

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO, ARTE E LITERATURA

ADRIANA SILVA MAILLART

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

MARCELO CAMPOS GALUPPO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, arte e literatura [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann; Marcelo Campos Galuppo. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-721-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO, ARTE E LITERATURA

Apresentação

O XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS, realizado em parceria com a UNISINOS, apresentou como tema central “TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INOVAÇÃO NO DIREITO”. Uma tal temática suscitou intensos debates desde a abertura do evento e desdobramentos no decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias. Particularmente, os estudos ligados ao movimento denominado Law and Humanities, que envolvem Direito e Literatura, Direito e Arte, Direito e Cinema, Direito e Música etc. mereceu destaque no Grupo de Trabalho “Direito Arte e Literatura”, que se consolida como relevante espaço acadêmico de divulgação e do compartilhamento de pesquisas na perspectiva teórica e no espectro das possibilidades existentes entre Direito, Arte e Literatura.

Sob a coordenação da Profa. Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro -Universidade Estacio de Sá (UNESA/UNIRIO), do Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo, da Pontifícia Universidade Católica de Minas - PUC Minas e da Profa. Dra. Adriana Silva Maillart, da Universidade Nove de Julho, o GT Trabalho “Direito Arte e Literatura” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

Sob o título: A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA ARTE PRODUZIDA PELAS ESCOLAS DE SAMBA, À LUZ DOS ESTUDOS FOUCAULTIANOS E DECOLONIAIS, Aline Lourenço de Ornel, Ana Clara Correa Henning buscaram demonstrar que escolas de samba promovem o acesso a direitos sociais em suas comunidades. Para tal utilizaram-se de estudos foucaultianos e decoloniais, da pesquisa documental em vídeo de desfiles e em sites de agremiações. Abordaram conexões entre arte e direito e resistência a relações de poder e de saber. Para concluir que a arte destas agremiações, no viés decolonial, serve de instrumento de concretização de direitos sociais, demonstrando que diálogos entre arte e direito suscitam alternativas a soluções estatais imbricadas em jogos de poder e de saber.

Caroline Bresolin Maia Cadore, Kimberly Farias Monteiro apresentaram o trabalho intitulado: A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO CINEMA: O DESENVOLVIMENTO HUMANO DA MULHER EM TELA que discorre sobre o quanto as mulheres são estereotipadas como o sexo frágil na sociedade e no meio artístico não seria diferente. Diante dessa realidade, analisam a cartilha elaborada pela ONU Mulheres Brasil, composta por sete Princípios do Empoderamento das Mulheres, como meio de impulsionar o fortalecimento das mulheres no mercado de trabalho e na sociedade de modo geral.

A DITADURA MILITAR E SUA IDENTIDADE COM "1984" DE GEORGE ORWELL é o título do artigo de Rodrigo de Medeiros Silva que traça o paralelo entre 1984, obra de George Orwell, e a Ditadura Militar brasileira. Demonstra inúmeros aspectos comuns, advindo do escopo totalitário existente em Oceânia, país onde acontece a história narrada no livro, e no Brasil, governado pelos militares. Utiliza violações de Direitos Humanos para demonstrar que os desrespeitos cometidos pela Regime seriam os mesmos da ficção. Trabalha termos, slogans e discursos de legitimação destes Estados, para reprimir e relativizar direitos e garantias de quem possa ser considerado indesejável para o sistema.

As autoras Adriana Silva Maillart, Simone Gasperin de Albuquerque apresentaram o trabalho intitulado: A INCLUSÃO DA LITERATURA CLÁSSICA COMO FORMA DE APRIMORAMENTO DA EDUCAÇÃO GERAL E JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE que objetiva analisar como a literatura pode resgatar o interesse dos acadêmicos pela aprendizagem, em virtude da deficiente formação da maioria dos estudantes, inclusive os ingressados do Curso de Direito. Do ponto de vista desta pesquisa, o resgate do estudo de obras clássicas poderia aprimorar o conhecimento dos graduandos.

Sob o título A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E LITERATURA EM A BALADA DE ADAM HENRY DE IAN MCEWAN, a autora Mariana Monteiro buscou problematizar a relação entre Direito e Literatura, em que a personagem, juíza Fiona Maye, decide o caso de Adam Henry, adolescente prestes a completar dezoito anos, que sofre de leucemia e necessita de transfusão de sangue, negada pelos pais, Testemunhas de Jeová. O objetivo é examinar a decisão acerca do conflito entre Estado laico e crenças religiosas dos indivíduos.

Bruna Barbieri Waquim , Héctor Valverde Santana são os autores do artigo intitulado: A SOCIEDADE LITERÁRIA E A TORTA DE CASCA DE BATATA: UMA HISTÓRIA DE AFETO E ALTRUÍSMO SOB A ÓTICA DA FAMÍLIA TENTACULAR, no qual se propõem a debater as transformações socio jurídicas da família, por meio da análise do filme “A Sociedade Literária e a torta de casca de batata”, romance histórico ambientado na Segunda Guerra Mundial.

A relação entre o direito e o cinema está presente nesse trabalho da autoria de Carla Bertoncini , Fabiani Daniel Bertin intitulado: DIREITO E CINEMA: DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR POR UM ENSINO JURÍDICO MAIS HUMANIZADO. Nele as autoras abordam alguns aspectos da forma como o Direito é lecionado no Brasil e, em seguida, apontam a interdisciplinaridade como caminho na formação de um profissional cada vez mais preocupado com a realidade a sua volta, apto a desenvolver, além da técnica, o altruísmo intrínseco à profissão. Por fim, elencam o Cinema como possibilidade desse novo olhar inovador, além da “letra da lei”.

DIREITO E LITERATURA: UMA BUSCA PELA IGUALDADE DE TRATAMENTO AOS SOCIALMENTE INVISÍVEIS é o título do artigo apresentado por Danielle Augusto Governo e Renato Bernardi que aborda a busca da efetivação do princípio da igualdade relacional para os grupos minoritários e sua complexidade, visto que cada dia mais as minorias têm seu espaço de visibilidade diminuído, pois não possuem voz para efetivarem os seus direitos e conquistarem o respeito por sua identidade. Assim, observam que é relevante reconhecer a igualdade relacional e promovê-la, com o intuito de gerar o empoderamento das minorias.

Gislaine Ferreira Oliveira apresentou o artigo, cujo título DIREITO, TECNOLOGIA E BLACK MIRROR: UMA ANÁLISE DA DEMOCRACIA ELETRÔNICA E DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA ONLINE CIDADÃ A PARTIR DO EPISÓDIO “MOMENTO WALDO” revela seu objetivo, qual seja, analisar como as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) contribuíram para o surgimento de uma democracia eletrônica, potencializam a participação política cidadã e modificaram o processo político.

DIREITOS HUMANOS E LITERATURA: DA "NAÇÃO CRIOLA" DE JOSÉ EDUARDO AGUALUSA À ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA DA FAZENDA BRASIL VERDE, da autoria de Fernanda Nunes Barbosa e Gabrielle Bezerra Sales Sarlet trata da relação entre os direitos humanos e a literatura, sobretudo para percepção do fenômeno jurídico de maneira integral e sob o enfoque da alteridade, por meio da análise da obra Nação Criola e da decisão da CIDH no caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

A relação entre o Direito e o Cinema está presente no trabalho apresentado por Marco Antonio Turatti Junior intitulado: ENTRE OS BINARISMOS DA CONSTRUÇÃO SOCIAL DAS SEXUALIDADES: A BISSEXUALIDADE COMO IDENTIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ATRAVÉS DA REPRESENTATIVIDADE DO CINEMA. Seu propósito é o de reconhecer o valor da liberdade de orientação sexual de cada indivíduo como manifestação da dignidade da pessoa humana. Desse modo, observa-se que a bissexualidade

tem seus estigmas pela construção social permeada por binarismos no estudo das sexualidades, fartamente demonstrada pelo cinema como uma demonstração da não clareza sobre a orientação sexual, o que permite concluir que é preciso reconhecer a liberdade sexual como integrante dos direitos humanos e a compreender cientificamente a bissexualidade.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Victor Pina Bastos apresentaram o ESTUDO SOBRE O POLIAMOR NO TEMPERO DO “SABOREARTE” DE DONA FLOR E SEUS DOIS MARIDOS em que confrontam o relacionamento descrito por Jorge Amado na obra "Dona Flor e seus dois maridos" e as controvérsias que envolvem o poliamor no direito brasileiro. Valendo-se da metodologia dialética analítica, tendo como referencial teórico o culturalismo realeano, promovem um olhar crítico-reflexivo entre autonomia privada e moral social. Percebem que as questões se travestem de jurídicas, estão imbuídas de valores morais que legitimam a monogamia infiel, mas não o poliafeto leal.

