

# O DECIDIR E A JUSTIÇA: A TEORIA JURÍDICA DE JACK BALKIN E SUA INTRÍNSECA FRAGILIDADE

## DECISION AND JUSTICE: JACK BALKIN'S LEGAL THEORY AND ITS INTRINSIC WEAKNESS

### **Pérola Amaral Tiosso**

Mestra em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra.

Advogada e professora.

perolattiosso@gmail.com

<http://lattes.cnpq.br/3719145559371682>

<https://orcid.org/0000-0002-9043-3453>

### RESUMO

**Método:** o presente trabalho se propõe, pelo método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica de artigos e livros, a apresentar e analisar criticamente a teoria metodológico-jurídica de Jack Balkin, que se dispôs a estudar a desconstrução derridiana dentro do âmbito jurídico, com o intuito de criar sua própria teoria acerca de uma desconstrução transcendental. Primeiramente, abordar-se-á acerca da compreensão jurídica, para, a seguir, analisar a ideia de coerência jurídica. Para isso, não será olvidado o ponto de vista de Balkin acerca da utópica neutralidade jurídica e da importância de estudar o sujeito durante o momento da interpretação. Em continuidade, abordar-se-á a ideia de justiça transcendental como elemento essencial para o autor, bem como as oposições em ninho, que se apresentam como relevantes ferramentas para o ato de interpretar um texto jurídico. **Objetivo:** objetiva-se, através do presente estudo, verificar a inviabilidade e a (in)congruência da teoria jurídica balkiniana, buscando-se demonstrar e concluir, sob um viés crítico, a importância de valorizar uma autonomia do direito que não se mostre como vulnerável diante de elementos políticos e ideológicos. **Conclusão:** tais críticas serão baseadas e fundamentadas nos estudos de Castanheira Neves, através de um estudo comparativo, chegando-se à conclusão da necessidade de uma interpretação jurídica que não seja alvo de instrumentalização autoritária pelo sujeito intérprete.

» PALAVRAS-CHAVE: COERÊNCIA JURÍDICA. DESCONSTRUÇÃO. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. JUSTIÇA TRANSCENDENTE. JURISPRUDENCIALISMO.

### ABSTRACT

*The present work proposes, through the deductive method, through bibliographical research of articles and books, the presentation and critical analysis of the methodological-legal theory of Jack Balkin, who was willing to study Derridean deconstruction within the legal scope, with the aim of with the intention of creating his own theory about a transcendental deconstruction. Firstly, we will discuss legal understanding, and then analyze the idea of legal coherence. To this end, Balkin's point of view regarding utopian legal neutrality and the importance of studying the subject during the moment of interpretation will not be forgotten. In continuity, the idea of transcendental justice will be addressed as an essential element for the author, as well as the oppositions in nest, which present themselves as relevant tools for the act of interpreting a legal text. The objective, through this study, is to verify the unfeasibility and (in)congruity of Balkin's legal theory, seeking to demonstrate and conclude, from a critical perspective, the importance of valuing an autonomy of law that does not appear to be vulnerable in the face of political and ideological elements. Such criticisms will be based and substantiated on the studies of Castanheira Neves, through a comparative study, reaching the conclusion of the need for a legal interpretation that is not the target of authoritarian instrumentalization by the interpreting subject.*

» KEYWORDS: LEGAL COHERENCE. DECONSTRUCTION. LEGAL INTERPRETATION. TRANSCENDENT JUSTICE. JURISPRUDENCIALISM.

Artigo recebido em 7/2/2024, aprovado em 18/9/2024 e publicado em 21/1/2025.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende trazer uma contribuição singela e crítica acerca da autonomia do direito em relação a fatores e elementos políticos que a norteiam por meio do estudo do *Critical Legal Studies Movement* e, mais especificamente, de Jack Balkin.

O *Critical Legal Studies Movement* surgiu nos anos 1970, com claro cunho político (Balkin, 2008, p. 2-3) e crítico ideológico, através do questionamento da natureza politicamente neutra da decisão judicial, bem como do próprio sistema jurídico como um todo.

O objetivo do movimento pretendia desnudar a indeterminação da doutrina jurídica, com o intento de demonstrar como “a cultura e o pensamento jurídico mistificam (iludem) elementos estranhos (intrusos-outsiders) e legitimam os seus resultados” (Gaudêncio, 2013, p. 6). Trata-se de questionamento acerca da tese de autonomia do direito e de como, em realidade, esta pode-se apresentar como utópica e nebulosa.

A relação entre direito e política é, então, o ponto de partida, assumindo que a ligação entre direito e política se refere à relação entre o direito com as diversas formas de poder (econômico, cultural, social etc.) (Balkin, 2008, p. 2-3). Além disso, pretende-se analisar a ligação entre o direito e o poder, e como a sociedade legitima e justifica o poder por meio do direito (e de seus instrumentos) (Balkin, 2008, p. 2-3).

Assumindo como inegável a relação entre o direito e sua natureza política, os críticos seguem um caminho utilitário, propondo a inserção de vozes antes silenciadas pelos grupos dominantes no ambiente jurídico, por meio de uma emancipação de minorias como projeto social a ser pensado e efetivado. Muitos foram influenciados pelos estudos de Michel Foucault, bem como pelos de Jacques Derrida.

Integrante dos *Critical Legal Scholars* da 2ª geração, Jack Balkin absorveu muito da teoria desconstrutivista de Derrida para o âmbito crítico jurídico, com o intuito de transformá-la em pragmática, pelo entendimento de que a desconstrução pode ser utilizada como método no ambiente jurídico.

