado deve ser escolhido. É exatamente isso que Dworkin faz ao criar a necessidade de fundamentação com base em princípios e não em políticas; e ao compreender a integridade como um valor político que deve ser respeitado.

Para Balkin a questão central que guia a desconstrução transcendental é um sentido de justiça transcendental. Esse conceito de transcendental não advém da divisão de mundo das ideias e do mundo das coisas típico do pensamento platônico. Transcendental deve ser compreendido como os valores ou necessidades que a alma humana

busca ao articular a positivação moral e as convenções culturais, mesmo reconhecendo que tais valores sempre escapam a essa articulação.

Um exemplo bastante útil para explicar a diferença é a questão da régua e do projeto de arquitetura. Quando se imaginam os valores em um pensamento platônico, esses valores são uniformes, imutáveis e se aplicados a um caso concreto, poder-se-ia fazer uma medição com uma régua imaginária do que extrapolou ou faltou conforme o conceito platônico de justiça⁴⁴.

A compreensão de Balkin é que os valores não existem fixos, ao contrário eles devem ser compreendidos como a constante necessidade de avaliar. Os valores não são, eles vão, constante e ininterruptamente, sendo reestudados, reavaliados e remodelados. Em um caso concreto, não se pode medir os valores e a sua compreensão, a resolução de um caso deve ser entendida como um projeto de arquitetura: pode oferecer bases para o futuro, com constantes necessidades de pequenas mudanças e eventuais necessidades de deitar tudo abaixo e recomeçar do zero⁴⁵.

Essa nova compreensão difere da platônica basicamente em dois pontos. Primeiro, abre a possibilidade para um número indeterminado (ainda que finito) de interpretações acerca de um valor, ao contrário da única interpretação possível no caso platônico. Segundo é que todas as tentativas concretas de articular um valor iram necessariamente falhar, não por se tratar da cópia imperfeita de um modelo existente em outro mundo (justificativa platônica para a falha), mas porque a alma humana constantemente busca por novos significados (daí a origem imanente, emana de dentro do homem para fora), o que torna impossível uma articulação definida suprir uma demanda infinita (o que

44 BALKIN, Jack M. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. *Faculty Scholarship Series*. Paper 272. 1994a. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272. Acesso em: 13 dez. 19, p. 12.

45 *Ibid.*, p. 12 e 13.

torna transcendente, já que para entender o valor é preciso transcender o conceito articulado no caso concreto)⁴⁶.

Na desconstrução transcendental, a desconstrução dos significados é feita com um objetivo claro: não a destruição de qualquer conceito, mas sim a destruição de determinados conceitos e hierarquias na busca de uma melhor ordem dentro de uma compreensão de justiça transcendental⁴⁷. E é esse o limite da desconstrução, é aqui que a desconstrução deve parar: quando reconstrói a compreensão de maneira melhor – segundo a opinião do autor da desconstrução, que escolhe o momento da paragem⁴⁸.

Balkin reconhece que a desconstrução pode ser usada para outros fins que não a melhoria da ordem existente – como a limitação de direitos e a criação de discriminações injustas – mas essa é a desconstrução niilista, que assume os textos como possuindo infinitos significados e não tem o objetivo de tornar um conceito mais justo⁴⁹. Por muito que isso possa parecer uma falha da teoria, é importante ressaltar que toda a teoria da decisão judicial é proposta de autocontenção do Judiciário e toda a proposta de autocontenção pressupõe um juiz que esteja interessado em cumprir os objetivos apresentados na teoria. O próprio Dworkin reconhece que um juiz malicioso poder usar o direito como integridade para disfarçar uma decisão discricionária⁵⁰.

Reconhecer a possibilidade de um juiz agir de má fé não é uma falha na teoria da decisão judicial, é sim um risco presente em toda realização do Direito. Se a intenção for apontar uma falha pelo juiz agir de má fé, esta estaria no processo de seleção dos membros do judiciário.

46 Ibid., p. 12 e 13.

47 Ibid., p. 14.

48 BALKIN, Jack M. Nested Oppositions. *Yale Law Journal*, v. 99, p. 1669-1705, 1990, p. 765.

49 BALKIN, Jack M. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. *Faculty Scholarship Series*. Paper 272. 1994a. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272. Acesso em: 13 dez. 19, p. 18 e 19.

50 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 283 e 284.

