

TEMPO DO DIREITO E O FUTURO EM ABERTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O DESLOCAMENTO TEMPORAL DO DIREITO EM LUHMANN E DERRIDA.

Marcelo de Souza Moura*

Lusia Ribeiro Pereira**

RESUMO

A Carta Constitucional de 1988 pretende-se constituir num legado democrático para as futuras gerações. Foi escrita contendo os anseios e expectativas da sociedade à época de sua fundação, na esperança de conseguir-se sua completa efetivação. Deve ser vista considerando-se o tempo social, que é bem diferente do tempo cronológico, o que, para o observador contemporâneo, nem sempre é tarefa fácil. Tal legado democrático que ela representa insiste-se ser deixado em movimento, não um movimento de evolução social, mas um legislativo, haja vista que é a Constituição mais emendada de todas as que já entraram em vigor em nosso território. A Constituição não pode ser pensada como um processo de construção único, acontecido de uma só vez, mas posteriormente ajustado por meio de interpretação e, caso necessário, de emendas constitucionais. Pretende-se neste artigo evidenciar o tempo do direito como um tempo social, aquele necessário para que o direito integre a sociedade que o criou, bem como na observação de que este direito é deslocado temporal do direito para o futuro; um futuro em aberto, não sendo, pois, a reforma legislativa a melhor solução para todos os problemas do Estado Democrático do direito. Para tanto, buscar-se-á aporte teórico em dois autores que desenvolvem o tema do deslocamento do direito para o futuro, dentro do contexto de suas teorias; Niklas Luhmann e Jacques Derrida.

* Mestrando em Teoria do Direito pela PUC-Minas. Especialização em Direito Constitucional pela FESMP-MG. Professor da Graduação da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas. marcelomourabh@yahoo.com.br.

** Doutorado em História e Filosofia da Educação pela USP. Mestrado em Educação pela UFMG. Professora da Pós-Graduação e Graduação na Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas.

PALAVRAS CHAVE: TEMPO; DIREITO; FUTURO EM ABERTO; CONSTITUIÇÃO DE 1988; NIKLAS LUHMANN; JACQUES DERRIDA.

ABSTRACT

The Constitution of the Brazil is intending to constitute a democratic legacy for the future generations. It was written contend yearnings and expectations of the society in time of its foundation, in the hope to obtain complete efficacy. It must be seen considering the social time, which is very different of the chronological time. For the observing contemporary, it's not easy comprehension. The democratic legacy that it represents remains in movement, not a movement of social evolution, but a legislative, has seen that it is the most amended constitutional in Brazilian history. However, the Constitution cannot be thought as unique process of construction, but later adjusted by means of constitutional interpretation and, in case that necessary, with amendments. This article evidence the time of the right as a social time, that necessary to the right integrates the society, as well as in the comment from that this right is dislocated for the future; an opened future, not being legislative reform the best solution for all the problems of Democratic State. For in such a way, have been used two authors who develop the subject of the displacement of the right for the future, inside of the context of its theories; Niklas Luhmann and Jacques Derrida.

KEYWORDS: TIME; RIGHT; OPENED FUTURE; CONSTITUTION OF THE BRAZIL; NIKLAS LUHMANN; JACQUES DERRIDA.

Há um quadro de Klee que se chama Angelus Novus. Representa um anjo que parece querer afastar-se de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, sua boca dilatada, suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu rosto está dirigido para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as dispersa a nossos pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que ele não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele vira as costas, enquanto o amontoado de ruínas cresce até o céu. Essa tempestade é o que chamamos de progresso.

Walter Benjamin

INTRODUÇÃO

A Carta Constitucional de um país é, sem dúvida, o texto legal que melhor reflete os interesses da sociedade que o criou. Nela são colocadas disposições que incluem anseios e expectativas existentes no momento de sua fundação, além de conquistas já consolidadas, que servirão de base para os anos futuros. Sua elaboração representa sempre uma ruptura na ordem anteriormente estabelecida, mesmo que pacífica.

As conquistas e anseios existentes, na ocasião da fundação do direito, como por exemplo, os contidos na contagem de tempo cronológico de nossa atual Constituição da República, iniciado em 05 de outubro de 1988, passam por outros tempos, como o tempo social e histórico. Estes não são coincidentes com o tempo cronológico, pois se movimentam num ritmo mais lento do que o tempo dos eventos.¹

Certamente o texto constitucional, naquela ocasião, representou uma virada [ou a expectativa de uma re-ordenação] democrática no contexto brasileiro; embora nem sempre o observador contemporâneo tenha a plena consciência disso, já que “as mudanças ocorrem no tempo de gerações, e mesmo de séculos, por isso os contemporâneos dos fatos nem sempre se apercebem delas”.²

Vivemos, pode-se dizer, no futuro cronológico pensado pelos fundadores de nossa Constituição cidadã, o que afirma-se sem adentrar-se na questão de se estar ou não no tempo social ali pensado. Paulatinamente a sociedade evolui, sendo acompanhada pelo direito que, como pretender-se-á observar neste artigo, encontra-se lançado para o futuro em aberto, lançado do campo do privado para o campo do público, esperando a concretização de seus princípios norteadores de Estado Democrático de Direito.