Curiosamente, é sabido que a desconstrução como método jurídico é ainda então muito desconhecida, devendo, assim, ser trazida para a discussão no ambiente jurídico brasileiro com o intuito de perceber e analisar suas possibilidades. Esta, então, é a pretensão do presente artigo.

Deve-se enfatizar que Jack Balkin adotará posição normativa da desconstrução, bem como criticará alguns aspectos da versão derridiana.

Por fim, será trazido o questionamento sobre a viabilidade ou fragilidade da teoria de Jack Balkin no contexto jurídico brasileiro, procurando-se trazer a essencialidade de autêntica autonomia do direito diante de eventuais interferências de cunho político-ideológico. Para isso, dentro do âmbito da metodologia jurídica, serão trazidos os ensinamentos do jurisprudencialismo de Castanheira Neves.

## 1 A TEORIA JURÍDICA DE JACK BALKIN

Neste tópico, buscar-se-á explicar alguns aspectos da concepção pragmático-desconstrutiva transcendental balkiniana.

Influenciado pela corrente desconstrutiva de Derrida, bem como descontente com a vertente do pensamento jurídico tradicional, Balkin criará uma teoria jurídica que permita lembrar o sujeito como partícipe essencial na relação (sujeito-objeto) da interpretação jurídica. Do mesmo modo, haverá forte crítica à neutralidade (utópica, segundo ele) do partícipe-intérprete jurídico. Caído o véu da utopia, Balkin não rejeitará a existência da ideologia (como aquela sombra sempre presente), e elencará a possibilidade de utilizá-la para fins de inversão de hierarquias. É aqui que cumpre estudar a desconstrução transcendental, notório contributo do referido autor.

### 1.1 A CRÍTICA AO PENSAMENTO JURÍDICO TRADICIONAL E O VIÉS IDEOLÓGICO-POLÍTICO INERENTE AO DIREITO

Em “*Undersanding Legal Understanding: The Legal subject and the Problem of Legal Coherence*”, Jack Balkin pretende analisar a coerência jurídica como um modo particular de se pensar sobre a lei, estritamente associada à atividade da compreensão jurídica, que é realizada com e para o direito (Balkin, 1993, p. 106). A partir desse viés, Balkin critica a ausência de foco no sujeito legal, o qual interpreta a lei, a doutrina e o sistema jurídico. Ele constata a necessidade de dar maior relevância ao estudo do sujeito que é visto através dos olhos do sistema jurídico e que acaba por estar também vinculado ao objeto jurídico em questão (Balkin, 1993, p. 106). Portanto, Balkin focará em uma jurisprudência do sujeito, a qual reconhece o aspecto ideológico<sup>1</sup>, ao constatar a influência de características externas à compreensão do sistema jurídico.

O autor questionará sobre como julgamentos coerentes ou incoerentes surgem (Balkin, 1993, p. 107) e discordará da ideia da compreensão jurídica como característica preexistente ao objeto, sem interferência do sujeito que a analisa. Ele questionará a concepção de um observador neutro e ideal, como se este não possuísse efetivamente qualquer bagagem já predisposta como crenças e concepções intrínsecas. Defenderá, então, maior relevância da análise de ambos os sujeitos e objetos como partícipes iguais na constituição do sistema em comento (Balkin, 1993, p. 107), uma vez que o sujeito já está intrínseco ao seu objeto interpretativo, bem como inevitavelmente constata o seu reflexo invisível por ele (Balkin, 1993, p. 111; ) (Gaudêncio, 2013, p. 173).

Balkin entende que a subjetividade internaliza normas culturais e estruturas compartilhadas de compreensão, as quais constituem e tornam o que o indivíduo é (Balkin, 1993, p. 107)<sup>2</sup>. A subjetividade, para o autor, é o que o sujeito traz no ato de compreender. Balkin acrescentará o fato de que, em muitas ocasiões, os elementos da compreensão entre pessoas serão similares em virtude da ideologia, a qual é constantemente compartilhada (Balkin, 1993, p. 107). Essa projeção ideológica, criticada por Balkin, será o motivo para uma compreensão errônea da natureza do sis-

tema jurídico, bem como poderá contribuir para tornar o sujeito jurídico da relação interpretativa invisível (Balkin, 1993, p. 109)<sup>3</sup>.

Assim, a jurisprudência deverá ser vista sob uma perspectiva crítica, passível de ser influenciada por fatores externos (Balkin, 1998, p. 124), tais como ideológicos, o que ensejará reflexão mais problematizadora e capaz de detectar como falácia o entendimento da compreensão jurídica apenas pela perspectiva interna, ou seja, sem influências de cunho externo. Inclusive, segundo Balkin, o próprio conceito do que é ou não injusto ou opressivo pode ser diferente conforme a perspectiva e a realidade social do ser que interpreta e julga.

Segundo o entendimento balkiniano, a reconstrução racional se apresenta como particular espécie de compreensão jurídica, que intenta constatar racionalidade nos elementos jurídicos, vendo-os como esquemas plausíveis de regulamentação humana (Balkin, 1993, p. 121-122). Todavia, Balkin enfatizará o fato de que a reconstrução racional é somente uma dentre as diversas outras formas de compreensão jurídica, que também refletem sua interdependência (Balkin, 1993, p. 112). O foco no sujeito da compreensão jurídica possibilitará, assim, maior noção desta conexão entre diversas formas de compreensão jurídica, com o fim de descobrir suas diferenças e semelhanças mútuas (Balkin, 1993, p. 112). A experiência da compreensão jurídica, portanto, se mostrará como dinâmica, sempre suscetível às características do sujeito que a interpreta, com suas respectivas crenças, conhecimentos e valores (Balkin, 1993, p. 112).