LENTE DE RECONHECIMENTO E LENTE DE DOMINAÇÃO: A NARRATIVA LITERÁRIA COMO FORMA DE (RE)DIRECIONAR O OLHAR DO DIREITO AO PARADIGMA DO OUTRO é o título do trabalho da autoria de Thaís Maciel de Oliveira, que a partir de um contexto literário, busca fomentar uma harmonização do Direito com a Literatura com intuito de aproximar a imaginação literária da racionalidade pública, através da obra Senhora de José de Alencar.

Márcia Letícia Gomes apresentou o trabalho intitulado: LITERATURA, MEMÓRIA E DITADURA: AINDA ESTOU AQUI, DE MARCELO RUBENS PAIVA no qual as memórias da família do desaparecido político vão sendo entremeadas às leis, regulamentos e peças processuais que cercam a história de Rubens Beyrodt Paiva, morto no período da ditadura.

Sob o título: MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E USINAS HIDRELÉTRICAS: O REASSENTAMENTO MODERNO A PARTIR DA OBRA VIDAS SECAS, Graciele Dalla Libera tentou demonstrar como o mínimo existencial ecológico influencia na concretização da dignidade da pessoa humana e evidenciar como grandes instalações hidrelétricas resultam na problemática da degradação da natureza e dos recursos naturais, e acabam por atingir as comunidades que vivem à margem de tais atividades, a partir da obra Vidas Secas.

O "DIREITO COMO PERFORMANCE" DE SANFORD LEVINSON E JACK M. BALKIN: UMA DINÂMICA TRIANGULAR PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA, da autoria de Aline De Almeida Silva Sousa, é dedicado a compreender a analogia "Direito

como Performance" de Sandford Levinson e Jack M. Balkin. Promove a análise da analogia, que identifica o direito com as artes performáticas, embora sem esquecer da crítica de Castanheira Neves, que põe em voga outras preocupações que os demais guias não enfrentam.

Finalmente, Evandro Luan de Mattos Alencar e Raimundo Wilson Gama Raiol são autores do trabalho intitulado: O JUIZ NO IMAGINÁRIO JURÍDICO-LITERÁRIO: REFLEXÕES SOBRE PERFIL, PODER E DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO que consiste no estudo acerca da figura do magistrado no imaginário jurídico-literário, a partir do movimento do direito e literatura. Pretende analisar o personagem do juiz no imaginário jurídico-literário, em aspectos teóricos pertinentes, seus modelos e o poder discricionário na função de julgar.

Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo - PUC Minas

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann - UNESA/RJ

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart - UNINOVE/SP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O "DIREITO COMO PERFORMANCE" DE SANFORD LEVINSON E JACK M. BALKIN: UMA DINÂMICA TRIANGULAR PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

THE "LAW AS PERFORMANCE" OF SANFORD LEVINSON AND JACK M. BALKIN: A TRIANGULAR DYNAMICS FOR LEGAL INTERPRETATION.

Aline De Almeida Silva Sousa ¹

Resumo

O presente estudo é dedicado a compreender a analogia "Direito como Performance" de Sanford Levinson e Jack M. Balkin. A princípio, é importante conhecer o pano de fundo de seus pensamentos, começando com Sanford Levinson, na sua fé constitucional limitada e o seu constitucionalismo protestante, essenciais para os desenvolvimentos de Jack Balkin em torno das escolas americanas de interpretação jurídica. Após tais considerações, inicia-se a análise da analogia, que identifica o direito com as artes performáticas, embora sem esquecer da crítica de Castanheira Neves, que põe em voga outras preocupações que os demais guias não enfrentam.

Palavras-chave: Direito como performance, Interpretação jurídica, Dinâmica triangular

Abstract/Resumen/Résumé

The present study is dedicated to understanding the analogy "Law as Performance" of Sanford Levinson and Jack M. Balkin. At first, it is important to know the background of their thoughts, beginning with Sanford Levinson, with his limited constitutional faith and his Protestant constitutionalism, essential to Jack Balkin's developments around American schools of legal interpretation. After these considerations, it starts with the analysis of the analogy, which identifies law as a performing art, although without forgetting the criticism of Castanheira Neves, which puts in vogue other concerns that the other guides do not face.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law as performance, Legal interpretation, Triangular dynamics

¹ Mestranda em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra - UC.

Introdução

Agora é hora de abrir as cortinas e dar início ao espetáculo que o público há muito espera. Espetáculo que, para além de seguir o roteiro prescrito, convoca a participação daqueles que o presenciam. Parece que estamos a falar de uma performance artística, e de uma certa forma, estamos. Mas, na realidade, importa perceber o Direito como Performance, ou seja, percebê-lo em sua dinâmica interpretativa dos textos jurídicos, que não se confunde com uma leitura solipsista, pois exige uma atuação responsável e acolhedora do interprete/juiz perante o seu auditório. Importa então conceber o direito como uma arte performática, e não apenas como literatura.

A formulação da analogia aqui acentuada é obra dos nossos principais condutores, Sanford Levinson e Jack M. Balkin, *scholars* críticos que tomam percursos paralelos, mas com vários pontos de contato. Neste sentido, o objetivo geral do presente estudo consiste em compreender de que forma o Direito poderá assimilar a dinâmica das artes performáticas, para além da literatura. Desta feita, primeiramente, faz-se necessário compreender os caminhos percorridos pelo pensamento jurídico dos autores, indispensáveis para a formulação da nova analogia em comento.

Após tais considerações, que já trazem consigo uma dinâmica performática, vamos a fundo na construção “*Law as a Performing-Art*”. Com efeito, importa conhecer os motivos elencados para esta nova analogia em substituição à “*law-as-literature*”, na medida em que a primeira invoca uma relação triangular para a interpretação jurídica, separando os criadores do texto, dos interpretes e do auditório; ao contrário da segunda que confunde os dois últimos polos (LEVINSON, BALKIN, 1999).

Entretanto, não podemos olvidar um aspecto crítico e, por isto, convocamos o pensamento de Castanheira Neves para realizar certas intervenções, no que se refere a sua acentuação do problema da atividade judicativa, que seria mais normativo do que hermenêutico, o que implica pensar o direito para além do texto (CASTANHEIRA NEVES, 2011, p. 341-342).

Para produção deste estudo, conta-se com a revisão bibliográfica do pensamento de todos os condutores já referidos, seguindo “o método desconstrutivista”, assim assimilado por Jack Balkin (1990), na leitura e construção argumentativa do presente texto, que não deixa de convocar também uma relação dialética crítica no diálogo entre os autores.

1. Breves considerações introdutórias sobre os pensamentos de Sanford Levinson e Jack Balkin: a crítica e o seu rasto de fé.

