

Christoph Menke e o destino do direito

Christoph Menke and the fate of Law

Gabriel Rezende

Doutorando do *Laboratoire d'Études et de Recherches sur les Logiques Contemporaines de la Philosophie* – Université Paris 8. Bolsista do programa de doutorado pleno no exterior da CAPES. Mestre em direito pela Universidade de Brasília. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2221823383151405>. E-mail: gabriel.rezende-de-souza-pinto@etud.univ-paris8.fr.

Artigo recebido em 22/05/2015 e aceito em 28/10/2015.

Resumo

Publicado pela primeira vez no ano de 2011, *Direito e violência (Recht und Gewalt)*, de Christoph Menke, é uma das mais significativas contribuições à filosofia contemporânea do direito. Ao diagnosticar uma espécie de violência “coroadada” pelo destino no seio do direito, Menke propõe uma *crítica* capaz de romper com seu ciclo de infinita repetição. O artigo analisa seus principais argumentos ao longo do livro, e os contextualiza em relação ao panorama mais geral do pensamento de Menke.

Palavras-chave: direito; violência; *entsetzung*.

Abstract

First published in 2011, Christoph Menke’s *Law and Violence (Recht und Gewalt)* is one of the most significant contributions to contemporary philosophy of law. By diagnosing a sort of violence “crowned by fate” in law, Menke pledges for a *critique* capable of breaking through this cycle of infinite repetition. The article analyses his main claims throughout the book and contextualizes them with the broader landscape of Menke’s own thought.

Keywords: law; violence; *entsetzung*.

Introdução

Dono de uma relativamente vasta obra nos domínios da filosofia política e da estética, Christoph Menke produziu, recentemente, alguns dos mais interessantes aportes da filosofia continental à reflexão jurídica. Treinado na tradição da *Teoria Crítica*, mas com significativas incursões no pensamento francês da segunda metade do século XX, Menke, leitor de Adorno e Derrida, é ainda um desconhecido do público brasileiro. Infelizmente, pouquíssimos são os textos publicados no Brasil que fazem referência a seus escritos, e nenhum de seus livros sofreu tradução para a língua portuguesa.

Diante desse quadro, o presente artigo propõe um estudo introdutório do que se poderia chamar – adiante esta relação será mais bem explicitada – de uma crítica do direito em Menke, sem descurar, porém, da tonalidade afetiva e dos conceitos que, de modo geral, atravessam toda sua produção intelectual.

Publicado no ano de 2011, o opúsculo *Direito e Violência (Recht und Gewalt)* é o mais condensado esforço reflexivo do filósofo e, por essa razão, revela-se como o candidato ideal a guiar a estratégia argumentativa aqui proposta. Afinal, se Menke apresenta o direito, nesse trabalho, como centro de sua investigação, fica claro que o objeto estudado só se dá a conhecer à luz de um enorme conjunto de sedimentos políticos, éticos e estéticos. *Direito e violência* é, assim, um livro que reflete os caminhos trilhados por seu autor ao mesmo tempo em que projeta o porvir de novos problemas e de novas interrogações.

Este artigo se divide de maneira bastante intuitiva. Em uma primeira parte, são expostos os contornos muito peculiares com os quais Menke, valendo-se de uma ampla reflexão sobre o trágico, descreve o funcionamento do direito e diagnostica os problemas centrais do sistema jurídico. Em uma segunda parte, estuda-se a *Entsetzung*, traduzida aqui por *destituição*, e tenta-se pensar como esse conceito metamorfoseia e desloca o destino de violência do direito.

1. A tragédia e o destino do direito

As relações entre arte e sociedade marcaram, desde sempre, as preocupações filosóficas de Christoph Menke. A tragédia, mais especificamente, ocupou um lugar privilegiado em sua obra: bastaria lembrar do artigo publicado, em 1992, sob o título *Tragédia e os espíritos livres (Tragödie und die Freigeister)*, em que cultura e arte são interrogadas a partir de Nietzsche; ou do livro de 1996, *Tragédia na vida ética (Tragödie im Sittlichen)*, no qual o autor estuda os conceitos de justiça e liberdade na reflexão de Hegel sobre a tragédia. O acúmulo representado por estes e outros trabalhos é central para que se possa compreender a frase de abertura de *Direito e Violência*: “O gênero da tragédia e a instituição do direito estão, em sua origem e em sua estrutura, atados um ao outro.” (Menke, 2011, p. 13).¹ O que poderia significar essa atadura, essa ligação umbilical que é, a um só tempo, originária e estrutural? Mais ainda, qual seria sua atualidade?