Todavia, não será só o objeto que se demonstrará como suscetível ao eu intérprete. A compreensão jurídica se demonstra como uma troca, uma experiência que emite mudanças para ambos os polos (sujeito e objeto) – aspecto que demonstra a influência de Gadamer a Balkin –, o que, para este, demonstrará clara vulnerabilidade do objeto à ideologia e ao poder (Balkin, 1993, p. 113).

Balkin elencará, para fins de instrução e esclarecimento, os diversos tipos de coerência para, por fim, chegar à coerência do sistema jurídico, a qual ele estabelecerá como questão de coerência normativa, que se mostrará mais como uma questão de princípio, do que meramente lógica. Segundo ele, valores e juízos normativos serão normativamente coerentes (e tal concepção será mais substantiva do que formal) “se empregarem diferenças e similaridades que se assentam em princípios e se demonstram como razoáveis em contraposição àqueles que são arbitrários e irracionais” (Balkin, 1993, p. 114). Coerência jurídica será, para ele, uma espécie de coerência normativa, ou melhor, a coerência normativa da justificação legal. Balkin defenderá que a norma será coerente se os princípios, políticas e propósitos que a fundamentam ou poderiam fundamentá-la formarem um conjunto que se apresenta como coerente, razoável, e, principalmente, não arbitrário (Balkin, 1993, p. 115-117).

Desconsiderando, neste momento, as propriedades que um objeto jurídico deve ter para ser juridicamente coerente, partir-se-á diretamente, no presente trabalho, para o sujeito. Balkin traz diversos questionamentos acerca da coerência jurídica na perspectiva do sujeito intérprete (Balkin, 1993, p. 121-122), que é, então, o ponto central do presente trabalho.

Para Balkin, a lei é racionalmente reconstruída quando se procura aplicá-la a um caso concreto. Isso será uma tentativa de compreender a racionalidade substantiva que se acredita emanar dela. Essa tentativa dependerá tanto do sujeito quanto do objeto, bem como da sua acomodação por princípios e políticas razoáveis, e, como já citado, não arbitrários (Balkin, 1993, p. 124).

Além da reconstrução racional, Balkin também citará a importância da desconstrução racional como forma de compreender o sistema jurídico através de um viés crítico, com o fim de detectar as falhas da lei. Enquanto a reconstrução racional tenta constatar a racionalidade que emana da lei, a desconstrução racional visa reconhecer que ela pode não se encaixar com os padrões substantivos de racionalidade (Balkin, 1993, p. 125). Assim, a desconstrução racional se apresenta como fundamentada em um julgamento de racionalidade substantiva (Balkin, 1993, p. 124). Portanto, ela operará através de apelos a outros princípios e políticas, de modo a afirmar que as explicações e fundamentações legais não são razoáveis.

Ambas, reconstrução racional e desconstrução racional, dependerão uma da outra. A reconstrução racional dependerá da desconstrução racional para julgar, analisar e escolher entre os diferentes princípios e políticas para detectar os que são moralmente satisfatórios (Balkin, 1993, p. 126). A reconstrução racional, todavia, exige o entendimento de que anomalias são elementos que devem ser considerados como excepcionais em um todo que se apresenta como coerente, anomalias estas que podem ser retiradas sem causar dano a esse todo integral (Balkin, 1993, p. 127). Ou seja, ambas (reconstrução e desconstrução) necessitam uma da outra em uma dinâmica constante (Balkin, 1993, p. 127). Todavia, cumpre ressaltar novamente que tais formas de compreensão jurídica não esgotam outras diversas possibilidades, de acordo com Jack Balkin. Pois, para entender a lei, devemos perguntar ao sujeito que procura olhar e compreender tal sistema jurídico bem como o porquê (ou seja, a causa) que se procura compreendê-lo.

A compreensão jurídica, assim, se mostra como um “conjunto de ferramentas complementares que empregamos dentro de uma tarefa mais ampla de compreensão social” (Balkin, 1993, p. 131).

A crítica, enfim, de Balkin a uma perspectiva interna única e sua identificação com a reconstrução racional revelará seu intento em trazer elementos antes jogados ao lócus periférico. Além disso, para o autor, tal identificação apaga a contribuição do sujeito e pode ensejar a cristalização de uma compreensão jurídica elitista. Torna-se evidente a conclusão balkiniana de que a reconstrução racional se sobressai como julgamento de coerência jurídica mais predominante (e aqui se demonstra forte causa ideológica) entre os profissionais jurídicos. Portanto, a importância em se analisar a subjetividade demonstra que os julgamentos de coerência jurídica, assim, são moldados por nossos julgamentos de política e moralidade (Balkin, 1993, p. 139), de modo que, segundo Balkin, os julgamentos de coerência jurídica não podem desvincular-se completamente das crenças políticas e morais (também nomeadas por Balkin como “bagagens hemenêuticas”), tendo em vista que tais fatores auxiliam na construção dos nossos próprios julgamentos. Tal ideia se torna mais evidente de

visualizar quando essas crenças produzem discordância; no entanto, elas, enfim, também auxiliam na construção de consensos acerca da coerência jurídica (Balkin, 1993, p. 137).