Sanford Levinson e Jack M. Balkin mantêm íntimas conexões acadêmicas, bem como de amizade (BALKIN, 2003, p. 553). Ambos são *Critical Legal Scholars* de percursos convergentes, na medida em que o segundo é discípulo assumido do primeiro, embora ainda conservem acentuadas diferenças em seus projetos (AROSO LINHARES, 2007, p. 271).

Apesar de toda heterogeneidade, um núcleo duro que pode ser identificado, não só nas propostas de Levinson e Balkin, mas nos *CLS* como um todo, em sua clara influência do Realismo Jurídico Americano, é o reconhecimento da indeterminação, não só linguística formal, mas também do conteúdo material, dos elementos do direito liberal, o que acentua a possibilidade de intervenções críticas, inclusive, no âmbito da decisão judicial. Tal denúncia obriga a perceber que a perspectiva central e dominante do direito não é necessária, bem como permite identificar que a justiça não vem a ser realizada através da aplicação lógico-dedutiva, pretensamente neutra, inspirada no cientificismo do séc. XIX. Muito pelo contrário, acentua-se a impossibilidade de neutralidade, em razão da diversidade de grupos, cada um com as suas orientações morais, religiosas, políticas e entre outras áreas de interesse.

Desta feita, o esquema de aplicação lógico-dedutivo é, na verdade, encarado como um dos mecanismos para a manutenção das hierarquias sociais através de um tratamento desigual, possível em razão da estrutura abstrata do direito (GAUDÊNCIO, 2013, p. 47-51).

1.1 A Fé Constitucional de Sanford Levinson: em torno de uma interpretação Protestante.

Como bem descreve Jack Balkin (2003, p. 555), um aspecto central da proposta de Levinson é a sua fé, nuance da sua própria *persona*, pois apesar de agnóstico, mantém-se *kosher*. A sua fé, portanto, não é em Deus, mas no Judaísmo. Assim sendo, a tensão central entre o seu comprometimento com as leis do *kashrut* e o seu agnosticismo é uma pista fundamental para se compreender a forma como a sua fé vai ser delineada. Trata-se de uma fé valiosa, desejável, entretanto, não há a recusa de uma atitude crítica, ponderada pelas consequências, pela memória do passado, pelo que foi feito em seu nome, em nome do Estado de Direito e da Constituição. “*Faith is not something that one simply has. It is something that one is immersed in, involved in, embedded in, responsible for.*” (BALKIN, 2003, p. 557).

Com efeito, um dos momentos em que a tensão essencial da Fé se demonstra mais evidente é na própria conclusão de Levinson, quando o mesmo se refere ao ato assinar a Constituição. Este ato estaria implicado pelo seguinte questionamento: assinar a constituição significaria renovar os votos de lealdade aos princípios constitucionais, ou nos tornaria cidadãos neutralizados e vinculados aos princípios ali cristalizados, na recusa de outros novos? Não assinar insinuaria a rejeição do projeto constitucional, ou a crença de que há outros projetos que nos ofereceriam alternativas mais adequadas? Ambos os atos demonstram, simultaneamente, uma fé e uma ausência de fé na Constituição (BALKIN, 2003, p. 557). Com efeito, a conclusão de Levinson (2011, p. 193) vai em defesa do ato da assinatura da constituição, na demonstração de uma fé limitada, comprometida não com um projeto pronto e acabado, mas com o processo de transformação assumido responsabilmente, orientado por uma visão política constituída em conjunto com a coletividade. Trata-se de levar a sério o diálogo político no qual a Constituição exerce um suporte para esta conversa, que não deixa de invocar a participação governamental como apoio para a manutenção deste diálogo. Esta ideia de responsabilidade compartilhada e negociada demonstra uma preocupação contra-hegemônica, no intuito de reconhecer que o “Nós” presente no projeto constitucional precisa ser expandido.

Todavia, em face da multiplicidade de visões divergentes sobre a interpretação do texto constitucional, esbarra-se numa inevitável questão: há apenas uma correta interpretação para o direito, ou há a possibilidade de múltiplas interpretações, sendo todas igualmente validas? Isto nos leva a famosa distinção de Levinson entre “*constitutional catholicism*” e o “*constitutional protestantism*”. Essencialmente, o primeiro se refere ao modelo interpretativo constitucional que busca apenas uma fonte central de autoridade interpretativa (analogamente a figura do Papa, podendo ser uma Suprema Corte, ou, no contexto dos nossos condutores, a Suprema Corte dos Estados Unidos); enquanto o segundo reconhece a validade das múltiplas interpretações, inclusive, das diferentes vertentes políticas, movimentos sociais, bem como dos cidadãos individuais, na medida em que todos possuem autoridade para realizar a interpretação constitucional. (BALKIN, 2003, p. 571-572). Não obstante, Balkin (2003, p. 572) identifica que estas diferentes formas de interpretar a constituição fazem parte de uma “*nested opposition*”, na medida em que ambas as modalidades interpretativas opostas incorporam elementos uma da outra e, inclusive, dependem uma da outra para existir.

Para perceber isto, é preciso encarar a constituição na sua dinamicidade, haja vista que determinado entendimento assumido por uma Corte não é fixo, mas está em constante

mutação no decorrer do tempo. Estas mudanças podem decorrer também das transformações políticas que são produtos do próprio dissenso presente na sociedade civil organizada em torno de suas demandas. Neste sentido, o catolicismo constitucional, em sua abordagem “de cima para baixo”, secretamente depende de uma abordagem “de baixo para cima” presente no protestantismo constitucional, pois a ênfase no dissenso sobre a visão da constituição é o que permite mobilizar as táticas de persuasão em torno das transformações desejadas, que serão incorporadas pelas instituições de autoridade interpretativa, nos remetendo novamente ao catolicismo constitucional. É neste movimento dinâmico que é possível assumir uma fé constitucional, na sua insistência de permitir a cada um de nós a oportunidade e a responsabilidade de decidir o que a Constituição significa. (BALKIN, 2003, p. 573-575).

Há, portanto, uma clara relação dialética entre a interpretação protestante e a católica (BALKIN, 2003, p. 576-577), que não deixa de assimilar uma compreensão do “Direito como Performance”, numa abertura para a renovação do direito que surge do terreno fértil proposto por Sanford Levinson.

1.2 Alguns dos contributos de Jack Balkin para a interpretação constitucional:

why he became an originalist?

Para Balkin (2011, p. 226), uma das questões mais emblemáticas na teoria constitucional é a possibilidade de justificar uma mudança legítima, e para o desenvolvimento desta tarefa, há duas grandes escolas de pensamento dedicadas à interpretação do texto constitucional nos Estados Unidos. Uma é chamada de “*living constitutionalism*”, que assume a defesa de que o significado prático da constituição muda em resposta às transformações contextuais, sociais, valorativas e etc.; a outra é chamada “*originalism*”, no seu entendimento de que há alguns aspectos fixos na constituição, numa acentuada preocupação com a ideia de significado original do texto.

As críticas destinadas à primeira escola ressaltam que ao se legitimar tudo, não se legitima nada; já a segunda, encarada de uma forma conservadora, não consegue acompanhar o movimento histórico. No meio deste embate interpretativo, Jack Balkin, naturalmente, assume-se como “*originalista*”. (BALKIN, 2011, p. 227-228). Na verdade, não se trata tanto de realmente assumir o *originalism*, mas de reconhecer que as ideias destas escolas de interpretação são vistas como dois lados da mesma moeda. (BALKIN, 2011, p. 228). Neste sentido, Balkin (2011, p. 229-230) toma uma abordagem que chama de “*The method of text*

and principle”, que é ao mesmo tempo *originalist*, na medida em que requer a fidelidade ao significado original e “*living constitutionalist*”, porque concede um papel acentuado para próximas gerações na construção do projeto constitucional. Assim sendo, o nosso condutor pretende constituir uma base “originalista” (“*framework originalism*”), capaz de abarcar as mudanças feitas sob a sua base, admitindo as expectativas pessoais de aplicação do texto e as circunstâncias históricas e culturais de cada contexto. Dito de outro modo, Balkin vem a se assumir como *originalist*, dentro da sua constituição do “*living originalism*”, no seu intento de manter a relação de uma fidelidade ao sentido original aliada a possibilidade de transformação provocada pelas circunstâncias sociais e contextuais, por acreditar numa constituição protestante, como ato de fé no futuro do projeto constitucional. (BALKIN, 2011, p. 232).