Para compreender o significado de justiça transcendental é fundamental entender sua relação com a responsabilidade. A questão é que ser justo é ter responsabilidade, ou seja, é ser capaz de responder por um acontecimento⁵¹. Só que para ser justa, a resposta tem de ser dada na língua do outro – o que é claramente impossível: o máximo que pode ser feito é tentar compreender a linguagem do outro através de sua própria linguagem, em uma espécie de tradução (que como toda tradução é imperfeita)⁵².

Para que uma resposta justa seja encontrada é necessário que a situação seja compreendida em toda a sua singularidade e que se faça um esforço para entender o ponto de vista do outro⁵³. A possibilidade de compreender uma situação em toda a sua singularidade parte de um pressuposto impossível: o juiz do caso deve conhecer toda a informação contextual concernente à situação⁵⁴.

Dada essa impossibilidade, o juiz tem de atuar comparando a situação com casos similares, tentando buscar um meio termo entre a ideia de que não existem casos iguais (ou seja, que as diferenças entre os casos são tão grandes que a comparação é quase impossível) e a ideia de que todos os casos são iguais (ou seja, que a diferença entre os casos é tão insignificante que estabelecer uma distinção significativa entre os casos é quase impossível)⁵⁵. Como no momento de parar a desconstrução, a decisão de qual é o limite de semelhança e diferença entre dois casos só pode ser feita em concreto e depende inteiramente do juiz⁵⁶.

Aqui há uma clara aproximação entre a proposta de Balkin e as etapas da interpretação de Dworkin, uma vez que os precedentes

51 BALKIN, Jack M. *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. Faculty Scholarship Series. Paper 272.* 1994a. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272. Acesso em: 13 dez. 19, p. 33.

52 *Ibid.*, p. 34.

53 *Ibid.*, p. 35.

54 *Ibid.*, p. 39.

55 *Ibid.*, p. 36-38.

56 *Ibid.*, p. 39.

ganham importância na ordem de compreensão e fundamentação da decisão judicial. A diferença, contudo, é que Balkin concede ao julgador maior liberdade na escolha entre as jurisprudências relevantes e sua relação como caso a ser julgado. O discurso da responsabilidade – e a necessidade de ser capaz de responder por suas escolhas – vem intimamente ligado a esta liberdade aumentada.

Contudo, a responsabilidade da tradução não se limita ao judiciário: as partes também devem tentar compreender a posição de seus adversários através do ponto de vista da outra parte. O agressor deve tentar entender o sofrimento que causou à vítima pela percepção que a vítima teve do sofrimento, da mesma forma que a vítima deve entender o ato de agressão pela compreensão do agressor (até o limite de que essa compreensão cause danos a si próprio – a fim de evitar o que o autor chama de “hermeneutica masoquista”)⁵⁷.

Aqui a dificuldade do limite surge novamente: como essa responsabilidade de compreender a posição do outro é indefinida, não infinita, há um momento em que se deve parar de compreender o outro e entender que a posição do outro é errada e não deve mais ser considerada. Mais uma vez essa ponderação só pode ser feita caso a caso e depende da pessoa que faz a ponderação⁵⁸.

Compreendida a questão da justiça transcendental, da responsabilidade e da resposta a ser fixada em um processo de tradução para com o outro, pode-se retornar ao caso de Marlena. O que compete ao juiz decidir nessa questão?

É necessário compreender a motivação da jovem o que torna seu depoimento uma peça central. É plenamente possível que ao analisá-lo o juiz perceba estar diante de uma pessoa extremamente bem informada, engajada e preocupada com o futuro de sua nação, que compreende

57 Ibid., p. 43 a 45.

58 BALKIN, Jack M. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. *Faculty Scholarship Series*. Paper 272. 1994a. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272. Acesso em: 13 dez. 19, p. 46.

diversas questões de interesse público muito melhor do que pessoas desinteressadas por política, mas que têm o direito ao voto.

Nesse sentido, o juiz pode reconhecer que a idade de 18 anos para votar é arbitrária e, dessa forma, injusta. Basicamente o juiz rejeita a ideia de que ao atingir 18 anos, e apenas ao atingir essa idade, todas as pessoas, por um passe de mágica, saem das sombras da desinformação política e passam a pensar no futuro da comunidade onde vivem.

Com essa fundamentação, a desconstrução permite que o juiz reconstrua a norma, dando o direito ao voto à adolescente de 17 anos, evitando assim o cometimento de uma injustiça. Regra essa que pode ser estendida a outros adolescentes que demonstrem essa compreensão e engajamento político, por exemplo, através de um teste.