O supracitado autor também salientará que a atitude mais comum perante a lei é a tentativa de redução de dissonância cognitiva, o que pressupõe que a questão não é o fato de a lei ser coerente, mas, sim, aparentar coerência. Balkin critica tal viés, entendendo-o como uma atitude de descon sideração de críticas políticas e ideológicas (Balkin, 1993, p. 144). Também critica a visão do instru mentalismo legal como forma de consolação, que esconde forte aspecto ideológico-político:

O poder ideológico é um caso especial de poder que deriva das ferramentas de compreensão que usamos para expressar os nossos valores e dar sentido ao mundo social. O poder da ideologia é precisamente o poder que as ferramentas da nossa compreensão têm sobre nós. Precisamos de ferramentas de compreensão para dar sentido ao mundo, mas, tal como os nossos membros e olhos, essas ferramentas tornam-se parte de nós. Aqueles que moldam ou controlam as ferramentas da nossa compreensão têm um certo poder sobre nós porque somos, em grande medida, as ferramentas da nossa própria compreensão (traduzido pelo autor) (Balkin, 1993, p. 165-166).

Posto isso, a estrutura do pensamento jurídico de forma dialética, segundo Balkin, pode ser compreendida através de confrontos contantes entre ideias opostas (Balkin, 1986, p. 10), em que tal pensamento ao invés de constituir uma «estrutura cristalina» como um todo, teria, ao contrário, um conjunto de diversas estruturas cristalinas (Balkin, 1993, p. 2) (Gaudêncio, 2013, p. 99-100). Tal concepção se baseia, segundo os argumentos balkinianos, na tendência da mente humana de pensar de acordo com oposições, de modo que isso será refletido através de símbolos de linguagem que são utilizados pelo pensamento jurídico (Balkin, 1986, p. 68). Essa proposta compreende a necessidade de estar ciente da realidade da estrutura cristalina do pensamento moral e jurídico, o que acaba permitindo melhor compreensão e evolução dos argumentos e do sistema jurídico como um todo (Balkin, 1986, p. 69).

Assim, como consequência, o autor entende que uma das características principais dessa compreensão é conceber o argumento jurídico como verdadeiramente contextual, de modo que “não é a regra em si, mas a regra que é colocada em oposição a esta que determina os argumentos a seu favor” (Balkin, 1986, p. 53). Um exemplo eficaz para a compreensão dessa ideia é trazido por Balkin ao citar as ocasiões em que os juízes decidem estender uma já existente posição doutrinária (quando se segue a mesma direção da escolha originária), ou quando vão em sentido oposto à escolha original (Balkin, 1986, p. 56). Esse exemplo esclarece o uso de díades na concepção do pensamento jurídico como estruturas cristalinas que se baseiam em regras de escolhas.

A ideia de oposição intrínseca ao pensamento jurídico pressupõe assumi-lo, portanto, como naturalmente conflitante e dialético (Balkin, 1968, p. 64). O argumento moral, dessa forma, por depender do contexto, obviamente irá variar de cultura para cultura. Todavia, isso não pressupõe que todos os argumentos são igualmente justos e corretos (Balkin, 1968, p. 66-67). Segundo Balkin, o fato de construir um argumento moral enseja inevitavelmente uma responsabilidade para com suas consequências, uma vez que afetam diretamente vidas humanas. De acordo com o autor, a persuasão jurídica e moral é essencial para se viver em uma sociedade democrática.

Portanto, cumpre salientar que Balkin se afasta da ideia de completa indeterminação textual, defendendo, na verdade, uma determinação linguística que se afirmará através do contexto. O contexto será essencial, como afirmado, para compreender a concepção balkiniana (Gaudêncio, 2013, p. 68).

## 1.2 A JUSTIÇA COMO VALOR TRANSCENDENTE E INDETERMINADO E AS OPOSIÇÕES EM NINHO

Por meio de um estudo das concepções de Jacques Derrida, Balkin concorda que a lei, por seu caráter redutor e simplificador, não consegue alcançar a singularidade intrínseca a cada ser humano.

De acordo com a concepção balkiniana, os valores serão transcendentais à cultura. Tal afirmação irá pressupor uma lógica e significados indefinidos, não como algo que ultrapassa nossa cognição, mas como algo que não pode ser simplificado a qualquer espécie de mera fórmula (Balkin, 1994a, p. 29).

A justiça, ao contrário da concepção derridiana de viés de infinitude, será vista, então, como valor indeterminado de caráter transcendental, que necessitará das ferramentas do direito (e da sua inevitável natureza categorial) para, mesmo que incompletamente, se concretizar. Entre os valores transcendentais e suas consequentes articulações pela lei, constata-se abismal insuficiência (Balkin, 1986, p. 58). As teorias da justiça, bem como suas representações pela cultura, de acordo com Balkin, sempre estarão aquém do valor transcendente da justiça (Balkin, 1986, p. 31).

Por necessitar de categorias, a compreensão jurídica, bem como sua consequente execução legal, acaba por ser uma constante fonte de injustiças (Balkin, 1986, p. 34). Ela não consegue se adequar cotidianamente às singularidades de cada caso concreto submetido à justiça.

Outrossim, ao absorver também os ensinamentos de James Boyd White, Balkin compartilha da ideia de que o problema da justiça se expõe como um problema de tradução, no momento em que a compreensão jurídica intenta falar a língua do Outro através de seus próprios termos. A tradução, assim, por sempre se mostrar imperfeita, demonstra a impossibilidade de se falar efetivamente na linguagem deste Outro (Balkin, 1986, p. 35). No mesmo sentido, a atividade judicial, ao intentar ser imparcial e neutra, acaba por experimentar uma linguagem de um terceiro, que não se assemelha a nenhuma das duas partes em análise, o que acaba por falsificar ainda mais a situação ao não respeitar a singularidade de cada um dos polos envolvidos (Balkin, 1986, p. 35).