Assim sendo, uma constituição escrita pode ser lida, comentada, participada por todos, no estímulo de um sentimento de responsabilidade diante da sua construção, que encoraja um contínuo recurso ao texto para argumentar em torno dele. Trata-se de uma expressão de um ato de fé no seu significado original, embora a ser realizado contemporaneamente. Isto porque o texto é um símbolo da soberania popular, bem como da propriedade popular do projeto constitucional, no qual as diversas gerações comprometem-se a realizar ao longo do tempo. Logo, a interpretação daquilo que a constituição significa não resta somente nas mãos das elites e dos profissionais do direito, mas também pertencem à população, na exigência de uma retórica comum. (BALKIN, 2011, p. 2336-238). Isto vem a representar a dinâmica essencial da analogia “*Law as Performance*”, como veremos mais a diante.

1.3 A assimilação normativa da desconstrução por Jack Balkin.

Jack Balkin, como já dito, faz parte da segunda geração de *CLS*, e vem a assimilar especificamente a desconstrução de Jacques Derrida na sua articulação de uma crítica interna à linguagem jurídica (GAUDÊNCIO, 2013, p. 34-35). Em breves notas, de acordo com Balkin (1987, p. 2), a desconstrução não consiste em mero criticismo ou numa teoria filosófica fechada, mas é um evento que ocorre nos textos através da aplicação de técnicas específicas em conjunto com certas ideias filosóficas. Tais técnicas, constantemente, envolvem a revelação de antinomias ocultas na nossa linguagem e pensamento, aspecto que despertou o interesse de Balkin.

O problema central da desconstrução gira em torno da identificação e reversibilidade das oposições hierárquicas. Importa assumir que qualquer relação de oposição que se põe a estabelecer certos privilégios pode ser invertida através da desconstrução, o que permite também a insurgência de novos significados e das diferenças ora ocultas. Não obstante, a dinâmica de atribuição do privilégio para apenas um dos lados de uma oposição categorial, em detrimento do outro, é expressão da própria tradição filosófica ocidental, que é fundada numa “metafísica da presença”. Isto significa dizer que o pensamento ocidental vem a privilegiar uma certa presença, que está em um dos lados da oposição, em detrimento de uma ausência, atribuída ao outro termo. Desta feita, a oposição hierárquica mais difundida e que vem a explicitar a tradição filosófica do ocidente é o privilégio da fala (que é presente) em detrimento da escrita (em sua ausência). (BALKIN, 1987, p. 2-6). Importa ressaltar que o privilégio da presença, no sentido de que a fala é mais “presente” do que a escrita, não é acidental, mas é expressão do próprio logocentrismo fundante do pensamento ocidental (BALKIN, 1987, p. 15).

Derrida encontra algumas explicações que tentam justificar a relação privilégio ora mencionada, entretanto, a importância disto está mais para identificar de que modo é possível desconstruir a oposição entre fala e escrita, ao demonstrar que os argumentos utilizados podem reverter-se por si mesmos. Ou seja, é possível dizer que a fala é um tipo de escrita, e que também sofre das mesmas inadequações que lhe foram atribuídas (BALKIN, 1987, p. 15-17). Isto vem a culminar na compreensão da escrita e da fala como variedades da mesma forma de escritura¹, que é o próprio caminho do projeto de inversão desta oposição hierárquica, que passa pela investigação e exposição das bases logocêntricas do pensamento ocidental (BALKIN, 1987, p. 17-18.)

No desenvolver deste projeto, o pensador argelino identifica que a fala não deixa de ser suplemento de algo mais presente do que ela própria, ou seja, a fala não é o próprio pensamento, mas o símbolo auditivo, diferido, que representa e media a *logos*, assim como a escrita. Deste modo, importa perceber ambas como suplementos, que suplementam aquilo que está faltando, numa cadeia de suplementos em torno da Presença. E aí está a grande ironia, visto que a Presença deve ser, por definição, autossuficiente, que não pode ser suplementada ou representada. Na realidade, o mundo que nós conhecemos é composto por representações *ad infinitum* (BALKIN, 1987, p. 19-20).

¹ É importante clarificar que o uso da palavra “escritura”, neste sentido mais amplo, tem o intento de representar três propriedades de significação: 1) a substituição do significante pelo significado; b) a mediação da experiência do significado pelo significante; 3) a iterabilidade do significante nos diferentes tempos e diferentes contextos. (BALKIN, 1987, p. 17-18).

Conclusivamente, o argumento definitivo para a desconstrução da presença vem a ser a identificação de que não há nada fora do texto, e que não há nada a não ser a escrita, suplementos e substitutivos, nesta cadeia de referências. Cada sinal representa outro sinal. (DERRIDA, 1973, p. 194-195). Contudo, importa alertar que o texto, na perspectiva de Derrida, não se reduzir à escrita de palavras, mas abarca a vida como um todo. Esta crítica à metafísica da presença pode parecer niilista, porque aparenta negar a existência de uma verdade objetiva (BALKIN, 1987, p. 20), mas a seguir veremos que não se trata disto.

Ademais, o projeto de exposição e desconstrução da metafísica da presença conta com alguns elementos essenciais: a *différance* e o *rastro*. Derrida, ao desconstruir a relação de prioridade da fala sobre a escrita, veio, na realidade, a demonstrar que ambas são co-dependentes. Ambas possuem suas diferenças, mas também certas similaridades. O nome dado para esta relação complexa de mútua dependência e diferenciação é *différance*. Este termo significa, simultaneamente, que: 1) os termos de uma oposição hierárquica são diferenciados um do outro; 2) cada um dos termos difere o outro, ou seja, faz o outro termo esperar um tempo; e 3) cada termo da oposição hierárquica defere para o outro, no sentido de ser fundamentalmente dependente deste (BALKIN, 1987, p. 10-11). Ademais, nesta relação é possível perceber a existência do rastro. Cada um destes termos da oposição deixa o efeito de uma marca no outro, tornando assim a própria desconstrução possível, na medida em vem a denunciar a mutua dependência entre os termos da oposição (BALKIN, 1987, p. 11-12).

Não obstante, estes elementos são essenciais na construção de uma conceituação criada pelo próprio Balkin, a “*nested opposition*”, já mencionada no presente trabalho, e que é utilizada em vários dos seus escritos. Desta feita, uma “*nested opposition*” é nada mais do que uma oposição hierárquica na qual ambos os lados mantêm uma relação de mutua dependência e diferenciação. Esta vem a ser uma construção estratégica para a desconstrução de Balkin, a desconstrução transcendental e não niilista (BALKIN, 1994, p. 27), na medida em que permite reconhecer que há certas referências comuns entre as oposições, ao mesmo tempo que mantém uma abertura para a novidade.

Importa perceber que, mesmo não expressamente, estas ideias são mobilizadas ao longo de todos os escritos de Jack Balkin, pois a desconstrução foi assimilada para o próprio *modus operandi* do seu pensamento. Ora, como já dito expressamente, há uma relação de *nested opposition* entre o constitucionalismo católico e o constitucionalismo protestante, mas também não se pode olvidar a “*nested opposition*” presente na relação “*living constitutionalism*” e no “*originalism*”, na medida em que as mudanças precisam de uma

referência para ocorrer, bem como o sentido original precisa se adaptar ao novo contexto, no seu intento de perdurar e se conectar com as diversas gerações por vir.