No ano em que se comemoram duas décadas de existência da Carta Constitucional levanta-se a questão, não do tempo cronológico, mas do tempo do direito; do direito e o futuro em aberto, através de dois ensaios de autores da filosofia e sociologia contemporânea, que abordam o tema. Em primeiro lugar expõe-se os

¹ BRAUDEL, *apud*, PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Modernidade, tempo e direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 133.

² *Op. cit.* p. 133.

vínculos do direito com o futuro na obra “Constituição como aquisição evolutiva” de Niklas Luhmann; em seguida, passa-se para a fundação como promessa na obra “Força de lei”, de Jacques Derrida, para, por fim, observar os rumos do futuro do direito em aberto na Carta de 1988.

1 A VINCULAÇÃO DO DIREITO COM O FUTURO: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO COMO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA EM NIKLAS LUHMANN

A Teoria desenvolvida no texto “Constituição como aquisição evolutiva” , publicada na obra o futuro da constituição³ acompanha a obra de Luhmann sobre a teoria dos sistemas, em que o autor expõe que, em razão do aumento da complexidade da sociedade moderna, diversos subsistemas surgem a partir de um processo de especificação e de diferenciação funcional. São chamados de subsistemas sociais. Tais subsistemas possuem um fechamento operacional, sendo autônomos uns em relação aos outros. Os sistemas existem no ambiente, mas sem comunicação ou relações recíprocas entre sistema e ambiente. Por ser fechado, o sistema necessita de uma regulação, produzida por ele mesmo, a autoregulação, feita pelo que Luhmann chamou de código.⁴ Este ordena todo o processo, permitindo operações internas no sistema, sendo capaz de separar o sistema do ambiente. Assim, Luhmann entende os sistemas como autopoietico, ou seja, produzem suas próprias estruturas e elementos dos quais são compostos.

Inicialmente Luhmann faz uma análise da teoria dos sistemas, apresentando duas características dos sistemas autoreferenciais: a primeira seria de que tais sistemas se caracterizam por uma circularidade fundamental e a segunda, pela impossibilidade de se reintroduzir operativamente a unidade do sistema em seu interior; ou seja, a cada tentativa de se descrevê-lo a circularidade fundamental surge como uma tautologia e, negativamente, como paradoxo.

³ Utiliza-se aqui a tradução livre, para fins acadêmicos, feita pelo prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto, da edição em Italiano.

⁴ PEDRON, Flávio Quinaud. Direito, Política e Constituição para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. 2006.

Quem distingue sistema e ambiente - da perspectiva do sistema ou do ambiente - deve antes de tudo completar tal distinção e utilizá-la operativamente e, então, não pode mais recomparar na distinção como quem distingue a distinção. Eles atuam a um só tempo como Ulisses e como a invisível Atena. Em ambos os lados da distinção, as condições reais para se poder diferenciar (no âmbito de nosso tema: a fatualidade da comunicação social) não são reproduzíveis. A impossibilidade lógica de se fazer ressurgir novamente de alguma parte, não importa se do sistema ou do ambiente, a unidade do sistema, revela a inadequação de todas as autodescrições. Se, como o resultado de uma longa evolução sócio-cultural, o direito se diferencia (ausdifferenziert) na forma de um sistema autoreferencial fechado e se isso pode ser adequadamente descrito tanto do ponto de vista interno quando do externo, tornar-se-á agora necessário que se faça as contas com ambos os problemas anteriormente citados, ou seja, com a tautologia e o paradoxo.⁵

Formada nos sistemas político e jurídico, Luhmann vai analisar o nascimento e evolução da Constituição para, em seguida, apresentar que sua tese é “a de que o conceito de Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à conseqüente necessidade de uma religação entre eles”.⁶

Vai desenvolver seu raciocínio utilizando-se dos movimentos revolucionários do século XVIII, especialmente nos EUA e na França, eventos que marcaram uma ruptura na ordem social vigente de seus respectivos países. Luhmann afirma que a Constituição atribui a si própria a primazia e rompe com a regra segundo a qual lei posterior derroga a lei anterior. Essa estrutura "autológica," que se auto-inclui no próprio âmbito de regulamentação, evidencia como a Constituição encontra-se destinada a se tornar direito velho. Na verdade, é criado um paradoxo na criação do direito/ não direito: “o código direito / não-direito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código direito / não-direito. A diferença radicalizada estabelece o texto que, por sua vez,

⁵ LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. 39p. (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.) et alli. Il Futuro Della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996. p. 8

⁶ LUHMANN, *op. cit.*, p. 4.

estabelece a diferença – todavia sob a condição de que toda manobra autológica se torne invisível”.⁷

No que especificamente se almeja discutir aqui, ou seja, o descolamento do direito para o futuro em aberto, Luhmann observa o deslocamento do direito para o futuro, ao invés de seu deslocamento para o passado, uma inovação na qual o próprio direito vai prever sua forma e grau de modificação, além de submeter todo o direito ao controle de constitucionalidade.