1.1 Direito e vingança

Menke já havia defendido em *A atualidade da tragédia: ensaio sobre julgamento e atuação dramática (Die Gegenwart der Tragödie: Versuch über Urteil und Spiel)* que, ao contrário do que propõem certos autores, a tragédia guarda ainda atualidade “[p]ara nós’ – isto é, nos sentidos de Hegel e Schlegel: para nós modernos.” (Menke, 2005, p. 7).² Sua aposta é a de que a relação entre direito e tragédia não é anedótica ou puramente diletante. Ela implica, de fato, algo para a compreensão do tempo presente à medida que diz do destino de ambos os gêneros. Sua tese é bastante clara: se é possível identificar nos apelos individuais, nos debates das partes, na responsabilidade dos agentes, nas consequências das decisões e nos imbrólios da interpretação elementos comuns a direito e tragédia, é porque ambos pertencem a uma mesma forma de justiça. O direito não seria outra coisa senão a forma-justiça produzida pela reflexividade da tragédia, por ela erigida, por ela revelada em

¹ No original: “Die Gattung der Tragödie und die Institution des Rechts sind in ihrer Entstehung und in ihrer Struktur aneinander gebunden”.

² No original: “‘Für uns’ – das heißt, in Hegels wie in Schlegels Sinn: für uns Moderne.”

contraposição a outra forma-justiça: a vingança. Esse último ponto não deve jamais ser lido de forma trivial. Menke promove aqui uma importante inflexão em relação ao senso comum dominante na teoria do direito. Afinal, o direito da tragédia, que efetivamente lhe interessa, “não é uma espécie qualquer de ordem garantida pela força que estabeleceria um mínimo de segurança quanto a expectativas, mas [a] forma específica do direito trazida pelo trabalho de reflexão da tragédia.” (Menke, 2011, p. 14).³

É preciso insistir na ideia de que a emergência do direito não representa o nascimento da ideia de justiça nem atesta suas condições de possibilidade. A aparição histórico-fenomenológica do direito é mais bem explicada como *reformulação*, como dação de (nova) forma à justiça. Ao contrário dos discursos filosóficos que justificam o direito por via da possibilidade de saída do estado de natureza, Menke vê o jurídico como a sobreposição da violência do direito à violência da vingança, remodelando, com efeito, a forma-justiça. Surge de imediato a pergunta: como compreender a vingança como regime normativo? Não seria ela pura expressão de um imperativo de gozo, de uma satisfação não mediada de exigências *pulsionais*? Não pertenceria a vingança à ordem de uma compulsão de repetição a serviço da pulsão de morte, o que só poderia acarretar sua exclusão, *a priori*, do plano da normatividade?

Retomando alguns dos argumentos já avançados em *Reflexões da igualdade (Spiegelungen der Gleichheit)*, Menke nega à vingança esses predicados de senso comum. Para ele, “[a] vingança segue a lei da igualdade” (Menke, 2011, p. 16),⁴ uma vez que a lógica da retaliação expressa um regime de equalização dos danos. Expressões como “pagar na mesma moeda” ou “olho por olho, dente por dente” atestam a centralidade de uma justiça que se orienta pela igualdade: “[a] justiça da vingança reside no fazer do mesmo” (Menke, 2011, p. 17),⁵ isto é, em responder ao excesso do malfeito passado com um malfeito de idêntica medida. Sob essa lógica, entretanto, o ato vingador merece ser ele próprio vingado, de modo que o fechamento de um ciclo de vinganças carrega em si a possibilidade efetiva de abertura de um

³ No original: “(...) nicht irgendeine beliebige Art machtgarantierter Ordnung, die ein Minimum an Erwartungssicherheit schafft, sondern die spezifische Gestalt des Rechts, die die Reflexionsarbeit der Tragödie hervorbringt.”

⁴ No original: “Der Rache folgt dem Gesetz der Gleichheit”.

⁵ No original: “Die Gerechtigkeit der Rache besteht im Tun des Gleichen.”

novo. A estrutura de repetição infinita que assim se desenha tornou dramática e, com o tempo, tornou também socialmente insustentável a ordem da vingança.

O direito surge como mecanismo de quebra dessa condição. Ao contrário, porém, daqueles que preferem ver nesse movimento a superação de uma ordem de pura violência por uma de absoluta pacificação, Menke inscreve no coração do direito a necessidade de uma violência interruptiva. Ora, a força do direito decorre do completo assenhoreamento da regulação dos conflitos ocorridos na sociedade e, portanto, da subordinação dos mecanismos privados de vingança. Ainda que as duas ordens normativas comunguem a certeza de que o malfeito não pode ser deixado impune, o direito responde à injustiça acolhendo-a em uma dinâmica procedimental na qual se sabe, de antemão, que todo fato social pode ser narrado de forma antagonística.