Outro elemento mobilizado pela desconstrução assimilado por Balkin é a percepção de que os argumentos podem desfazer-se a si mesmos, na medida em que as razões dadas para privilegiar um certo termo da oposição comumente podem ser utilizadas para privilegiar o outro, como já vimos na relação entre a fala e a escrita (BALKIN, 1987, p. 18). Isto serve para demonstrar que nenhum lado da oposição pode ser visto como autossuficiente e auto explanatório.

Ainda, há a iterabilidade, uma característica essencial da escrita identificada pela desconstrução, e que também marca a história do direito, na medida em que um mesmo significante (texto) pode assumir novos e diferentes significados, ou não, a depender do contexto em que é posto (BALKIN, 1987, p.35-36). Ademais, importa identificar a relação do princípio do “livre jogo” do texto com a teoria do signo de Derrida. Para o pensador, um signo apenas pode significar aquilo que significa repetidamente em diferentes contextos, ou seja, a linguagem apenas pode significar se puder escapar o sentido atribuído presentemente pela pessoa que o usou. Com efeito, a habilidade que o signo tem de ser separado do autor é pré-condição da sua própria existência. A iterabilidade, portanto, faz parte da própria essência do signo. Logo, é relevante perceber a relação de simultânea identidade e diferença aqui presente, na medida em que o sinal repetido em diversos contextos é sintaticamente idêntico, porém sistematicamente diferente. Assim sendo, o texto, repetidamente compreendido, toma vida própria em relação à pessoa que o atribuiu significado, tornando-se livre (BALKIN, 1987, p. 38-42).

Por conseguinte, há a liberação do texto da sua autoria, o que vem a contrariar as perspectivas subjetivistas, que buscam na vontade do autor (legislador) uma forma de identificar a interpretação correta, pois, é importante lembrar que não há nada fora do texto. (BALKIN, 1987, p. 33). Entretanto, não se assume uma total recusa de qualquer subjetividade, pois, afinal de contas, o sujeito e os objetos da vida social (inclusive o texto da interpretação jurídica) mantêm uma relação dialética, deixando impressões um no outro, na medida em que todos fazemos parte de uma tradição cultural e política que orienta todas as compreensões, inclusive as compreensões jurídicas. (BALKIN, 1993, p. 4).

É importante, portanto, perseguir um modelo interpretativo que conjugue a independência do texto com as dimensões subjetivas da interpretação, numa relação de co-dependência, na prevenção de que um qualquer significado aleatório possa ser atribuído como

correto de forma acrítica, bem como para permitir que o contexto possa ser levado em consideração na definição da interpretação (BALKIN, 1987, p. 46-48).

Todavia, importa ressaltar que a desconstrução, por si mesma, não garante que a interpretação esteja comprometida com a justiça. É por esta razão que a assimilação da desconstrução por Jack Balkin assume alguns aspectos diversos de Derrida. Isto porque, embora a desconstrução tenha sido amplamente difundida na realização de um projeto da esquerda, as suas bases também forneceram mecanismos para a sua instrumentalização em torno de ideias conservadoras, inclusive, da extrema direita pró-nazi. (BALKIN, 2005, p. 737).

Derrida (2003, p. 15-19), em defesa da desconstrução em face das acusações de passividade política e indiferença diante das questões de justiça, veio a afirmar que a justiça e a democracia sempre estiveram nas suas preocupações, ainda que de forma oblíqua. Aliás, Derrida vai mais longe ao afirmar que “*a desconstrução é a justiça*” (DERRIDA, 2003, p. 26). Entretanto, apesar de Jack Balkin (1987, p. 56) reconhecer o comprometimento de Derrida com a justiça, pelo fato da desconstrução ter sido utilizada em torno dos mais diversos fins (BALKIN, 1994b, p. 394-395), tanto pela direita quanto pela esquerda política, o nosso *scholar* vem a recusar a identificação da desconstrução com a justiça (BALKIN, 1990, p. 14). Todavia, recusar esta identificação não é necessariamente romper com a relação entre ambas, mas sim reconhecer que deve haver um compromisso assumido previamente com uma certa ideia de justiça.

Assim sendo, a desconstrução de Jack Balkin vem a ser uma desconstrução normativa, ou melhor, uma desconstrução transcendental, no seu intento de realizar uma ideia de justiça transcendente, para além das normas positivas da nossa cultura e das nossas instituições. Implica dizer, portanto, que os valores transcendentais não vêm para nós completamente determinados, pois são inócuos (*inchoate values*) e precisam ser articulados através da nossa cultura, apesar da impossibilidade de serem completamente realizados. Há, portanto, uma relação contínua entre os valores transcendentais e as nossas instituições culturais, que são reflexos das tentativas humanas de compreender e realizar estes valores. (BALKIN, 1998, p. 144), e vem a ser realizados em diferentes modos e por diferentes culturas. O que não deixa de evidenciar um certo relativismo cultural, contudo, sem recair numa aceitação absoluta de qualquer norma cultural positiva, pois reconhece a existência de certas referências normativas comuns, do contrário, não teríamos qualquer condição de avaliar e refletir de forma crítica sobre tais normas e instituições (BALKIN, 1998, p. 152-153).

Trata-se, portanto, de uma proposta que combina a experiência de *comunitarismo*, que põe em evidência o respeito pelas diferenças, numa abertura ao pluralismo, em sua contingência dos valores, mas que também assume os contornos das reivindicações ideológico-axiológico-políticas dos diferentes grupos, num compromisso de emancipação das minorias, que implica um direito ideologicamente determinado mas também comprometido com as opções éticas de uma comunidade, numa recusa da total instrumentalização do direito à política (GAUDÊNCIO, 2012, p. 200-201). Tudo isto, de modo geral, reflete a dinâmica do Direito como Performance, analogia exploramos a seguir.

2 *Law as performance*: interpretando o direito como a música e outras artes performáticas.

Agora, indo direto ao ponto, a proposta de assumir o “Direito como Performance”, embora venha a seguir das mesmas bases das experiências semióticas incorporadas pelo “Direito como Literatura” (caminho aberto também por Levinson, contando também com a participação de Balkin), vem a diagnosticar o esgotamento manifesto desta segunda analogia, numa exigência da sua correção a partir dos prognósticos elaborados (AROSO LINHARES, 2007, P. 289-290). Importa reconhecer, portanto, que “*every analogy has its limitations, and [...] it is time to move on*” (BALKIN; LEVINSON, p. 1999, p. 6).

Assim sendo, para os nossos condutores, a analogia do direito com as artes performáticas – a música ou peça teatral – seria muito mais adequada, pois invoca uma participação muito maior da coletividade e das instituições, numa exigência de intensificação da responsabilidade do interprete diante do público. Não obstante, os assuntos que são recorrentes para os operadores do direito, como o da fidelidade diante do texto, as intenções originais da autoridade criadora e o problema da interpretação em novos contextos, emergem, igualmente, no âmbito da performance musical e dramática (BALKIN; LEVINSON, p. 1999, p. 6).

Desta feita, os nossos *scholars* enumeram três elementos da prática jurídica que a analogia do direito como literatura oculta (BALKIN; LEVINSON, p. 1999, p. 17-18):

1) Em primeiro lugar, a prática jurídica se realiza através de uma relação triangular entre as instituições que produzem o direito, as instituições que interpretam o direito e as pessoas que podem ser afetadas pela interpretação. Embora, por vezes, a criadora e a interprete do direito possam ser identificadas num só ente, como no caso da juíza, ou mais

especificamente dos juízes do *common law*, estas duas categorias são analiticamente distintas, ou dito de outro modo, cada um destes vértices possui a sua própria dinâmica de atuação (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 17).