A nova unidade de auto-referenciabilidade e de hetero-referenciabilidade em um espaço metalógico (imaginário, não suscetível de normatização) que fecha o sistema, tem como consequência uma transposição/superação das perspectivas temporais. No lugar do passado coloca-se a abertura para o futuro (Zukunftsoffenheit).⁸

A abertura para o passado significa, observa Luhmann, que qualquer argumento histórico mediante o qual seja possível afirmar direitos ou provar que determinada regra jurídica vale desde tempos imemoriais é levado em conta. A abertura para o futuro significa, ao contrário, que o direito prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais mas também mediante a abertura da legislação à influência política. Todo o direito é submetido ao controle de constitucionalidade e o velho direito torna-se facilmente obsoleto em face do novo direito positivado de acordo com a Constituição, de tal sorte que:

O passado é desonerado pela função de horizonte de legitimações imaginárias a ser atribuída à pesquisa histórica. Agora é o futuro que, por sua vez, atua (a fungere) no espaço imaginário em que deve ser constantemente reproduzida a unidade de autoreferenciabilidade e de hetero-referenciabilidade no direito. E essa unidade é alcançada sem que seja necessária tematização constitucional do acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político.⁹

⁷ LUHMANN, *op. cit.*, p. 12.

⁸ LUHMANN, *op. cit.*, p. 12.

⁹ LUHMANN, *op. cit.*, p. 13.

Mas como o direito vai se modificando? Através de uma evolução sócio-cultural o direito vai se diferenciando, na forma de um sistema autoreferencial fechado, podendo ser descrito tanto do ponto de vista interno, quanto do ponto de vista externo.

Luhmann afirma também que depois da criação da Constituição “qualquer lei, com a única exceção problemática da própria Constituição, pode ser não-conforme o direito”.¹⁰ Pois além do legislador poder criar e modificar o direito, mas o próprio direito pode ser ilícito, sem esquecer a evolução social, ultrapassando o momento de sua ocorrência, com possibilidade de ficar inserida na sociedade, se a ela aderiu.

O código direito/não-direito torna-se supraordenado a todo o direito com exceção da lei constitucional. Como foi possível se alcançar essa posição de exceção?

O entusiasmo político da aventura revolucionária não é útil para fazer com que essas questões mais sistemáticas emerjam. Do mesmo modo a idéia segundo a qual a Constituição é um regulamento unitário da política e do direito (e esse politicamente decisivo) impede que se veja a aventura estrutural dessa inovação. Como freqüentemente se compreende, há na dinâmica evolutiva ocasiões favoráveis que conduzem a que se ultrapasse o momento, tornando possíveis transformações estruturais cujo alcance total não se pode ver em toda a sua amplitude.¹¹

O autor afirma que as condições históricas da variação e da seleção do novo sentido de uma palavra e de um conceito, tal como sobretudo as investigações mais recentes tendem a salientar, de fato, não são já as condições do restabelecimento do novo sentido em um contexto semântico-estrutural mais amplo que garanta sua reutilização em situações imprevisíveis. Exatamente por isso Luhmann fala de uma evolução "cega". O êxito dessa evolução não pode ser deduzido das condições que a favoreçam e não é previsível precisamente em razão dessas condições.

A situação histórica passa mas a aquisição, se se convalida, fica. O que, no entanto, depende de problemas estruturais bem mais profundos da sociedade moderna. E tais problemas só podem ter o seu percurso reconstituído mantendo-se separadas as análises da necessidade de Constituição por parte do sistema

¹⁰ LUHMANN, *op. cit.*, p. 7.