1.2 O procedimento jurídico: um, dois, três

Há muito se consolidou, sobretudo nos países de língua inglesa, um campo de estudos que aproxima literatura e direito a partir da noção de ficcionalidade. Apesar dos inegáveis pontos de contato com a produção teórica do campo, há que se traçar uma linha divisória entre as propostas de Menke e aquelas da *Law and Literature* em sentido estrito. As razões para tal, aliás, permitem adentrar o âmago da discussão sobre direito e violência.

Primeiramente, deve ficar claro que Menke não tem a intenção de simplesmente religar direito e literatura; tampouco pretende defender uma unidade elementar de sentido entre o procedimento judicial e a novelística moderna (como propõe parte expressiva da *Law and Literature*). As camadas por ele buscadas são mais antigas e mais profundas. Em conhecida passagem da *Poética*, afirma Aristóteles que, na gradual evolução da tragédia, Ésquilo fora o primeiro a elevar de um para dois o número de atores. (ARISTÓTELES, 1968, p. 8). É esse movimento de duplicação, de dobração empreendido pela tragédia que a aproxima da forma jurídica da justiça. A justiça do direito, ao contrário da justiça da vingança, se dá de par com a aparição de dois partidos; dois lados que vêm à palavra podendo oferecer razões, podendo narrar de

modo alternativo a história que desencadeia a lide. Inusitada façanha que alça autor e réu à condição de concidadãos, e instaura, tanto no plano horizontal como no vertical, a igualdade como dinâmica própria do agrupamento político: “Em seu procedimento, com efeito, o direito sempre realiza a igualdade política do cidadão de dois modos: no fato de os dois partidos virem, por si e de igual maneira, à palavra; e no fato de o juiz decidir em nome da igualdade de todos os cidadãos.” (Menke, 2011, p. 30).⁶ O partidarismo das partes só é possível, portanto, a partir da neutralidade do juiz, representante de uma unidade política constantemente reafirmada no ato de julgar. Ausente por completo da ordem da vingança, a coexistência de dois partidos que disputam a narrativa dos fatos se apresenta aos olhos de Menke como o acontecimento que irmana direito e tragédia. Há algo de bakhtiniano nesse enfoque: ao invés de privilegiar uma temporalidade escatológica de tipo hegelo-lukácsiana, que afirmaria a transcendência da arte com a “[...] morte do *epos* clássico e a deslocação do interesse moderno da obra de arte para a reflexão sobre a mesma obra de arte.” (Campos, 1992, p. 127), Menke obriga seu leitor a ver, tanto no discurso literário como no discurso jurídico, a convivência entre diversas camadas anacrônicas. Como se lê em *A força da arte (Die Kraft der Kunst)* que: “[n]unca na modernidade houve mais arte, a arte foi mais visível, presente e importante na sociedade que hoje.” (Menke, 2013, p. 11),⁷ pode-se também pensar que a tragédia, em Menke, está longe de ser apenas a figura icástica de um protodireito. O trágico dá a ver um direito sem rebuço, revelando ora sua atualidade, ora a ab-rupção de seu destino.

Segundamente, Menke se distancia da *Law and Literature* – ou de parte substancial dela - por preferir romper com o primado da *representação*. Porque a justiça do direito não se refere a este ou aquele estado de coisas do mundo, mas à justa relação política dos cidadãos, os modos como literatura e direito empregam expedientes ficcionais para “mimetizar” (termo aqui utilizado num sentido pré-benjaminiano e, portanto, anterior à importante guinada ocorrida na obra de Theodor W. Adorno com sua *Teoria Estética*) a

⁶ No original: “In seiner Prozedur realisiert das Recht die politische Gleichheit der Bürger mithin stets in zweifacher Weise: indem die beiden Parteien selbst und gleichermaßen zu Wort kommen, und indem ein Richter in Namen der Gleichheit aller Bürger urteilt.”

⁷ No original: “Noch nie in der Moderne gab es mehr Kunst, war die Kunst sichtbarer, presenter und prägender in der Gesellschaft als heute.”