Todavia, Balkin considera que essa análise da singularidade, intrínseca em cada ser humano, não deve ser considerada de forma absoluta. Para ele, a realização da justiça é difícil e complexa justamente porque, além das inumeráveis diferenças, há também a presença de diversas similaridades. A justiça de Balkin não se demonstra como demanda que nunca é satisfeita, como em Derrida, mas, sim, como algo que é indefinido.

O reconhecimento das diferenças e a compreensão das similaridades se mostram como imprescindíveis. Assim, Balkin diverge do posicionamento derridiano acerca da concepção de uma ética da alteridade de cariz infinita, e compreende uma ética de valor indeterminado, indefinido,

uma vez que, segundo ele, devemos tentar, ao menos, falar na língua do Outro, apesar de sabermos que esses limites são indeterminados e dependem do seu respectivo contexto (Balkin, 1986, p. 43). Ademais, Balkin defende que uma desconstrução a serviço da justiça verificará a possibilidade de reconstrução, mesmo com a natureza categórica intrínseca ao direito. Procurar-se-á uma categoria que melhor articule o contexto apropriado de julgamento (Balkin, 1986, p. 54-55).

Para efetivar e adentrar no conceito de desconstrução, Jack Balkin se utilizará da lógica de semelhanças e diferenças, chamadas de “*nested oppositions*” (Gaudêncio, 2008, p. 185-186), que possibilitarão constatar a relação mútua entre conceitos, também dito opostos, por meio de clara crítica à metafísica da presença, já alvo de estudos por Derrida (Balkin, 1987, p. 2-3). As oposições em ninho invocarão, assim, os conceitos de *différance* (Derrida, 1991, p. 36-37) e *trace* (Balkin, 1987, p. 11), conceitos não estáveis, mas passíveis de identificar uma mútua dependência conceitual (Balkin, 1987, p. 11). A *différance*, nos dizeres de Jacques Derrida, corresponderia à temporização, ou seja, a um diferir que recorre ao tempo, à “mediação temporal e temporizada de um desvio que suspende a consumação e a satisfação do ‘desejo’ ou da ‘vontade’, realizando-o de fato de um modo que lhe anula ou modera o efeito” (Derrida, 1991, p. 39). No mesmo sentido, *différance* também se mostraria como o “não ser idêntico”, ou seja, ser outro, ser diferente. Assim, inegável a necessidade de trazer aqui a explicação de Derrida (1991, p. 45):

A *différance* é o que faz com que o movimento da significação não seja possível a não ser que cada elemento dito “presente”, que aparece sobre a cena da presença, se relacione com outra coisa que não ele mesmo, guardando em si a marca do elemento passado e deixando-se já moldar pela marca da sua relação com o elemento futuro, relacionando-se o rastro menos com aquilo a que se chama presente do que àquilo a que se chama passado e constituindo aquilo a que chamamos presente por intermédio dessa relação mesma com o que não é ele próprio: absolutamente não ele próprio, ou seja, nem mesmo um passado ou um futuro como presentes modificados. É necessário que um intervalo o separe do que não é ele para que ele seja ele mesmo, mas esse intervalo que o constitui em presente deve, no mesmo lance, dividir o presente em si mesmo, cindindo assim, como o presente, tudo o que a partir dele se pode pensar, ou seja, todo o ente na nossa língua metafísica, particularmente a substância e o sujeito.

Não há *différance* sem o rastro (ou *trace*), que permite constatar as dependências, como algo que traz elementos do passado, silenciando-se no presente (Derrida, 1991, p. 57).

Ambos os conceitos em questão indagarão as oposições conceituais e questionarão criticamente o viés logocêntrico enraizado na sociedade. A desconstrução será o modo possibilitador de trazer à vista as dependências e diferenciações mútuas entre oposições conceituais. Invoca-se, assim, a necessidade de inversão de hierarquias (Balkin, 1987, p. 2-3) (e aqui se verifica novamente o teor ideológico-político), com o propósito de revelar conceitos em posições de privilégio em detrimento de outros (Linhares, 2008, p. 61). Tal ideia proporcionará diferente visão em contraposição ao pensamento jurídico tradicional. Para isso, o referido autor salientará que o que efetivamente demonstra oposição entre dois conceitos não é uma lógica de contradição, mas, sim, o contexto em que se analisam tais conceitos, conforme explicado anteriormente (Balkin, 1990, p. 7). Como exemplo, ele cita o caso de dois casais em que se pergunta: Quantos são? Podemos tanto constatar que são dois



casais, quanto quatro pessoas, o que dependerá do contexto e de que propriedade e aspecto estão em análise (Balkin, 1990, p. 7).

O caso mais evidente e emblemático de *nested opposition* será a oposição entre justiça e lei (Balkin, 2005, p. 739).

### 1.3 A DESCONSTRUÇÃO TRANSCENDENTAL COMO MÉTODO

Jack Balkin, com o intuito de clarear e desnudar o fator ideológico, demonstra que um dos objetivos da desconstrução, como ferramenta tipicamente analítica, é desmistificar e se contrapor à ideia de que a lei é justa. O texto legal será, então, um terreno fértil para a análise dos privilégios de caráter ideológico. Sua perspectiva desconstrutivista será, além disso, pragmática, contrapondo-se, dentre diversos outros fatores, à desconstrução de Derrida. Tentar-se-á expor as fragilidades, as ambiguidades e incertezas dos textos legais com o fim de se constatar a inadequação entre justiça e lei, uma justiça sempre buscada, mas nunca completamente alcançada (Balkin, 1994b, p. 401).