¹¹ LUHMANN, *op. cit.*, p.8.

jurídico, por um lado, e do sistema político, por outro.¹² (grifos nossos)

Em seguida, Luhmann vai tratar de assunto fundamental para o entendimento do futuro em aberto, ora discutido, ao explicar a teoria do acoplamento estrutural, que deve ocorrer entre Direito e política. “[...] o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente variável em suas formas) de diferenciação. E é precisamente isso o que antes se buscava dizer com a tese de que a auto-referenciabilidade permanece incompleta na medida em que não pode assumir por si a referência discernidora”.¹³ Por isso, o autor afirma que a Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política. Assim, ao lado de infrutíferas tentativas de se fixar o problema no plano jurídico, revela-se também o limite da possibilidade de um acoplamento estrutural entre a política e o direito e, desta forma, o limite da prestação desse mecanismo altamente improvável do ponto de vista evolutivo. Mas acontece que

O conceito de acoplamento estrutural foi escolhido no sentido de evidenciar contemporaneamente os limites dos encargos que é capaz de suportar, e o que equivale a dizer o seu próprio não funcionamento. Esse conceito, é claro, não pode eliminar a identidade e a autonomia dos sistemas acoplados e não pode tampouco nem mesmo integrá-los em uma ordem hierárquico-assimétrica. E é vã a tentativa de se buscar nesse problema uma idéia definitiva em uma fórmula unitária. A diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político não pode ser controlada nem por uma parte, nem pela outra.¹⁴

Acoplamentos estruturais são aquisições evolutivas. A sua formação não pode ser reconduzida a causas específicas. Luhmann vai afirmar que, de certo modo, pressupõem a si próprios enquanto se revinculam às descontinuidades do ambiente, e para cujas estabilizações contribuem. “O que vale também para o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação por meio da linguagem, como para o acoplamento estrutural entre o sistema educativo e o econômico mediante os diplomas, bem como para [...] inumeráveis outros casos em uma sociedade em alto

¹² LUHMANN, *op. cit.*, p. 8.

¹³ LUHMANN, *op. cit.*, p. 16.

desenvolvimento”.¹⁵ No que concerne às relações entre o sistema jurídico e o político, as Constituições também seguem esse modelo.

Assim, fica claro que a Constituição não pode ser pensada como um processo de construção único, acontecido de uma só vez, mas posteriormente replanejado através de interpretação e, eventualmente, de mutação constitucional. “[...] a Constituição é o resultado de um desenvolvimento evolutivo, uma aquisição evolutiva que nenhuma intenção pode apreender com precisão”.¹⁶

2 “A FORÇA DE LEI” E A FUNDAÇÃO COMO PROMESSA EM JACQUES DERRIDA.

Jacques Derrida dedicou grande parte de sua vida acadêmica trabalhando a teoria da desconstrução que, em síntese, consiste em desabilitar a interpretação dominante do texto. Um filósofo desconstrutor desfaz o texto a partir do modo como este foi organizado originalmente para que, dessa forma, se revelem outros significados. Alguns entendem a desconstrução como simplesmente destruição, mas, segundo seus defensores, trata-se do oposto, pois ela busca encorajar a pluralidade de discursos, legitimando a não existência de uma única verdade ou interpretação, com um caráter de disseminação de possíveis e novas verdades. Para Derrida, o processo de racionalidade instrumental aprisiona as ações sociais. O discurso e o conhecimento necessitam ser construídos de forma diferenciada. Derrida localiza suas interpretações na estruturação e lógica dos textos, por serem estes, as fontes primárias dos discursos políticos, sociais e culturais.

A obra que busca-se analisar foi publicada originalmente em duas partes; a primeira parte, intitulada “do direito à Justiça” em 1989 e a segunda parte, “o prenome de Benjamim” em 1990, pronunciadas em colóquios nos EUA. Em toda a obra, Derrida trabalha muito com o significado da palavra alemã *Gewald*, que quer dizer tanto violência quanto poder legítimo, autoridade e força pública.¹⁷

¹⁴ LUHMANN, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵ LUHMANN, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶ LUHMANN, *op. cit.*, p. 32.

¹⁷ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 9.

Na primeira parte da obra, o autor busca analisar que a justiça, embora não pareça, se relaciona com a Desconstrução.

É o que eu gostaria de me esforçar por fazer aqui: mostrar por que e como aquilo que se chama correntemente a desconstrução, embora não pareça ‘endereço’ o problema da justiça, fez apenas isso, sem poder fazê-lo diretamente, somente de modo oblíquo. Oblíquo como, neste momento, em que me preparo 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 o direito’.¹⁸

Preocupado em falar na língua nativa de sua audiência no colóquio de 1989, Derrida parte para a análise desconstrutiva do termo “*to enforce the law*”, “que nos lembra sempre que, se a justiça não é necessariamente o direito ou a lei, ela só pode 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”.¹⁹

Utilizando-se do pensamento de Pascal, Derrida vai buscar o sentido da palavra ‘Justiça’ como força; ou seja, é justo que aquilo que é justo seja seguido, ou ainda, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido.