Essa decisão, tão diferente das propostas por Dworkin, serve para apontar a diferença da abordagem conservadora presente no direito como integridade da função libertadora que advém dos estudos jurídicos amparados por uma teoria crítica⁵⁹.

Apesar da resposta acima ser perfeitamente aceitável dentro do método desconstrutivista, nada impede que a desconstrução continue. O juiz pode continuar ponderando que é injusto que Marlena Schmidt não possa votar, contudo também é injusto que ele tome uma decisão que compete ser tomada pela comunidade enquanto entidade política (através de seus representantes eleitos para o Poder Legislativo). Dessa forma, a solução pode coincidir com a decisão que foi encontrada no direito como integridade, ao não reconhecer à menina o direito de votar, mas reconhecer que puni-la por esse ato seria injusto.

Ainda mais, pensando especificamente no comportamento da ré ao divulgar o vídeo, a decisão pode reconhecer a responsabilidade da menina e puni-la, ainda que de maneira leve, para compor o eventual prejuízo causado pelo vídeo. Essas duas hipóteses de decisão se

59 BALKIN, Jack M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMKC L. Rev.*, v. 55, p. 392-433, 1987, p. 431-432.

assemelham com as encontradas com a utilização da teoria do direito como integridade.

Mas nada impede que a desconstrução continue, assim o juiz pode se afastar dos limites encontrados com a teoria de Dworkin e aplicar uma punição severa à jovem Schmidt, ao considerar o prejuízo potencial causado pelo vídeo, em especial se este se tornar viral.

Como não há um fim predeterminado para a desconstrução, o juiz pode ir para um caminho diferente: sensível aos argumentos apresentados por Marlena, pode entender que é efetivamente injusto que uma pessoa de 17 anos, mas interessada e engajada, não possa votar, enquanto um analfabeto político pode. No lugar de criar um teste para permitir que menores de idade votem (como na primeira decisão), pode excluir de uma vez todo e qualquer critério correlacionado com a idade e estabelecer que o teste é o elemento essencial para autorizar a votação, sendo exigível para todos – não apenas para os menores de 18 anos.

A reestruturação de argumentos pode continuar até se concluir, por exemplo, que sendo inviável a criação de uma prova para toda a população votar, fixe a exigência de um curso de graduação ou pós-graduação especificamente relacionado com ciências políticas para autorizar a votação, dessa forma estabelecendo a melhor garantia possível que as questões de interesse público serão compreendidas pelos que têm capacidade para votar.

É importante destacar que nenhum desses processos de desconstrução tem o caráter niilista que é criticado por Balkin. Todos se pautam em uma compreensão distinta, e pessoal de cada juiz, sobre o que é melhor para a comunidade. Todos os juízes consideraram a justiça e responsabilidade transcendental, foram mesmo motivados por ela.

Uma vez que todos os textos são passíveis de serem desconstruídos, a justificativa para começar e terminar com o processo desconstrutivista é sempre a busca por uma ratificação ou melhoria

dentro do ordenamento jurídico, mesmo que essa nova concepção possa ela mesma ser desconstruída⁶⁰, dessa forma, a desconstrução termina quando o agente responsável por ela acredita ter alcançado um nível de esclarecimento com a situação que ele considere suficiente, escolha que está diretamente correlacionada com os valores morais e políticos do desconstrutor (lembrando que mesmo essas perspectivas morais e políticas podem ser alteradas pela desconstrução realizada)⁶¹.

É claro que a desconstrução transcendental enquanto processo de decisão judicial impõe limites à atuação do Judiciário: não foi por acaso que os exemplos de decisão para o caso de Marlena não envolveram as condições econômicas da menina, qualquer tipo de limitação que envolvesse diretamente essas condições extrapolaria os limites da justiça transcendental.

Apesar disso, todo argumento desconstrutivista deve ser entendido nos termos de sua particularidade e seletividade, uma vez que todo argumento desse tipo tem uma escolha do que é desconstruído e do que não é examinado e de quando a desconstrução começa e termina, escolhas essas que são definidas por interesses ou ideologias pessoais⁶². Logo, se a intenção é garantir algum tipo de previsibilidade para a decisão judicial, impedindo o arbítrio do juiz, o método desconstrutivista proposto por Balkin simplesmente não é eficaz: o processo de desconstrução é entregue ao juiz de tal maneira que sua opinião pessoal é mais importante do que as predições do ordenamento jurídico.