No mesmo sentido, Balkin reitera o fato de a desconstrução não se mostrar como prática de cariz niilista, argumento utilizado por críticos da desconstrução que alegam que tal prática desvaloriza a legitimidade de princípios e normas legais, bem como ameaça objetos de valor inestimável na sociedade, tais como os valores, a autoridade e os significados. Ao contrário, a desconstrução permitirá um modo de se interpretar o sistema legal através de um método que se esquive da metafísica da presença e consiga trazer à tona conceitos antes não explorados e relegados à margem do universo das concepções. A desconstrução, assim, não será destrutiva, mas, antes, possibilitará infinitas novas construções e descobertas (Balkin, 1987, p. 24).

O argumento desconstrutivo, por se demonstrar como prática retórica também passível de desconstrução, poderá ser aprendido, praticado, e ensinado, o que possibilitará a sua utilização tanto para o bem quanto para o mal (Balkin, 1994a, p. 29).

Quando, no entanto, for utilizada em prol da justiça, a desconstrução se demonstrará como transcendental e terá caráter normativo com a presunção de que os valores humanos transcendentais, tal como a justiça, não são nunca adequadamente capturados pela cultura (Balkin, 1994b, p. 401). Seu objetivo será a retificação, e não a destruição. A desconstrução não se equivalerá à justiça, tal como em Derrida (2003, p. 26), mas será uma prática para o descobrimento de argumentos mais justos. A concepção transcendental de desconstrução exigirá o retorno à análise do sujeito individual, o qual anseia pela consagração da justiça como valor urgente e como desejo interior de toda alma humana (Balkin, 1994a, p. 70).

Desse modo, a leitura do texto legal feita pelo juiz se mostrará também parcial por meio das significações de conceitos que mudam conforme os contextos históricos. A história da lei se revela, então, como iterabilidade (Balkin, 1987, p. 35-37). Balkin absorve tal ideia a partir da concepção

dos signos de Derrida, teoria que parte da ideia de que os signos se desvinculam e escapam de seu autor e se tornam independentes e passíveis de serem utilizados em diversos contextos diferentes. A repetição possibilitará seu uso e manipulação e a publicidade permitirá que o signo permaneça e se transforme, adquirindo independência e se instalando em diferentes contextos (Balkin, 1987, p. 41). Tal repetição será, enfim, uma relação de diferença e similaridade, uma vez que o signo, em outro contexto, terá o rastro de similaridade ainda presente, mas agora também mudado e transformado com novos significados por meio do seu uso por uma nova pessoa. Balkin entenderá, então, que “é o texto como lido, e não como escrito, que se tornará a lei” (Balkin, 1987, p. 44).

Em virtude da iterabilidade dos signos, afasta-se, então, a perspectiva subjetivista de interpretação da lei, com o fim de se considerar o objeto da desconstrução como texto autônomo, com específico foco nas similaridades e diferenças entre conceitos, salientando uma evidente instabilidade textual. A ideia de que a intenção do texto legal se vincula estritamente à intenção de seu autor será posta em questionamento, uma vez que, apesar de já ser objeto de muitas críticas, tal interpretação ainda se mostra frequente no cotidiano judicial (Balkin, 1987, p. 33).

Essa concepção crítica à teoria simples da interpretação, de forte viés logocêntrico, será defendida por Balkin como essencial ao Estado de Direito, sob o argumento de que a intenção do autor, perdida para sempre no momento de sua criação, constituirá o signo, que possibilitará a comunicação intersubjetiva (Balkin, 1987, p. 44). Para a efetivação de um Estado de Direito, o que prevalecerá e terá caráter de autoridade será a lei, e não a vontade de quem a criou (Balkin, 1987, p. 44). Ou seja, a teoria subjetivista, já por muitos rejeitada na interpretação do texto legal, será também rejeitada aqui por Balkin, uma vez que se pretende desconstruir a hierarquia que privilegia tal concepção. Tal método interpretativo desconstrutivo se utilizará de uma variedade de instrumentos e se orientará por fins específicos, os quais se afunilarão na busca pela justiça como valor indeterminado.

Balkin, portanto, redefine o conceito de desconstrução de Derrida e a nomeia como “desconstrução transcendental” (Linhares, 2008, p. 658-659). Também ao contrário de Derrida (2003, p. 26), a concepção de desconstrução não se equivalerá à justiça, mas será a desconstrução uma espécie de intervalo entre o desejo da realização da justiça (como valor indeterminado) e sua realização imperfeita pela cultura e mãos humanas. Tal desconstrução possibilitará a reconstrução, a qual também pode ser objeto de nova desconstrução (Gaudêncio, 2013, p. 184-185). Seu uso normativo estará relacionado precisamente à inadequação, já citada aqui, entre direito e justiça.

## CONCLUSÃO: POR UM CAMINHO METODOLÓGICO

Chega-se, então, ao questionamento acerca da efetividade da desconstrução como método jurídico, que se utilizará de ferramentas, tais como, por exemplo, as oposições em ninho. Na concepção de Balkin, os materiais legais se transformam conforme a mudança de contextos. Isto se deve à ideia de iterabilidade dos signos, conforme já explorado anteriormente. As mudanças histó-

ricas, políticas e sociais alteram tais contextos e propiciam que o signo se desvincule de seu autor e adquira autonomia, seguindo seu próprio caminho. Nesse sentido, o autor norte-americano traz a concepção do “*free play of text*” (Balkin, 1987, p. 94), de Jacques Derrida.

Em sequência, Balkin propõe a desconstrução das oposições de concepções de leituras corretas das de leituras incorretas, com o intuito de questionar o porquê de tais privilégios, indagando seus modos de legitimação e validação. Proporciona, além disso, a possibilidade de compreender a causa de alguns elementos serem excluídos. Tal compreensão permite a mudança e a transformação do sistema jurídico, bem como permite visualizar a incompletude da teoria tradicional de interpretação jurídica (Balkin, 1987, p. 38).