[...] aquilo que é justo deve - e é justo - ser seguido; seguido de consequência, seguido de efeito, aplicado, *enforced*; depois, que aquilo que é “o mais forte” deve também ser seguido: de consequência, de efeito etc. Por outras palavras: o axioma comum é que o justo e o mais forte, o mais justo como o mais forte devem ser seguidos. Mas esse “dever ser seguido”, comum ao justo e ao mais forte, é “justo” num caso, “necessário” no outro: “é justo que aquilo que é justo seja seguido [por outras palavras: o conceito ou a idéia do justo, no sentido de justiça, implica analiticamente e a priori que o justo seja ‘seguido’, *enforced*, e é justo - também no sentido de justeza - pensar assim], é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido (*enforced*). [...] por outras palavras: a justiça não é a justiça, ela não é feita se não tiver a força de ser ‘*enforced*’; urna justiça impotente não é uma justiça, no sentido do direito.”²⁰

¹⁸ DERRIDA. *op. cit.*, p.17.

¹⁹ DERRIDA. *op. cit.*, p. 17.

Ainda utilizando-se de Pascal, e também de Montaigne, Derrida vai trabalhar a noção de *fundamento místico da autoridade*, onde a lei é aplicada não por sua justiça, mas por ser lei: “[...] 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”.²¹

Assim, é feita uma distinção entre direito (leis) e justiça. A justiça como direito não é a justiça. As leis não são justas simplesmente por serem leis. O cidadão não obedece a lei porque ela é justa, mas porque têm autoridade. Para Derrida, a palavra “crédito” porta toda a carga da proposição e justifica alusão ao caráter “místico” da autoridade. A autoridade das leis repousa apenas no crédito que o cidadão lhe concede. Nela se acredita, sendo este seu único fundamento. Esse ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional.

Em seguida, Derrida prepara-se para falar sobre a fundação como promessa, tema que este se propõe, já trabalhando a noção de violência para a formação do direito. A justiça no sentido do direito (*right of law*) não estaria, para Derrida, 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 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 pre-existente, por definição, poderia nem garantir nem contradizer ou invalidar. Nenhum discurso justificador pode, nem deve, assegurar o papel de metalinguagem com relação à performatividade da linguagem instituinte ou à sua interpretação dominante.²²

Prossegue o autor francês dizendo que o direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências tão

²⁰ DERRIDA. *op. cit.*, 18.

²¹ MONTAIGNE *apud* DERRIDA. *op. cit.*, p. 21.

improváveis quanto necessárias da justiça; isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra.²³

Vai apresentar um paradoxo, ao argumentar que na origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a instauração da lei não podem, por definição, apoiar-se finalmente senão sobre elas mesmas, elas mesmas são uma violência sem fundamento. E dizendo isso, Derrida não está a concluir que as leis, por causa disso, sejam injustas em si, no sentido de ilegais ou ilegítimas. Leis não podem ser legais nem ilegais em seu momento fundador. Elas simplesmente excedem a oposição do fundado ao não-fundado, como de todo fundacionismo ou todo antifundacionismo.

Mesmo que o êxito de performativos fundadores de um direito (por exemplo, e é mais do que um exemplo, de um Estado como garante de direito) suponha condições e convenções prévias (por exemplo no espaço nacional ou internacional), o mesmo limite “místico” ressurgirá na origem suposta das ditas condições; regras ou conversões – e de sua interpretação dominante.²⁴

No final do primeiro capítulo da obra, Derrida vai continuar com a desconstrução, indo em direção ao enunciado formal, abstrato, apresentando algumas aporias, aquelas nas quais, entre o direito e a justiça, a desconstrução encontra sua instabilidade privilegiada. O autor explica que a desconstrução se pratica segundo dois estilos que, na maioria das vezes, ela enxerta um no outro. Um deles assume o aspecto demonstrativo e aparentemente não-histórico dos paradoxos lógico-formais. O outro, mais histórico ou mais anamnésico, parece proceder por leituras de textos, interpretações minuciosas e genealógicas.

A primeira aporia, “a *epokhé* da regra”, onde vai trabalhar que a decisão de um caso legal, por exemplo, só vai ser justa se o juiz fizer um novo julgamento em cada caso, mesmo que análogo a um anterior, evidentemente respeitando a lei previamente existente; sempre um julgamento inaugural, extraíndo tal idéia do conceito de “*fresh judgment*” de Stanley Fish.²⁵ Mesmo sendo um julgamento conforme a lei, a interpretação deve ser reinventada a cada momento. Quer isto dizer que, para uma

²² DERRIDA. *op. cit.*, p. 24.

²³ DERRIDA. *op. cit.*, p. 30.

²⁴ DERRIDA. *op. cit.*, p. 26.

²⁵ DERRIDA. *op. cit.*, p. 44.

decisão justa e responsável, esta deve ser ao mesmo tempo, regrada nos termos da lei pré-existente e sem regra, numa interpretação de desconstrução, que permita reinventar a lei em cada caso.