Igualmente, nas artes performáticas, há também esta relação triangular entre a criadora do texto, a interprete e o público, o que nos atenta a perceber que a leitura individual de um texto literário não se compatibiliza com a dinâmica triangular, haja vista que a interprete é simultaneamente o público. Desta feita, o ato de leitura na analogia substituída se limita à uma experiência privada do leitor, na qual a interpretação acaba tomando predominantemente os contornos da própria interprete. Já na nova analogia proposta, a interprete deve se preocupar, numa exigência de responsabilidade, com os efeitos da sua performance diante do público (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 17).

2) Uma segunda característica do direito ocultada pela analogia substituída é o fato da prática jurídica envolver não apenas textos, mas a força (*enforcement*) e a implementação destes na prática. Neste sentido, as artes performáticas oferecem uma analogia mais apropriada, pois, assim como no direito, os textos necessitam “*to be brought to life in action*”. Uma sinfonia de Beethoven, por exemplo, é mais do que um conjunto de marcas em um papel. É, de fato, um conjunto de instruções para a sua realização, que conta com a participação de vários indivíduos que assumem papéis distintos, coordenados por um maestro que intenta instanciar a interpretação nas ações da orquestra, ou por um diretor diante das ações do elenco da peça teatral encenada (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 18).

3) Por fim, a última dimensão ocultada pela analogia do direito como literatura é o fato da interpretação jurídica (que inclui a adjudicação, força, e o oferecimento de conselhos jurídicos) ser uma atividade social que modela, direciona e normaliza o pensamento e o comportamento das pessoas. Logo, a interpretação jurídica afeta a sua audiência, na medida em que conta com a participação das pessoas, ao mesmo tempo que inflige diretamente nas suas vidas (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 18).

Nestes termos, o Direito é melhor entendido como performance, indo para além do texto estrito. Trata-se de uma clara influência do Realismo Jurídico Americano, na sua distinção da “*law on the books*” para a “*law in action*”. Na realidade, os nossos críticos dão um passo adiante ao dizer que o direito nos livros, por si mesmos, não constituem o direito na sua realização prática, assim como uma partitura musical não é a música que ouvimos. (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 6). Ou melhor, nas palavras de Balkin e Levinson (1999, p. 6): “*Law and music require transforming the ink on the page into the enacted behaviour of*

others”. Importa perceber, portanto, que há apenas direito, ou música, ou performance em execução, ao contrário de uma poesia ou de uma ficção, nas quais os textos não requerem performances públicas, pois podem ser lidos individualmente. O direito, assim como uma orquestra ou peça teatral, tem responsabilidade diante da audiência, numa exigência de persuasão e convencimento, que envolve uma certa imposição de autoridade. Todavia, mesmo que o convencimento não aconteça, a performance produzirá efeitos no seu público, havendo ou não aceitação do mesmo (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 6).

2.2. Tradição e Autenticidade.

Artistas musicais, dramaturgos e juristas interpretes estão sempre preocupados com a fidelidade e a autenticidade. Contudo, importa definir primeiro aquilo a que se deve fidelidade e ao que não se deve. Para os músicos “*authenticists*”, a fidelidade significaria executar a música no mesmo modo como era executada no tempo em que foi escrita. Esta perspectiva sugere inclusive, que a utilização de instrumentos modernos tornaria a música inautêntica (BALKIN; LEVINSON, 1999, P. 24). Contudo, por vezes, a manutenção da obra original do autor a qualquer custo pode não coadunar com a sua intenção, e nem com o modo que o mesmo queira ser visto pelas próximas gerações. Desta feita, a imposição de um texto em sua integralidade original, numa outra circunstância completamente diversa pode não ser uma atitude fiel à sua origem (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 26).

A ideia de autenticidade está profundamente conectada com a tradição e a relação com o passado, contudo, é importante conhecer também o “paradoxo da autenticidade”. Quanto mais alguém conscientemente se esforça para se manter numa tradição, mais distante da autenticidade se torna. A tradição surge quando menos esperamos, sem qualquer esforço por parte daqueles que estão inseridos nela, na sua prática realmente autêntica (BALKIN; LEVINSON, 1999, P. 33-34). Isto obriga perceber que um músico que faz parte de uma tradição musical não se força a estar nela, mas muito pelo contrário, ele se sente livre e com autoridade para improvisar e inovar. Logo, o melhor jeito de manter uma tradição viva é o próprio ato de viver e trabalhar nela, o que nos alerta para o fato de que os argumentos que intentam invocar uma tradição passada só surgem quando se percebe que esta não está mais viva (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 27-28).

Desta feita, uma performance autêntica deve assim ser no seu próprio tempo, possibilitando a rememoração das obras e das técnicas do passado, ao mesmo tempo que as

torna significativas e vivas para as novas audiências. De modo geral, as performances que são consideradas autênticas, em qualquer geração, são moldadas por esta mesma geração ou comunidade de pessoas, e não por uma ideia fixa trans-histórica de autenticidade. (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 30).

Os apelos para autenticidade remetem também para uma ideia de autoridade da tradição e da cultura, pois estas autoridades servem como parâmetro de normatividade para as pessoas de uma comunidade. Logo, dizer que uma prática é autêntica, ou não, é um método de regulamentação normativa, que impõe limites e estimula certas condutas em torno de uma ideia de autenticidade que é aspirada pelos membros de uma comunidade. Contudo, a questão da aceitação é bastante complicada, pelo fato de exigir uma contínua negociação, persuasão e convencimento do auditório diante da obra apresentada pelo intérprete, que não pode deixar de considerar as reações e sentimentos do público (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 31-33).

Após tais considerações, os nossos *scholars* retiram valiosas lições para a interpretação constitucional, como já bem comentamos no início. Trata-se de não assumir nem uma via de interpretação absolutamente profissional, e nem uma via de interpretação absolutamente moldada pelo auditório, ou seja, uma interpretação protestante, como já dissemos. Os nossos condutores assumem um compromisso com mudanças no tempo, na medida em que cada geração, com a sua própria leitura da constituição, é capaz de encontrar a novidade presente na canonicidade. Concebe-se, deste modo, a Constituição como uma tradição em continuidade, que é moldada tanto pelos *officials* quanto pelas demandas políticas e circunstâncias histórico-culturais. (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 34). Isto porque, embora as demandas populares sejam responsáveis por modelarem a constituição, é necessário que esta dinâmica seja guiada de uma forma sistemática e normativa, numa tradução para o discurso jurídico. Entretanto, os nossos guias reconhecem que muito pode ser pedido neste processo e, por esta razão, não se pode esquecer que “Nós, o povo”, somos uma força importante para o projeto constitucional, e os juristas que não reconhecem tal fato não são capazes de se manterem nesta tradição viva. (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 34-35).

Por fim, ressalta-se que tal compreensão só é possível pelo fato do texto escrito ser iterável, na medida em que a iterabilidade nos proporciona tanto a identificação daquilo que deve ser constante (e que devemos nos manter fiéis), bem como daquilo que pode ser modificado, numa prévia orientação pela ideia de justiça (transcendente).

2.2.1 De que forma interpretar, ou não, um texto ofensivo.

Um outro problema decorrente da interpretação autêntica surge quando a intérprete se depara com um texto ofensivo. Diante desta situação, há um número limitado de estratégias que podem ser tomadas, não só no âmbito das artes performáticas, mas também na interpretação jurídica, que acentuam a responsabilidade do intérprete. A primeira não é comumente utilizada pela interpretação jurídica, mas pode lhe trazer grandes contributos, que é <<a preservação da memória cultural>>. (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 35).