realidade não assumem dignidade filosófica. Em outras palavras, a questão central não é, como fora no influente *A ascensão do romance* (*The rise of the novel*), a imitação da realidade: “[o] modo típico da novela de imitar a realidade pode, portanto, ser igualmente bem resumido nos termos dos procedimentos de outro grupo de especialistas em epistemologia: o júri numa corte de justiça.” (Watt, 1972, p. 31).⁸ O juiz, ao julgar um caso qualquer que se lhe apresente, deixa de lado aquilo que é o foco da vingança, isto é, a justa ordenação do mundo, para se dirigir, sob a ótica da igualdade política, à justa ordenação da *pólis*. Com essa distinção, Menke faz mais do que simplesmente aprofundar as diferenças entre direito e vingança; ele estabelece, como ponto de partida para a discussão do estatuto da verdade jurídica, uma recusa do mimético e dos deveres de imitação e semelhança que erigem a hierarquia entre cópia e original, entre simulacro e realidade. Uma vez que se tenha descartado a representação como mecanismo de organização do discurso jurídico, também a “verdade como correspondência” perde sua centralidade. Da dissolução da possibilidade de um referente externo que garanta toda pretensão de objetividade, porém, não se pode derivar a queda em uma postura relativista clássica. O direito, em sua duplicidade estrutural, impõe-se sobre a vingança ao experimentar e, em seguida, garantir a vinda à palavra de duas posições contrapostas. E, assim, seu caráter dúplex exige que, *a priori*, ao menos duas histórias sejam contadas. Menke, então, afirma: “isso não significa que o direito pressuponha que o [relato das partes] não seja verídico. (...) Significa, antes, que ele não pressupõe que [o relato das partes] seja verídico (ou inverídico).” (Menke, 2011, p. 21).⁹ Essa definição, à primeira vista enigmática, deixa-se traduzir por aquilo que Gilles Deleuze e Félix Guattari diziam do perspectivismo científico em *O que é a filosofia? (Qu'est-ce que la philosophie?)*: “ele não atinge uma relatividade da verdade, mas uma verdade do relativo.” (Deleuze; Guattari, 1991, p. 126).¹⁰ Desde sempre, o direito teria rompido com uma visão estática, rígida, idêntica e una do real, percebendo-o

⁸ No original: “The novel’s mode of imitating reality may therefore be equally well summarized in terms of the procedures of another group of specialists in epistemology, the jury in a court of law.”

⁹ No original: “Das bedeutet nicht, dass das Recht annimmt, dass sie nicht wahr ist. (...) Es bedeutet vielmehr, dass das Recht nicht annimmt, dass sie wahr (oder dass sie unwaht) ist.”

¹⁰ No original: “il ne constitue pas une relativité du vrai, mais au contraire une vérité du relatif.”

como algo essencialmente multifário, fluido, diverso e multiplicador, capaz de ser relatado de forma contraditória e dispersa pela simples razão de ele também ser contraditório e disperso. “O procedimento do direito *distancia* cada relato e o *relativiza*, assim, como um entre dois.” (Menke, 2011, p. 21).¹¹ A verdade, definida como problema e resultado de um procedimento, não se separa, assim, do conceito de caso jurídico. O caso reclama uma pergunta pelo “como”, ele é a necessidade de escuta das partes pela multiplicação do(s) fato(s). Ademais, o relato é sempre o relato de alguém, é sempre uma versão parcial, imantada de forças e desejos, a ser julgada por um juiz que não adere a partido algum. O processo judicial, por essa razão, refere-se a uma verdade que precisa ser construída entre investigação e julgamento – esse último podendo ser atravessado tanto por “forças reativas” como por “forças ativas” (Deleuze, 1962, p. 44).¹²

1.3 A violência como destino do direito

As precisões aportadas nos últimos dois parágrafos permitem concluir que o direito implica a necessidade de uma decisão. Assim como a vingança, ele deve separar os atos justos dos atos injustos; diferentemente da vingança, ele proclama: “sim, há um fim quando o [ato de] decidir segue o procedimento correto.” (Menke, 2011, p. 20).¹³ O encerramento do caso significa, a partir de uma verdadeira sublimação do objeto em disputa, o fechamento do ciclo de violências instaurado entre as partes. A ideia de garantia de não repetição, fórmula hoje muito utilizada no domínio do direito internacional, deixa ver, de fato, aquilo que é o *horizonte* do próprio direito: a interrupção, a clausura, o desfecho.

Lendo as *Eumênides*, Menke sublinha que isso só é possível porque o direito é, ele também, indissociável da violência. O poema trágico de Ésquilo

¹¹ No original: “Das Verfahren des Rechts *distanziert* jede Erzählung und *relativiert* sie damit als eine von zweien.”

¹² Infelizmente, o espaço deste artigo não permite uma investigação mais profunda a respeito dos veios abertos pelo estatuto da verdade no direito e a bastante peculiar reflexão de Deleuze sobre a ontologia. Duas perguntas se fariam necessárias, se se leva em conta o vocabulário desenvolvido em *Mil platôs*: a) em que medida o direito pode fornecer “linhas de fuga”?; b) em que medida, ao representar o paradigma das “linhas segmentárias”, o direito não é, ele também, condição de possibilidade do acontecimento?