A segunda aporia, chamada de “assombração do indecível”, é onde se associa o tema da indecibilidade à desconstrução. Esclarece Derrida que o indecível é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem calculável e da regra, deve entretanto entregar-se à decisão impossível, levando em conta o direito e a regra.²⁶ Uma decisão que não enfrentasse o indecível, não seria livre nem justa, seria no máximo, legal.

Nesta segunda aporia Derrida adverte que hesita em associar a “idéia de justiça” a uma idéia reguladora, no sentido dado por Kant, a algum conteúdo de promessa messiânica ou a outros horizontes do mesmo tipo, passando a explicar o tema:

E falo somente de um tipo, daquele tipo de horizonte cujas espécies seriam numerosas e concorrentes. Concorrentes, isto é, bastante parecidas e pretendendo sempre ao privilégio absoluto e à irreduzível singularidade. A singularidade do lugar histórico que é talvez o nosso, que é em todo caso aquele a que me refiro obscura-mente aqui - permite-nos entrever o próprio tipo, como a origem, a condição, a possibilidade ou a promessa de todas as suas exemplificações (messianismo ou figuras messiânicas determinadas, de tipo judaico, cristão ou islâmico, idéia no sentido kantiano, escato-teleológico de tipo neo-hegeliano, marxista ou pós-marxista etc).²⁷

Ao chegar à terceira aporia, “a urgência que barra o horizonte do saber”, Derrida abre espaço para a noção de um deslocamento do direito para o futuro, começando pela idéia de horizontes: “um horizonte, como indica no grego, é ao mesmo tempo a abertura e o limite da abertura, que define ou um progresso infinito ou uma espera”.²⁸

Paradoxalmente, é por causa desse transbordamento do performativo, por causa desse adiantamento sempre excessivo da interpretação, por causa dessa urgência e dessa precipitação estrutural da justiça que esta não tem horizonte de expectativa (reguladora ou messiânica). Mas, por isso mesmo, ela talvez

²⁶ DERRIDA. *op. cit.*, p. 46.

²⁷ DERRIDA. *op. cit.*, p. 50.

²⁸ DERRIDA. *op. cit.*, p. 51.

tenha um futuro, justamente, um porvir que precisamos distinguir rigorosamente do futuro. Este perde abertura, a vinda do outro (que vem) sem o qual não há justiça; e o futuro pode sempre reproduzir o presente, anunciar-se ou apresentar-se como um presente futuro na forma modificada do presente. A justiça permanece porvir, ela tem porvir, ela é por-vir, ela abre a própria dimensão de acontecimentos irreduzivelmente porvir. Ela o terá sempre, esse porvir, e ela o terá sempre tido. *Talvez seja por isso que a Justiça, na medida em que ela não é somente um conceito jurídico ou político, abre ao porvir a transformação, a refundição ou a refundição do direito e da política.*²⁹ (grifos nossos)

Continua Derrida afirmando que poderia ser preciso sempre dizer talvez quanto à justiça. Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento quer como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações, dentre outros. A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história. Uma história sem dúvida irreconhecível, claro, para aqueles que pensam saber do que falam quando usam essa palavra, quer se trate de história social, ideológica, política, jurídica etc.³⁰

Partindo para a segunda parte do texto, Derrida trabalha diretamente o texto de Walter Benjamin de 1921, chamado “*Kritik der Gewalt*”. Voltando a discussão sobre o significado de *Gewald*, indica o autor a inspiração para o nome de sua obra “força de Lei”. Entendendo *Gewald* por violência, Derrida adverte que essa tradução exige precauções, pois *Gewalt* pode significar também o domínio ou a soberania do poder legal, a autoridade autorizante ou autorizada: a força de lei. Em seguida, vai dizer que existe também uma distinção entre a violência fundadora do direito, que é dita “mística” (grega), e a violência destruidora do direito, que é dita divina (judia).³¹

Prossegue Derrida aprofundando-se agora na idéia já lançada de que toda Fundação do direito é violenta, mesmo que não se pegue em armas nem se produza a destruição de coisas ou pessoas. E de que também não há direito que não implique ser aplicado pela força. Indica também que o Estado teme a violência fundadora, isto é, capaz de justificar, de legitimar (*begründen*) ou de transformar as relações de direito

²⁹ DERRIDA. *op. cit.*, p. 54.

³⁰ DERRIDA. *op. cit.*, p. 55.

³¹ DERRIDA. *op. cit.*, p. 74.

(*Rechtsverhältnisse*), e portanto, de se apresentar como tendo um direito ao direito,³² isto porque tal violência vai modificar o *status quo* estabelecido.