Uma razão importante para preservar obras ofensivas é o fato destas nos lembrarem das injustiças cometidas no passado. Se apenas removêssemos tais fontes, talvez não pudéssemos ter a dimensão de como grandes trabalhos artísticos foram responsáveis por perpetuar certas ideias injustas. Logo, a interpretação de letras musicais e outros textos ofensivos nos ajudaria a preservar a memória cultural, como um alerta para o fato de que a sociedade contemporânea continua conectada com tais violências. No entanto, esta pretensão pode ser um tiro pela culatra. O intérprete, através da sua autoridade e prestígio, poderia tornar estas injustiças aceitáveis para a audiência através da sua performance (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 35).

Importa perceber, portanto, que a performance musical ou artística de textos ofensivos pode promover a sua assimilação acrítica. Todavia, há locais, como museus, que nos proporcionam um contexto adequado para entrarmos em contato com relíquias históricas que representaram injustiças, na medida em que a sua evidente intenção é a de educar o público sobre o passado, através de uma explicação adequada sobre injustiças presentes na história. De forma semelhante, o Direito poderia lidar com seus textos ofensivos, não para preservar tais textos injustos como jurídicos, mas para encará-los como “anti-canones” educativos, que nos ensinam preventivamente o que deve ser evitado em um sistema jurídico, pois não se pode negar que o mesmo também é capaz de reproduzir injustiças (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 35-39).

Já a segunda estratégia é <<performance irônica>>, que também é utilizada de forma corrente na arte, entretanto, menos assimilada pela interpretação jurídica. Tal estratégia é mobilizada para diminuir a importância do texto interpretado. Entretanto, é sabido que os textos jurídicos não são constituídos para que sejam diminuídos, mas sim respeitados e aplicados. Logo, a realização de interpretações restritivas, ou a assunção limitada de certos precedentes é talvez o que há de mais próximo de uma interpretação irônica para o direito.

Contudo, até nestas situações, o julgador deve assumir que o texto jurídico é obrigatório e aplicável na sua reduzida esfera de influência (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 40-41).

Todavia, pensando de outro modo, tal estratégia pode não ser de todo inconsistente como o Direito. Poderíamos imaginar uma cultura de interpretação dedicada a ler um texto jurídico descreditado, a fim de acentuar o contrário do que ele diz. Por exemplo, é possível ler textos antigos de uma constituição a fim de evidenciar o seu caráter negativo, como a “*Fugitive Slave Clause*”, numa crítica implícita à escravidão, para simultaneamente reforçar a importância do princípio da igualdade. Entretanto, importa advertir que tais textos não podem ser considerados como “jurídicos”, mas sim “antijurídicos”, ou seja, não se trata de uma estratégia de interpretação propriamente jurídica (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 41-42).

Já a última estratégia restante é a <<performance não irônica>>, que abarca uma das atitudes mais simples a ser tomada, que é a negativa de que existe um problema, ou seja, de que o texto é ofensivo, ao menos em um sentido considerável. Segundo os nossos condutores, o sucesso desta estratégia depende consideravelmente da reação do público, o que por grande parte das vezes faz com que esta estratégia não funcione (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 43). Ainda, a interpretação pode ser realizada de forma inócua, em torno do seu sentido mais correto, “no melhor que pode ser”, numa proximidade, porém não identidade, com as vias dworkinianas, no sentido de ressaltar os benefícios e mitigar os malefícios de um texto. O sucesso desta estratégia também depende da aceitação da audiência, que exige a capacidade do interprete em mitigar o dano; bem como depende do reconhecimento do motivo pelo qual a interpretação está sendo realizada, pois se for compreendido que há motivações secundárias por detrás desta interpretação, numa intenção de mascarar a ofensividade do texto como uma espécie de desculpa, a performance perderá sua legitimidade ((BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 43-45).

Ainda, o interprete pode reconhecer que o texto, mesmo na sua melhor interpretação, é ofensivo e capaz de criar injustiças e, mesmo assim, recusa-se a editá-lo, pois, caso contrário, a sua performance não seria fiel ou autêntica. Este argumento é bastante familiar no direito. Juízes, advogados, e outros *officials* constantemente afirmam que devem se vincular a um certo método interpretativo já estabelecido, apesar de suas desastrosas consequências. Esta estratégia só funciona quando as consequências são de pouca importância, do contrário, a tendência da audiência também seria deslegitimar a interpretação (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 45-46). Contudo, já vimos aqui a performance autêntica está inserida numa tradição autêntica do seu próprio tempo, podendo decidir por si mesma o modo como deve seguir nela.

Assim sendo, a questão não é mais de saber se podemos modificar a nossa performance, mas de saber como. (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 48).

Nesta conjuntura, caso todas as outras estratégias se mostrem insatisfatórias, o interprete artístico poderá editar o texto. Para o Direito, a alternativa equivalente seria a utilização de certas táticas interpretativas, extensivas ou restritivas. No entanto, as edições precisam ser justificadas através de uma série de argumentos que, de maneira geral, consistem na sua adequação diante das circunstâncias contemporâneas; assim como pelo fato da interpretação ser realizada para preservar a tradição, na medida em que a constituição é assumida como uma tradição em continuidade, que admite inovação, improvisação, em consonância com o constitucionalismo protestante (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 48-51).

Finalmente, se todas as demais estratégias falharem, o interprete pode se recusar a realizar a performance, no âmbito artístico. Entretanto, esta opção é raramente possível no direito, haja vista que mesmo que um juiz recuse, haverá outro no seu lugar que realize a performance (BALKIN; LEVINSON, 1999, p. 51).

2.3 Considerações finais: da dupla responsabilidade do interprete e interpelações críticas.

Foi possível observar até aqui que o interprete é implicado por uma dupla responsabilidade: diante do criador do texto e da sua audiência. Eixos que podem conduzi-lo para a mesma direção, ou não, na possibilidade de uma tensão que contribui para as próprias condições de adaptação e criatividade do ato interpretativo. Neste sentido, é importante perceber que os interpretes não podem trair nem o texto e nem o seu auditório, mas devem acreditar neles, como um ato de fé na sua bondade, abertura e receptividade diante de novos contextos; bem como se faz necessário crer na capacidade da audiência de assimilar e reagir diante do texto interpretado (BALKIN, 2003, p. 569-570).

Desta dupla responsabilidade, ramifica-se outra preocupação, pois a mediação dos textos disponíveis, na sua indeterminação, vem a culminar na formação de uma moldura dos modos de vigência que o texto pode assumir, que não deixa de estar vinculada aquele compromisso de transcondificação para as estruturas institucionais, que precisam negociar com as contingentes demandas do auditório, numa constante dinâmica de atualização do sentido. É imperioso, então, convocar a imagem do mediador definitivo – do mediador-juiz –, que não é capaz de desvincular-se das demandas coletivas contingentes, que assumem aqui um papel condutor, pois os interesses do auditório nos vinculam de forma antecipada.

(AROSO LINHARES, 2007, p. 309-312). Neste sentido, nas próprias palavras de Balkin e Levinson (1999, p. 7): *“The wise judge, like the wise director, understands the limitations and the interests of her co-performers and her audience, and tailors her interpretations accordingly.”*

Desta feita, é possível convocar algumas críticas, na medida em que a orientação do juiz primordialmente pelos efeitos sociais mitiga o problema do direito, que não é, primordialmente, interpretativo, mas prático-normativo, como dispõe A. Castanheira Neves (2013, p. 142-143), na medida em que o problema-caso jurídico exige uma resolução fundamentada. Deste modo, importa evidenciar que o objeto da interpretação jurídica não deve se restringir ao formalmente significativo, ou seja, ao texto da lei, pois a dimensão normativa do direito não resta limitada à questão simplesmente hermenêutica (CASTANHEIRA NEVES, 2011, p. 341). Ou melhor, como disse o próprio Castanheira Neves (2011, p. 341): “o objeto da interpretação não é o texto da lei como texto [...], mas a norma que esse texto pretende manifestar”. Logo, a análise textual deve ser, na verdade, uma busca para a realização normativa do direito, que deve assumir um ponto de vista decisivo prático, em torno de uma justa decisão para um problema concreto (CASTANHEIRA NEVES, 2011, p. 342-348).