¹³ No original: “Ja, es gibt ein Ende, wenn das Entscheiden dem richtigen Verfahren folgt.”

ilustra, como talvez nenhum outro o tenha feito, o quão profunda é a dependência do direito em relação ao medo. A voz de Atena se faz ouvir, no momento de instituição do tribunal, aconselhando aos atenienses:

Sobre esta elevação digo que a Reverência/ e o Temor, seu irmão, seja durante o dia,/ seja de noite, evitarão que os cidadãos/ cometam crimes, a não ser que eles prefiram/ aniquilar as leis feitas para seu bem /(quem poluir com lodo ou com eflúvios turvos/as fontes claras, não terá onde beber)./ Nem opressão, nem anarquia: eis o lema/ que os cidadãos devem seguir e respeitar./ Não lhes convém tampouco expulsar da cidade/ todo o Temor; se nada tiver a temer,/ que homem cumprirá aqui os seus deveres? (Ésquilo, 1990)

A experiência grega da dominação, proveniente de certa teoria do *krátos*, teria sido interiorizada pelo direito. A forma-justiça, agora reformulada a partir do procedimento de igualdade das partes perante um terceiro imparcial que fala em nome da *pólis*, não apenas depende do medo, senão o transforma em sua essência. Logo, reconhecer como válida uma decisão judiciária corresponde a reconhecer a ameaçadora força de dominação que a totalidade dos cidadãos exerce sobre cada indivíduo. E nisto o direito em nada se diferencia da vingança. Ou melhor, só se diferencia a partir de uma qualidade não sensível, puramente formal. Eis porque, da Sofística aos *Critical legal studies*, o direito tem sido sistematicamente denunciado, a partir de uma perspectiva realista, como instrumento dos poderes estabelecidos, ocultamento das relações de força existentes na sociedade. O exemplo escolhido por Menke para ilustrar esse ponto parece ser definitivo: todo argumento que pretende separar as violências de direito e vingança perde força diante de estatísticas como aquelas que mostram a taxa de encarceramento da população negra nos EUA. Materialmente, nada permite afirmar que, ali, a ordem da vingança tenha sido superada por um ordenamento jurídico. Ora, “direito e vingança não são apenas fenomênicos, mas *se fenomenizam* de igual modo.” (Menke, 2011, p. 34).¹⁴

O potencial crítico do realismo, entretanto, encontra seus limites no mesmo lugar de onde retira suas vantagens descritivas. Ao se concentrar em

¹⁴ No original: “Recht und Rache sind nicht nur scheinbar, sondern *erscheinen* gleich.”

uma abordagem empírica do fenômeno violência, o realismo termina por partilhar com sua contraparte teórica, o idealismo, a pressuposição de um direito que deveria ser o oposto da violência. Sem atenção à juridicização da justiça em termos formais, é impossível notar que a especificidade da violência do direito se produz por um processo mental (*Denkprozeß*), *sensu* Kelsen, de aglutinação: a violência jurídica está na origem da forma-direito, no ponto de viragem no qual o direito rompe com a forma-vingança da justiça. Só a insistência no aspecto formal permite apreender a juridicidade do direito, isto é, a identidade de sua violência: de Kant a Koskenniemi, pensar o direito é refletir sobre sua forma.

Niklas Luhmann recorreu a George Spencer Brown e seu influente livro *Laws of Form* para explicar que a ideia de forma não remete simplesmente a uma bela fôrma ou a um belo objeto, senão diz de uma coisa que possui dois lados e, assim, distingue, diferencia. “‘Forma’ é algo, em princípio, ambilátero” (Luhmann, Baecker, 2002, p. 75) e que, portanto, se inscreve na injunção browniana do “draw a distinction”. Inspirado por esses debates, Menke enxerga na vingança, forma bifacial da justiça, a aplicação da distinção justo/injusto à ordem do mundo. Porque a *ordo mundi* corresponde a um espaço de pura imanência, totalidade inexcedível, é correto concluir que não poderá jamais haver, para ela, um terceiro excluído. Nada escapa à distinção entre justa ou injusta ordenação do mundo.