Ainda desenvolvendo seu raciocínio utilizando-se do texto de Benjamim, Derrida demonstra o posicionamento do direito no futuro; a partir das situações de violência e revoluções para o direito que surgirá dessas situações, no futuro:

Como esse direito vindouro legitimará por sua vez, retrospectivamente, a violência que pode ferir o sentimento de justiça, seu futuro anterior já a justifica. A fundação de todos os Estados advém numa situação que podemos, assim, chamar de revolucionária. Ela inaugura um novo direito, e o faz sempre na violência. Sempre, isto é, mesmo que então não ocorram aqueles genocídios, expulsões ou deportações espetaculares que acompanham freqüentemente a fundação dos Estados, grandes ou pequenos, antigos ou modernos, muito perto ou muito longe de nós.

Nessas situações ditas fundadoras de direito ou de Estado, a categoria gramatical do futuro anterior assemelha-se ainda demasiadamente a uma modificação do presente, para descrever a violência em curso. Ela consiste justamente em simular a presença ou a simples modalização da presença. Aqueles que dizem "nosso tempo", pensando então "nosso presente" à luz de uma presença futura anterior, não sabem muito bem, por definição, o que dizem. É justamente nesse não saber que consiste a eventualidade do evento, aquilo que se chama ingenuamente de sua presença".³³

Assim, Derrida forma o raciocínio de que, na formação do direito, sempre acompanhada de violência, é tal violência legível ou inteligível, já que ela não é estranha ao direito. Mas ela é, no direito, aquilo que suspende o direito. Ela interrompe o direito estabelecido para fundar outro:

Esse momento de suspense, essa *epokhê*, esse momento fundador ou revolucionário do direito no direito, uma instância de não-direito. Mas é também toda a história do direito. Esse momento sempre ocorre e nunca ocorre numa presença, É o momento em que a fundação do direito fica suspensa no vazio ou em cima do abismo, suspensa a um ato performativo puro que não teria de prestar contas a ninguém e diante de ninguém.

³² DERRIDA. *op. cit.*, p. 81.

³³ DERRIDA. *op. cit.*, p. 83.

O sujeito suposto desse performativo puro não estaria mais diante da lei, ou melhor, ele estaria diante de uma lei ainda indeterminada, diante da lei como uma lei ainda inexistente, uma lei ainda por vir, ainda à frente e devendo vir.³⁴

Seguindo, Derrida vai falar de um paradoxo: a transcendência inacessível da lei, diante da qual e antes da qual o “homem” se encontra, só parece infinitamente transcendente e portanto teológica na medida em que, muito próxima dele, ela depende apenas dele, do ato performativo pelo qual ele a institui: a lei é transcendente, violenta e não violenta, porque ela só depende daquele que está diante dela - e portanto antes dela - daquele que a produz, a funda, a autoriza num performativo absoluto cuja presença lhe escapa sempre. A lei é transcendente e teológica, portanto sempre futura, sempre prometida, porque ela é imanente, finda e portanto já passada. Todo “sujeito” se encontra preso de antemão nessa estrutura aporética. Somente o futuro produzirá a inteligibilidade ou a interpretabilidade dessa lei.

Assim, foi lançada a idéia de fundação como promessa, deslocando o direito para o futuro. Indo além do texto de Benjamim, Derrida vai propor a interpretação segundo a qual a própria violência da fundação ou da instauração do direito (*Rechtsetzende Gewalt*) deve envolver a violência da conservação do direito (*Rechtserhaltende Gewalt*) e não pode romper com ela. É próprio da estrutura da violência fundadora solicitar sua própria repetição e fundar o que deve ser conservado, conservável, destinado à herança e à tradição, à partilha. *Uma fundação é uma promessa:*

Todo estabelecimento (Setzung) permite e promete, instala-se pondo e prometendo. E mesmo que, de fato, uma promessa não seja mantida, a iterabilidade inscreve a promessa de salvaguarda no instante mais irruptivo da fundação. Ela inscreve, assim, a possibilidade da repetição no coração do originário. Melhor, ou pior, ela está inscrita nessa lei de iterabilidade, mantém-se sob sua lei ou diante de sua lei. Conseqüentemente, não há fundação pura ou instauração pura do direito, portanto pura violência fundadora, assim como não há violência puramente conservadora. A instauração já é iterabilidade, apelo à repetição auto-conservadora. A conservação, por sua vez, é ainda re-fundadora para poder conservar o que pretende fundar. Não há,

³⁴ DERRIDA. *op. cit.*, p. 84.

portanto, oposição rigorosa entre a instauração e a conservação, somente aquilo que chamarei (e que Benjamin não nomeia) de contaminação diferencial entre as duas, com todos os paradoxos que isso pode induzir.³⁵

3 DESLOCAMENTO DO DIREITO PARA O FUTURO E O LEGADO QUE SE PRETENDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA....

Nossa jovem Carta Constitucional pretende-se constituir num legado democrático para as futuras gerações. Foi fundada na esperança de conseguir-se sua completa efetivação. Tal legado insiste-se ser deixado em movimento, não um movimento de evolução social, mas um legislativo, haja vista que é a Carta constitucional mais emendada de todas as que já entraram em vigor em nosso território.