Ocorre, todavia, que a desconstrução pretende evitar justamente a imposição de projetos logocêntricos, não devendo pautar-se em estabelecer novas hierarquias de interpretação de pensamento. Desse modo, não se deve escolher uma teoria em detrimento de outra, sendo mais correta a compreensão da coexistência entre a teoria do “*free play of text*” com a da intenção do autor do texto, “em uma relação desconfortável em que nenhum dos dois pode ser mestre nem servo” (Balkin, 1987, p. 47). Nessa linha de pensamento, Balkin ressalta, então, que não se deve conceber apenas estas duas linhas de interpretação, justamente porque a desconstrução procura descobrir novas formas de interpretação do texto que permitam trazer à presença os elementos que antes eram considerados como ausentes (Balkin, 1987, p. 47).

A desconstrução, então, não objetiva compreender o sistema jurídico como incoerente, mas, sim, compreender o pensamento logocêntrico e todas as suas respectivas formas como verdadeiramente incoerentes e nebulosas (Balkin, 1987, p. 48).

Tendo em vista a importância de se dar ênfase ao sujeito durante a interpretação jurídica (o qual é constantemente – sob um viés ideológico – esquecido nas teorias interpretativas), e assumindo que, no momento da interpretação, o sujeito traz bagagens culturais, sociais, políticas e históricas que estão intrínsecas à sua pessoa (como experiência individual em certo contexto sociocultural), e, considerando a vulnerabilidade dos textos legais, ou seja, sua indeterminação que dependerá relativamente do contexto em que se interpreta, bem como do sujeito que efetua tal análise, pode-se concluir a fragilidade da teoria balkiniana. Isso porque, apesar de a desconstrução, em Balkin, ser instrumentalizada para a procura da concretização do valor transcendental da justiça (discordando da concepção derridiana da desconstrução se equivaler à justiça), o autor não nega a possibilidade de a desconstrução ser utilizada para outros fins, dependendo de quem esteja se utilizando da mesma. Trata-se de um projeto que carece de verdadeiro e autêntico método jurídico que possa dar maior segurança à interpretação jurídica.

Não se negará, aqui, a importância do contexto, e mais especificamente do problema objeto de interpretação jurídica, que se apresenta em determinado ambiente sociocultural com suas características peculiares. Trata-se, antes, de reconhecer o caso-problema (Neves, 2013, p. 144) como *prius*

metodológico, que condicionará a interpretação jurídica, a qual deve ser considerada, nos dizeres do doutrinador português Castanheira Neves, como “a determinação normativo-pragmaticamente adequada de um critério jurídico do sistema do direito vigente para a solução do caso decidendo” (Neves, 2013, p. 142). Tratar-se-á de uma realização do direito através da resolução de problemas jurídicos concretos (Neves, 2008, p. 388).

As concepções objetivista e subjetivista de interpretação jurídica devem ser, aqui, ultrapassadas e superadas, com o fim de se focar na normatividade que as normas constituem e oferecem (Neves, 2008, p. 144), concebendo o sistema jurídico, não como um sistema de dados já pressupostos e definitivos, mas, sim, como uma tarefa a ser realizada, “já que há-de assimilar uma sempre nova experiência problemática e assumir numa totalização congruente as novas intenções normativas de que, através dessa experiência, o direito se vai enriquecendo” (Neves, 2013, p. 158).

Trata-se também de estabelecer um autêntico método para a interpretação jurídica que proponha uma análise que não possa ser alvo de instrumentalização pelo julgador, e isso é o elemento crucial. Um método que permita estabelecer os âmbitos de análise, tanto das questões que o caso-problema suscita quanto das questões de direito<sup>4</sup>.

Assim, ao se deparar com um caso-problema, a intenção normativo-dogmática do sistema jurídico se conjugaria dialeticamente com a intenção de justiça material referente ao problema concreto (Neves, 2008, p. 397). Sistema jurídico que se constitui por elementos estratificados, tais como os princípios (como verdadeiros fundamentos (Linhares, 2008, p. 388), as normas, a jurisprudência e a dogmática (Neves, 2009, p. 21-22).

Dessa forma, diferentemente da desconstrução que pode permitir diferentes respostas para um mesmo problema, a norma (Neves, 2008, p. 410), no jurisprudencialismo de Castanheira Neves, se apresenta como intencionalmente aberta, ocasião em que, através da interpretação exigida pelo caso jurídico concreto, será superada esta abertura e sua consequente indeterminação, “[...] imputando à norma o sentido jurídico que essa concreta resolução problemática lhe permite reconhecer” (Neves, 2008, p. 408). Tal abertura permite a constante e necessária atualização do sistema jurídico diante das inevitáveis novidades trazidas pelos casos-problemas, que permitem o enriquecimento desse sistema.

Trata-se, na realidade, de um confronto entre problemas, ou seja, entre o problema que a norma propõe (e não meramente o conteúdo de seu texto), e o problema que o caso suscita, sendo a norma aplicável (Neves, 2013, p. 175) a este caso a partir de uma analogia entre tais problemas (Neves, 2013, p. 175).