O direito, a seu turno, refere-se à igualdade política dos cidadãos e não a uma deontologia dos estados de coisas. Estão dadas as condições para um tipo de relação completamente estranho à lógica da vingança e que abriga dois planos da forma-direito. No primeiro deles, distingue-se o justo do injusto como contrapartes, vale dizer, o injusto é sempre o contrário do justo. No segundo plano, porém, é o direito que se distingue do não direito, de seu *fora*, o extrajurídico como não justiça (jamais confundido com o injusto, que é, para todos os efeitos, uma contrajustiça). Para além da distinção justo/injusto, a “possibilidade de um *fora* da justiça; a possibilidade de uma não justiça –

querer e agir, em geral, para além da orientação normativa da justiça.” (Menke, 2011, p. 36).¹⁵

Esse espaço marca, necessariamente, a saída da unidade político-jurídica da *pólis* e de sua regulação normativa. O advérbio “necessariamente”, empregado no período anterior, se explica por uma circunstância decisiva: a aparição fenomênica do direito acarreta, internamente, a supressão de qualquer pretensão à justiça que difira da justiça político-procedimental da cidade. O temor aconselhado por Atena sugere, então, que o direito não se dedica, simplesmente, a atribuir responsabilidades e reparar os injustos, porém sim a coibir a travessia em direção ao extrajurídico. Menke se vale, diversas vezes, da forma pronominal do verbo *durchsetzen*: o direito válido precisa se impor, precisa se afirmar frente ao *fora* do não direito. O juiz, quando de uma decisão, está diante desse dilema, pois todo ilícito carrega, no limite, a possibilidade de romper por completo com a ordem jurídica da cidade. Julgar é apartar, por meio do temor, o *fora*; é fazer-lhe frente estrangeirando-o.

O direito cria o outro que ele deve, entretanto, afastar. A positivação do direito e a reprodução de cada uma de suas operações dão vida ao *fora* porque traçam a distinção que lhe dá forma. E assim, como que em um jogo circular de inspiração nietzschiana, o direito é obrigado a caçar, permanentemente, aquilo que ele, e somente ele, produz. Caça, aliás, que se dá no marco de uma relação de pura violência entre o direito e seu outro.

Isso não significa, porém, que o direito esteja condenado a sempre ser um depósito de autoritarismos. Passa-se exatamente o oposto, segundo Menke. A pressão exercida pelo não direito acarretou, em termos históricos, uma linha crescente de interiorização na figura do sujeito de direito. “Sua dominação impõe que o direito autoritário se transforme em direito autônomo” (Menke, 2011, p. 41).¹⁶ O argumento é bastante simples: se o direito precisa sobrepujar o *fora* para garantir sua identidade político-procedimental, o melhor modo de fazê-lo é engajar todos os membros da *pólis*

¹⁵ No original: “Die Möglichkeit eines *Außerhalb* der Gerechtigkeit; die Möglichkeit der Nicht-Gerechtigkeit – eines Wollens und Handels dieseseits der normativen Orientierung na Gerechtigkeit überhaupt.”

¹⁶ No original: “Um seiner Herrschaft willen muss sich das autoritäre Recht in autonomes Recht verwandeln.”

na referida caçada e permitir-lhes serem instâncias de violência contra o não direito. Menke lê, em *Édipo Rei*, a máxima reflexão sobre o que chama de “maldição da autonomia”, elemento central para a compreensão da ideia de sujeito de direito. Em *A atualidade da tragédia*, o autor sublinhara os modos como a forma jurídica do procedimento penal de homicídio em Atenas se reflete no poema de Sófocles. Não há aqui, contudo, um simples mimetismo passivo. A história de Édipo demonstra, desde a interpretação do oráculo até seu desfecho, “forma jurídica [...] em sua produção e em seu colapso” (Menke, 2005, p. 25).¹⁷ Um auto, um longo processo judicial em que o juiz se transforma em réu e, sujeito de direito que é, passa a não ter outra alternativa além de condenar a si mesmo ao exílio. Mais profunda do que a mera redefinição dos membros da comunidade política em contrapartes, a subjetivação jurídica liga a autonomia do direito à autonomia do sujeito. Se esta é a responsável pela produção daquela, então o inverso passa a ser logicamente necessário. “O direito domina quando força seus sujeitos à autonomia; o direito domina quando sua maldição força que seus sujeitos livremente julguem a si próprios de acordo com a lei”. (Menke, 2011, p. 46).¹⁸ Todos são, em potencial, foros de emprego da violência legítima.

Walter Benjamin foi, talvez, quem melhor refletiu sobre essas questões no século XX. No conhecido ensaio *Crítica da Violência (Kritik der Gewalt)*, o filósofo desconstitui a ilusão partilhada por jusnaturalistas e juspositivistas quanto à relação que as noções de meio e fim estabelecem com a violência do direito. Ainda que as duas escolas realizem o concerto desses termos de forma distinta, há um dogma fundamental que subjaz às suas análises: “Fins justos podem ser alcançados por meios legítimos, meios legítimos podem ser empregados para alcançar fins justos.” (Benjamin, 1991, p. 180).¹⁹ Benjamin rejeita essa conciliação, argumentando que, em verdade, a violência do direito não tem nada que ver com a possível violência de seus meios. Não se trata, portanto, de pensar o caráter instrumental da violência

¹⁷ No original : “[d]ie Rechtsform vielmehr in ihrer Hervorbringung und in ihrem Zusammenbruch.”