Ainda, importa observar, ainda acompanhando Castanheira Neves (2011, p. 370-372), que o modelo de interpretação jurídica assumido até aqui repete o esquema dual de interpretação/aplicação, ou seja, assume-se uma cisão entre estas duas fases, assim como o modelo metódico tradicional, o que atualmente não pode mais perpetuado, pois a índole normativa problemático-concreta da interpretação nos alerta para a superação deste modelo, na medida em que esta vem sempre referida previamente ao caso concreto. Todos estes momentos participam de uma continuidade interpretativa, num mesmo sentido unitário de realização do direito.

Ademais, a possibilidade do juiz escolher, dentro de uma moldura, um certo efeito, de cariz econômico, social ou político, enfraquece a importância do problema jurídico. Não que a perspectiva jurisprudencialista de Castanheira Neves (2013, p. 204-205) se exima de qualquer preocupação com os efeitos, mas importa realizar aqueles que podem ser assimilados pelo sistema jurídico, na imanência intencional da axiológica normatividade desse sistema, orientado por uma justiça normativo-material, e não pelos efeitos a serem justificados pela decisão posteriormente. Assim sendo, é incontornável repetir que os problemas fundamentais do pensamento jurídico não podem se resolver somente em termos hermenêuticos, mas sim

nos termos de um justo decidir, numa realização do direito através de uma decisão problemático-concreta orientada por uma ideia de validade, que é transpositiva. Assim sendo, os textos têm a função de nos fornecer critérios normativos diante um problema, problema este que necessita ser previamente compreendido, para que se interrogue o texto a partir da sua compreensão, no chamamento de uma pré-orientação por um sentido de direito (CASTANHEIRA NEVES, 2008, p. 471-482).

Entretanto, alerta-se que interpretação performática dos nossos *scholars* não pode ser encarada como um puro finalismo material, na qual o juiz pode decidir absolutamente orientado pelos fins; bem como não pretende instrumentalizar os meios existentes para atingir a finalidade. A finalidade aqui buscada é comprometida com a realização do referente de justiça assumido por Balkin, a justiça transcendente, situada para além da *praxis*, a ser realizada e lapidada culturalmente, mas que não deixa de incorporar uma nuance político-ideológica (MOSSO, 2009, p. 132-133), ao passo que assume o projeto de reversibilidade das oposições hierárquicas, em torno de uma orientação política crítica ao liberalismo.

CONCLUSÃO

Não se pode ignorar que as discussões acerca da interpretação jurídica, e especificamente da interpretação constitucional, têm uma grande relevância, na medida em que não podemos ignorar a importância da autenticidade de um texto, ao mesmo tempo em que não podemos deixar de interpretá-lo de acordo com as nossas circunstâncias contextuais. A fim de conjugar ambos os objetivos, os condutores nos surpreendem com os projetos de constitucionalismo protestante, pensado inicialmente por Levinson, bem como a reformulação do *originalism* em conjunto com o *living constitutionalism* de Jack Balkin, e a sua incorporação da desconstrução na articulação dos seus escritos, a fim de esclarecer a existência de um certo privilégio (presença) que pode ser realocada, numa abertura para os novos sentidos orientados pela ideia de justiça transcendente.

Tais fatores refletem claramente na sua substituição da analogia “*law-as-literature*” pela analogia “*law-as-peforming-art*” a fim de acentuar a responsabilidade do interprete diante da audiência e dos materiais jurídicos. Por esta razão, importa destacar as impressões que o público irá emitir para o interprete-juiz, mediador definitivo, que tem a tarefa de lapidar a sua interpretação de acordo com a sua audiência, embora em conjunto com a estrutura institucional.

Entretanto, seguindo as lições Castanheira Neves, a ênfase dada aos contornos e significados da interpretação jurídica acaba por mitigar o problema fundamental da decisão judicial, que é o de resolver o caso-problema jurídico através do sentido normativo tomado pelo direito. As preocupações da atividade judicativa dos nossos condutores, deste modo, estão mais direcionadas para interpretação do texto enquanto forma prescrita, orientada pelos efeitos diante de uma audiência plural, do que com o texto enquanto material jurídico capaz de emitir uma norma para a resolução de um problema, que necessita já estar previamente referido. Entretanto, tal crítica não pode ser atribuída de forma absoluta à proposta dos nossos condutores, na medida em que Balkin assume uma orientação pela ideia de justiça transcendente, que impede uma incorporação acrítica de qualquer norma cultural positiva.

REFERÊNCIAS

AROSO LINHARES, José Manuel. O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do ethos e do pathos — da convergência com a literatura (Law as Literature, Literature as Law) à analogia com uma poiêsis-technê de realização (Law as Musical and Dramatic Performance)”. *In*: SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). **Estudos Jurídicos em Coimbra**. 1ª ed. Curitiba: Juará Editora, 2007, p 269-328.

BALKIN, Jack M. Deconstructive Practice and Legal Theory. *In*: **96 Yale L.J. 743**. Faculty Scholarship Series. 291, Yale Law Scholarship Repository, 1987, p. 1-48. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291/>. Acesso em 14 de jun 2018

BALKIN, Jack. Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction. *In*: **Cardozo Law Review**. Vol. 11, 1990. Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 1-18, p. 14. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/283/>. Acesso em 22 de mai 2018

BALKIN, Jack M. Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence. *In*: **103 Yale L.J. 105**. Faculty Scholarship Series 273, 1993, p. 1-69. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/273/>. Acesso em 14 de jun. 2018

BALKIN, Jack M. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. *In*: **Mich Law Review**. Vol. 92, nº 1131. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1994, pp. 1-70. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272/>. Acesso em 22 mai 2018.

BALKIN, Jack M. Being Just With Deconstruction. *In*: **Social & Legal Studies**. Vol. 3. 1994b, pp. 393-404. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/271/>. Acesso em 24 mai 2018.

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

BALKIN, Jack M. Idolatry and Faith: The Jurisprudence of Sanford Levinson. *In: Tulsa Law Review*. Vol. 38. Issue 4. p. 553-577, 2003. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/244/>. Acesso em 19 de mai 2018.

BALKIN, Jack M. Deconstruction's Legal Career. *In: Cardozo Law Review*. Vol. 27, nº 2. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2005, pp. 719-740. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/238/>. Acesso em 22 mai 2018

BALKIN, Jack M. **Constitutional Redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2011.

BALKIN, Jack M; Levinson, Sanford. Interpreting Law and Music: Performance Notes on "The Banjo Serenader" and "The Lying Crowd of Jews". *In: Cardozo Law Rev*. 20 ed. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1999, pp. 1-56. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/252/>. Acesso em 26 de mai 2018.

CASTANHEIRA NEVE, António. Dworkin e a interpretação jurídica – ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. *In: Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 413-495, p. 471

CASTANHEIRA NEVES, António. O Actual Problema Metodológico de Realização do Direito: 3 – Interpretação Jurídica. *In: Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 2. Reimpressão. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2011, p. 337-377

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais**. STVDIA IVRIDICA. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Editora Perspectivas S.A/ Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1973.

DERRIDA, Jacques. Do direito à Justiça: In: Derrida, Jacques. **Força de Lei: O fundamento místico da autoridade**. Campos das Lestras: Porto, 2003

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. *In: Teoria do Direito: Direito Interrogado Hoje – O Jurisprudencialismo: Uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2012, pp. 175-209.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Entre o Centro e a Periferia: A perspectivização ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013

LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. New Jersey: Princeton University Press, 2011

MOSSO, Bruno Penha. **A assimilação da desconstrução por Jack Balkin: um contributo para a compreensão do pensamento do autor**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas, Coimbra, 2009.