Sem nenhuma pretensão de informar ao leitor do posicionamento acerca da pertinência de todas as 55 emendas constitucionais e das 6 emendas de revisão, observa-se simplesmente que não é modificando ou descrevendo uma grande teoria que chegar-se-á à solução do problema, mas evidencia-se ser a problemática que elege a teoria que lhe é adequada, dando-lhe sentido.

Não se pode mais imaginar a solução dos problemas, que insistem em permanecer em nosso Estado Democrático de Direito, com a mera mudança normativa.

Precisamos romper com concepções, ingênuas ou cínicas, segundo as quais bastaria mudar o texto das leis ou mesmo o da Constituição para serem solucionados de uma vez por todas todos os problemas de descumprimento do Direito. Pois mais uma nova emenda não vai resolver os nossos problemas de saúde, de educação, de habitação etc.³⁶

Ajustes devem ser feitos sem dúvida, assim como a possibilidade do controle de constitucionalidade, como bem afirma Luhmann, mas o caso brasileiro parece romper com o limite do razoável. Ora, o fato do futuro do direito – e especificamente da Constituição – ser aberto, de modo algum deve intervir na essência da intenção dos fundadores, nem acreditar que meras mudanças legislativas resolvem os problemas – da

³⁵ DERRIDA. *op. cit.*, p. 90.

³⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 75.

mesma forma que se costumam mudar os critérios de avaliação para melhorar a colocação dos avaliados.

No Brasil, e em tantos outros países, persegue-se um Estado Democrático de Direito, que deve se efetivar, por mais complexa que seja a sociedade, preenchendo-se o projeto aberto da Constituição pelo exercício da autonomia pública e privada.³⁷

Deixar o tempo social agir é juridicamente mais sensato e eficaz, num primeiro momento, do que uma corrida para modificação legislativa. Não se pode pretender deixar para as gerações futuras a ausência de um acoplamento estrutural e uma constituição como aquisição evolutiva que nunca vem, pelo simples fato de ser modificada em excesso, sem se permitir sua aquisição evolutiva pela sociedade.

Tampouco pode-se deixar para os futuros brasileiros a reedição e modificação constante da promessa feita pelos fundadores de nosso direito, toda vez que se percebe impossível a efetividade de direitos constitucionais aliada ao exíguo tempo cronológico de apenas duas décadas. Imediatismos tendem a não funcionar na efetivação das promessas fundadas do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se, pois, que a Constituição não pode ser pensada como um processo de construção único, acontecido de uma só vez, mas posteriormente ajustado por meio de interpretação e, caso necessário, de emendas constitucionais.

A sociedade contemporânea, envolta em seus problemas complexos, elege claramente para tentar resolvê-los o deslocamento temporal do direito para o futuro. Interpretar o texto legal, tendo em foco o que foi realizado no contexto do deslocamento temporal do Direito para o futuro, permite o desenvolvimento da sociedade rumo à concretização do direito, seja este deslocamento fruto de vínculos com o futuro pela Constituição como aquisição evolutiva ou no direito fundado como promessa futura. O anseio é permitir que a jovem Carta constitucional brasileira, como um projeto vivo e aberto, exista independente de seu tempo cronológico, efetivando-se em interpretações que lhe sirvam rumo ao tempo da sociedade.

³⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 75.

Tal qual no relato de Walter Benjamin sobre o anjo pintado por Klee,³⁸ que serviu de epígrafe neste artigo, temos o direito fundado no que hoje consideramos passado, mas fundado num ideal democrático, nascido naquela época em que os fundadores – deputados constituintes de 1986/1988 – olhavam para o seu passado, do qual desejavam uma ruptura; aprendendo com ele, e refletindo os anseios de uma sociedade, impulsionados para o futuro. Este direito foi idealizado para possuir um futuro em aberto exatamente, acredita-se, para que os erros anteriores não se repetissem e que também a interpretação textual evoluísse de acordo com o ritmo de maturidade, necessidade, crescimento e evolução de nossa sociedade.

O tempo trazido pelas mudanças da tempestade do progresso, afirmado por Benjamin, por mais que se buscasse adivinhar na época da fundação, foi, é e sempre será – se se permitir aqui ‘adivinhar’ – imensurável: não se pode prever, com segurança, a força da tempestade do progresso nem a velocidade da evolução social. Mas é possível deslocar o direito para o futuro e aguardar [e principalmente laborar] pela evolução social e concretização do texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. 253 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 22 dez. 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia**. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. 176p.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o “fundamento místico da autoridade”**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. 39p. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto para fins acadêmicos da obra: *La costituzione*

³⁸ BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 226.

come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). et alli. Il Futuro Della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Direito, Política e Constituição para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. 2006. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 22 dez. 2007.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.