¹⁸ No original: “Das Recht herrscht, indem es seine Subjekte zur Autonomie zwingt; das Recht herrscht, indem es seinen Fluch erzwingt, dass seine Subjekte sich selbst, frei, nach seinem Gesetz beurteilen.”

¹⁹ No original: “Gerechte Zwecke können durch berechtigte Mittel erreicht, berechtigte Mittel an gerechte Zwecke gewendet werden.”

(como deve ser justificada ou como deve ser garantida), mas perceber que ela se desenvolve como fim a ser cumprido. Assim deve ser interpretada a ideia benjaminiana de uma “violência coroada pelo destino”, a dita de um direito que tem por fim a perpétua reafirmação de sua dominação.

Menke releva que dois sentidos de violência podem ser ali isolados. Um primeiro, mais próximo do senso comum, denota o modo de execução típico do direito, o emprego da força no momento de fazer valer os seus comandos. Um segundo sentido, este mais próximo do que Benjamin estaria pensando, diz da repetição da violência como destino, ou seja, de um direito cujo propósito único é sobrepujar seus outros. Uma violência que opera, enfim, com a só finalidade de operar, estabelecendo a supremacia da ordem, das categorias, da perspectiva, da língua do direito. Eis a dinâmica de repetição: o destino do direito é caçar, violentamente, o *outro* que, no entanto, ele mesmo cria.

Eis, portanto, seu caráter trágico. A ideia de que direito e tragédia comungam uma mesma forma precisa agora ser aprofundada. O destino do direito não é um destino qualquer, mas um destino trágico. Ele não significa, simplesmente, a potência de acontecimentos prescritos de antemão, de fatos rigidamente fixados contra os quais nada pode ser feito. Para além deste fundo comum de interpretação da *moira* ou do *fatum*, destaca-se o destino da tragédia como ação, como conhecimento e como auto-conhecimento na ação. Como autoprodução — autopoiese, por quê não? Em *A atualidade da tragédia*, escrevia Menke: “Trágico, isto é, (trágico-)irônico é o destino que, precisamente na busca de impedir a desdita, produ-la.” (Menke, 2005, p. 23). A tragédia reside na autoprodução. Édipo é o mais feliz e, em seguida, o mais triste de todos os homens não simplesmente porque mata seu pai e se deita com sua mãe, senão porque ele conhece a si mesmo, por assim dizer, *em juízo*. E é ele, o juiz Édipo, quem instaura o procedimento para apurar a morte de Laio; é ele, também, quem não ouve as súplicas de Tirésias para “arquivar o processo”. “Isto, e somente isto, é a infelicidade de Édipo: que ele tenha que se julgar.” (Menke, 2005, p. 19).²⁰ Autoconhecimento é aqui autojulgamento: o prefixo *auto-* assume destaque. A pulsão por julgar é ligada à desdita final

²⁰ No original: “Dies, und nur dies, ist Ödipus’ Unglück: dass er sich so beurteilen muss.”

pelo conhecimento de si no seio de um processo deflagrado e conduzido pelo “si mesmo”. A tragédia tem, então, lugar: a sentença que deveria proteger contra a maldição nada mais faz do que confirmá-la.

O sistema jurídico é, pois, uma espécie de Édipo. Ao caçar o fora para impedir a maldição da pura violência, notadamente a ordem da vingança, ele produz também seu destino de violência.

2. Libertar o direito: descoupação

Em linhas gerais, qual é o projeto de Christoph Menke? O que, afinal, ele pretende com seu *Direito e Violência*? A resposta para essas perguntas pode ser condensada da seguinte maneira: Menke pretende realizar uma crítica do direito. Segundo ele, a experiência da tragédia permite jogar luz não apenas sobre o destino do direito, mas também sobre o significado do que deva ser uma empreitada crítica. O que diz Benjamin da violência deve valer, conseqüentemente, para o direito: “[a] crítica da violência é a filosofia de sua história. ‘Filosofia’ dessa história, então, porque, somente com a ideia de seu desenlace, se abre uma perspectiva crítica, que cinde e que decide seus dados temporais.” (Benjamin, 1991, p. 202).²¹ Cindir e decidir a filosofia da história do direito, tarefa do crítico, é liberar o jurídico do círculo de infinitas repetições em que fora aprisionado, sem que com isso se perca de vista sua constituição paradoxal. Sim, pois este é o elemento essencialmente trágico do direito: por um lado, ele é a ruptura com a violência de destino que havia caracterizado a vingança; por outro, essa ruptura só se dá quando ele mesmo é tragado para o interior do fado de sua própria violência.