Uma metodologia tem a intenção de responder aos problemas que pesquisadores enfrentam⁶³. O problema da teoria da decisão judicial

60 BALKIN, Jack M. Being just with deconstruction. *Social & Legal Studies*, v. 3, n. 3, p. 393-404, 1994b, p. 395.

61 *Ibid.*, p. 399.

62 *Ibid.*, p. 399 e 400.

63 LARANJA, Anselmo Laghi; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Fenomenologia de Edmund Husserl e Direito: caminhos e obstáculos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 189-212, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr>

é a limitação do arbítrio do juiz para a garantia de uma segurança jurídica. O método desconstrutivista proposto por Balkin falha enquanto um método para a teoria da decisão judicial justamente entregar ao juiz, em um nível amplamente pessoal, toda a capacidade de escolher o que é uma sociedade melhor, ainda que o arbítrio possa ser dosado pela responsabilidade da justificativa, a amplitude da possibilidade de respostas é grande demais para qualquer pressuposto de segurança jurídica.

5 Considerações finais

O reconhecimento de que a linguagem se organiza em uma estrutura própria, que não é natural, mas é tratada como tal, permite e possibilita a realização da inversão de hierarquia naturalizada para a construção de uma nova estrutura de significados. Quando se vai discutir se o maço de cigarros deve portar o símbolo da caveira e ossos, a desconstrução nos permite compreender se o perigo se encontra pela mera utilização do cigarro (como no caso do veneno) ou se o perigo é só o risco potencial pela utilização excessiva (como no caso do consumo de alimentos gordurosos) ou se a discussão pelo símbolo da caveira e ossos não é só uma artimanha política para ganhar votos, sem uma preocupação real com os problemas da sociedade.

Esse movimento de desconstrução, organizado por Derrida, foi trazido para o direito pelo movimento da teoria crítica, especialmente pelos CLS, como uma ferramenta de análise da realidade jurídica que permite reconhecer e ponderar sobre contradições presentes nessa realidade que seriam, de outra maneira, imperceptíveis. E o grande problema de não se enxergar uma contradição existente é que nada pode ser feito para mudá-la.

Ao apontar que determinada fundamentação jurídica – como a justificativa do ativismo judicial ou a distinção entre gênero e sexo –

é uma construção cultural com viés político intimamente ligada com uma cultura ideologicamente motivada, o CLS usa a desconstrução para apontar injustiças presentes no ordenamento e exigindo que tais relações sejam repensadas.

A desconstrução serve ao Direito enquanto forma crítica de demonstrar que determinada prática jurídica é injusta, seja em sua formulação, seja em sua materialização. Nesse sentido a utilização da desconstrução no Direito está intimamente ligada com a busca da justiça.

Entretanto, quando a discussão se correlaciona com a teoria da decisão, o pressuposto é que haja uma limitação à capacidade de atuação do Judiciário. Em comparação com o Direito como Integridade de Dworkin, a desconstrução transcendental proposta por Balkin como método de decisão judicial abre um espectro de possibilidades de decisão muito amplo que, apesar de ser limitado, acaba por nublificar a distinção entre atuação judicial legítima e discricionariedade.

A alteridade permite a criação de um processo ético que envolve não apenas o reconhecimento de outros, mas também um imperativo ético que envolve não apenas o questionamento das próprias crenças, mas também compreender a situação e pontos de vista do outro. Esse posicionamento ético, tipicamente pós-estruturalista, é espetacular para embasar uma teoria que tenha a intenção de forçar o repensar evolutivo de posicionamentos jurídicos calcificados por anos de tradição, ideologia e preconceito. Mas é insuficiente para agir como base última de uma teoria da decisão judicial, ao menos enquanto a segurança for um dos objetivos do Direito.

Na verdade, compreender a desconstrução como um método e, mais do que isso, um método possível para a legitimidade da decisão judicial – como Balkin fez – talvez seja a maior marca da influência ideológica da qual os juristas não conseguem se afastar, indicando que

a influência do pensamento estruturalista é tão grande no Direito que subordina mesmo o pensamento pós-estruturalista⁶⁴.

Referências

ASIMOW, Michael. MADER, Shannon. *Law and Popular Culture A Course Book*. 2. ed. New York: Peter Lang Publishing, 2013.