Ocorre que não se deve desconsiderar o fato de que muitas vezes os critérios oferecidos pelo sistema não são suficientes para a resolução adequada do caso concreto (e é por tal razão que se conclui que o sistema é problematicamente aberto, em uma contínua transformação e realização

estimulada pelos novos casos que aparecem). Perante essa situação, caberá ao julgador realizar uma autônoma constituição normativa, de modo que o sistema não deixará de ser a “[...] condição para a determinação da própria novidade do tipo de problema concretamente decidendo” (Neves, 2013, p. 166), ou seja, como já afirmado, o sistema não se esgota nas normas que ele prescreve, caracterizando-se como um todo integrado que oferece uma “jurídica normatividade judicativamente fundamentante” (Neves, 2013, p. 206). Isso se deve à impossibilidade do julgador de se esquivar da imediaticidade presente na necessidade de julgar os casos-problemas. Não se olvidará, nesse contexto, da responsabilidade do julgador na constituição dos critérios e fundamentos para tal resolução (e consequente realização) (Neves, 2013, p. 175).

Posto isso, tratar-se-á de reconhecer o caráter analógico da interpretação jurídica, em que o direito não se focará nas diferenças ou mesmo em uma identidade (e aqui pretende-se lembrar, novamente, das “*nested oppositions*” de Balkin, que se mostram como ferramentas insuficientes da desconstrução para uma realização efetiva do direito), mas, sim, na analogia, a qual permite uma correspondência entre a intencionalidade abstrata da norma e o sentido concreto do caso (Neves, 2013, p. 271).

## NOTAS

<sup>1</sup> Não se deve ignorar os estudos de Balkin acerca da ideologia em sua obra “Cultural Software: a theory of ideology”, em que a análise social do homem como ser cultural exige também a análise da ideologia – em sua concepção ambivalente – e a de seus efeitos no pensamento e na prática jurídica.

<sup>2</sup> O conjunto de ferramentas para a compreensão do mundo será nomeada como «*cultural software*».

<sup>3</sup> Balkin criticará, no texto em comento, a posição teórica de Ronald Dworkin, o qual somente se foca na perspectiva meramente interna.

<sup>4</sup> Nesse sentido, cumpre propor a leitura acerca do assunto presente nas páginas 163 e seguintes da obra Metodologia Jurídica: problemas fundamentais, do Doutor Professor Antônio Castanheira Neves, já alvo de citação completa neste trabalho.

## REFERÊNCIAS

- BALKIN, Jack. Being just with deconstruction. **Faculty Scholarship Series**, New Haven, CT, paper 271, p. 393-404, 1994b. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/271/?utm\\_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss\\_papers%2F271&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/271/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F271&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages). Acesso em: 15 jun. 2018.
- BALKIN, Jack. Critical legal theory today. In: MOOTZ III, Francis J. (ed.). **On philosophy in American Law**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1083846](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1083846). Acesso em: 14 jun. 2018.
- BALKIN, Jack. **Cultural software: a theory of ideology**. Connecticut: Yale University Press, 1998. 346 p.
- BALKIN, Jack. Deconstruction's legal career. **Faculty Scholarship Series**, New Haven, CT, paper 238, p. 719-740, 2005. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/238/?utm\\_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss\\_papers%2F238&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F238&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages). Acesso em: 15 jun. 2018.
- BALKIN, Jack. Deconstructive practice and legal theory. **Faculty Scholarship Series**, New Haven, CT, paper 291, p. 1-48, 1987. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/291/?utm\\_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss\\_papers%2F291&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F291&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages). Acesso em: 15 jun. 2018.
- BALKIN, Jack. Nested oppositions. **Faculty Scholarship Series**, New Haven, CT, paper 281, p. 1-41, 1990. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/281/?utm\\_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss\\_papers%2F281&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/281/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F281&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages). Acesso em: 15 jun. 2018.
- BALKIN, Jack. The crystalline structure of legal thought. **Rutgers Law Review**, New Jersey, v. 39, n. 1, 1986. Disponível em: <https://jackbalkin.yale.edu/sites/default/files/files/crystal.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BALKIN, Jack. Transcendental deconstruction, transcendent justice. **Faculty Scholarship Series**, New Haven, CT, paper 272, p. 1-70, 1994a. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/272/?utm\\_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss\\_papers%2F272&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F272&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages). Acesso em: 15 jun. 2018.

BALKIN, Jack. Understanding legal understanding: the legal subject and the problem of legal coherence. **Faculty Scholarship Series**, New Haven, CT, paper 273, p. 105-176, 1993. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/273/?utm\\_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss\\_papers%2F273&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F273&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages). Acesso em: 14 jun. 2018.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução: Fernanda Bernardo. Coleção Campo da Filosofia 17. Porto: Campo das Letras, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia**. Tradução: Joaquim Torres Costa e Antônio M. Magalhães. 1. ed. Campinas: Papyrus, 1991. 376 p.

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

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Justiça transcendente e autotranscendentalidade axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA DO DIREITO, EM HOMENAGEM AO SENHOR DOUTOR ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, 1., 2008, Ouro Preto. **Anais [...]**.

LINHARES, José Manuel Aroso. Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: os enigmas de Force de Loi. In: DIAS, J. F.; CANOTILHO, J. J. G.; COSTA, J. F. (org.). *Ars Iudicandi*: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Volume I: filosofia, teoria e metodologia. *Studia Iuridica* 90: Ad Honorem, 3. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MINDA, Gary. **Postmodern legal movements**: law and jurisprudence at century's end. New York: New York University Press, 1995. 362 p.

NEVES, António Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. *Studia Iuridica* 1. 1. ed. reimpr. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NEVES, António Castanheira. O sentido actual da metodologia jurídica. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 3.

NEVES, António Castanheira. Pensar o Direito num tempo de perplexidade. In: SILVA DIAS, Augusto *et al* (org.). **Liber amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário**: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. 1051 p.