BALKIN, Jack M. Being just with deconstruction. *Social & Legal Studies*, v. 3, n. 3, p. 393-404, 1994b.

BALKIN, Jack M. Deconstruction. In: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Dennis Patterson (ed.). 2. ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 1996.

BALKIN, Jack M. Deconstructive Practice and Legal Theory. *Yale Law Journal*, v. 96, p. 743-786, 1987.

BALKIN, Jack M. Nested Oppositions. *Yale Law Journal*, v. 99, p. 1669-1705, 1990.

BALKIN, Jack M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMKC L. Rev.*, v. 55, p. 392-433, 1987.

BALKIN, Jack M. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. *Faculty Scholarship Series*. Paper 272. 1994a. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272. Acesso em: 13 dez. 2019.

BOSTON LEGAL. Escrito por: Corinne Brinkerhoff, Sanford Golden, Karen Wycarver e David E. Kelley Produção: 20th Century Fox Television e David E. Kelley Productions. 5ª temporada, episódio 02, 2008, 6 DVD video, stereo, color, full frame.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 87.858/TO*. Relator: Min. Marco Aurélio. Pleno. Brasília, 03.12.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891> . Acesso em: 13 dez. 2019.

64 SCHLAG, Pierre. A brief survey of deconstruction. *Cardozo L. Rev.*, v. 27, p. 741-752, 2005, p. 748 et seq.

BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. Ensino Jurídico e Aprendizagem significativa: uma tentativa de compreensão da Tragédia, do Direito e da Justiça a partir de uma abordagem fenomenológica. In: MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de (Org.). *Estratégias Pedagógicas Inovadoras no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 2, p. 55-84.

BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the subversion of identity*. Nova York: Routledge, 1990.

CORNELL, Drucilla. *The philosophy of the limit*. Nova York: Routledge, 1992.

DERRIDA, Jacques. A estrutura, o signo e o jogo no discurso das ciências humanas. *A escritura e a diferença*. v. 2, p. 229-249, 1971.

DERRIDA, Jacques. *A voz e o fenômeno: introdução ao problema do signo na fenomenologia de Husserl*. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

DERRIDA, Jacques. *Mal de arquivo: uma impressão freudiana*. Trad. Claudia de Moraes Rego. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

DERRIDA, Jacques. *Margens da filosofia*. Tradução: Joaquim Torres Costa, António M. Magalhães. Campinas: Papyrus, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDRICHS, David O. Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin. *Journal of Legal Education*, Durham, v. 40, mar. 1990, Disponível em: <https://search.proquest.com/docview/1290644207/fulltextPDF/ED05914AD34B4EFDPQ/1?accountid=39703> . Acesso: 13 dez. 2019.

HUNT, Alan. The theory of critical legal studies. *Oxford J. Legal Stud.*, v. 6, p. 1-45, 1986.

LARANJA, Anselmo Laghi; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Fenomenologia de Edmund Husserl e Direito: caminhos e obstáculos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 189-212, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/57291>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.57291>.

MACHADO, Igor Suzano. Dworkin e os desafios contemporâneos à Epistemologia do Direito. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 4, 2008, p. 147-167. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/11>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i4>.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônica Clarissa Henning. A discricionariedade judicial e a definitividade da decisão judicial: a teoria de Hart e as críticas apontadas por Dworkin. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 4, jan./abr. 2019, p. 49-69. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1349>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v20i1.1349>.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e Garantias Constitucionais e tratados internacional de direitos humanos*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Ativismo judicial e resposta correta: análise crítica de fundamentos consequencialistas em Direito Tributário. *Derecho y Cambio Social*, v. 41, p. 1-16, 2015.

PETERS, Michael. *Pós-estruturalismo e filosofia da diferença*. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O Casamento Homoafetivo no Brasil: as visões Procedimentalista e Substancialista. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)*, v. 23, p. 1155-1190, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13770>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n3.p1155-1190>.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.

SCHLAG, Pierre. A brief survey of deconstruction. *Cardozo L. Rev.*, v. 27, p. 741-752, 2005.

SPANN, Girardeau A. A Critical Legal Studies Perspective on Contract Law and Practice. *Ann. Surv. Am. L.*, p. 223-257, 1988.

THANK YOU FOR SMOKING. Escrito por: Christopher Buckley e Jason Reitman. Dirigido por: Jason Reitman. Produção: David O. Sacks e Edward R. Pressman. 2006, 1 DVD video, stereo, color, full frame.