2.1 A tarefa da crítica

Se Benjamin foi quem melhor diagnosticou os problemas e as tarefas por vir de uma reflexão sobre o direito, sua solução parece a Menke excessivamente

²¹ No original: “Die Kritik der Gewalt ist die Philosophie ihrer Geschichte. Die ‘Philosophie’ dieser Geschichte deswegen, weil die Idee ihres Ausgangs allein eine kritische, scheidende und entscheidende Einstellung auf ihre zeitlichen Data ermöglicht.”

simplista. A conclusão de *Crítica da Violência* é uma injunção para que, em verdade, a cisão crítica a ser feita seja uma que, além de levar em consideração as duas dimensões conflitantes do direito, opere uma segunda fratura: a violência “pura”, “revolucionária”, “divina,” única capaz de impedir o ciclo de destino do direito sem retornar à regulação da vingança, se dirige a separar, finalmente, os homens do direito. Alheia tanto à criação como à manutenção do direito, essa violência viria liberar o humano, a vida de homens e mulheres, da relação histórica que há muito entretêm com o jurídico.

O Benjamin lido por Menke cai nas armadilhas de simplificação e objetificação que tão veementemente denunciara: um preço muito caro a ser pago pela teórica dissolução dos dilemas do direito. Embora assuma seu desconforto com as conclusões de *Crítica da violência*, Menke acredita existir uma leitura alternativa a ser feita; uma, de fato, que escapara ao próprio Benjamin.

Tudo se desenrola ao redor da palavra alemã *Entsetzung*.

“Uma nova era histórica se funda sobre a ruptura deste círculo dominado pela mítica forma jurídica, sobre a *Entsetzung* do Direito em relação aos poderes que o sustêm, e que nele também se sustêm, vale dizer, em última medida, o poder do Estado.” (Benjamin, 1991, p. 202).²²

A *Entsetzung* (aqui traduzida por *destituição*) perdida no texto de Benjamin é resgatada por Menke, em um verdadeiro recondicionamento poético do termo; uma nutrição de impulso — para utilizar a expressão de Pound (1954, p. 20) — com o firme propósito de pensar a saída da paradoxal violência jurídica. A destituição do direito é algo diametralmente oposto às teorias da decisão e da soberania em Carl Schmitt. Esse ponto de partida se faz necessário em razão de uma série de leituras que, ao longo do tempo, têm tratado de estabelecer uma relação de espelhamento entre Benjamin e Schmitt. Que se possa deduzir da teologia-política schmittiana uma suspensão da normatividade do direito para garantir-lhe suas condições de possibilidade, e que a soberania não seja outra coisa senão a liberação da força violenta de

²² No original: “Auf der Durchbrechung dieses Umlaufs im Banne der mythischen Rechtsformen, auf der Entsetzung des Rechts samt den Gewalten, auf die es angewiesen ist wie sie auf jenes, zuletzt also der Staatsgewalt, begründet sich ein neues geschichtliches Zeitalter.”

instauração da ordem jurídica (para além das amarras deontológicas), são aspectos, entre outros, que deveriam permitir refutar as aproximações entre os dois autores. Embora essa refutação demande um ensaio autônomo, a referência a essas questões é bem-vinda à medida que permite aprofundar a proposta de Christoph Menke inspirada por Benjamin. Uma pista extremamente significativa: no ensaio *Law and violence*, um dos textos preparatórios de *Recht und Gewalt*, Menke chama atenção para os riscos da tradução inglesa do supracitado trecho de *Critica da violência*. Lê-se: “No original alemão, contudo, Benjamin não fala de ‘suspensão’ do direito — como o faz a tradução inglesa seguindo Carl Schmitt —, mas da *Entsetzung* do direito”. E arremata Menke: “O termo alemão *Entsetzung* tem um duplo sentido que diferencia claramente a *Entsetzung* do direito da sua ideia de ‘suspensão’ em Schmitt”. (Menke, 2010, p. 13).²³

A *destituição* se traduz pela tangência de duas ordens de significados. Em primeiro lugar, destituir é retirar da função, é abandonar uma atividade exercida a título oficial ou não. Em segundo lugar, destituição designa a vacância em termos espaciais: ela é ausência, mudança, saída, esvaziamento e, também, liberação. Como que em memória do *destituere* latino, a palavra remete ao colocar à parte, ao isolar, ao abandonar. Eis o ponto em que convergem plenamente *de-statuere* e *Ent-setzung*: uma espécie de negação da colocação. “A destituição (*Entsetzung*) do direito significa, igualmente, deposição e liberação.” (Menke, 2011, p. 64).²⁴ Ao contrário do que propõe Schmitt, liberar o direito não implica o desfazimento das restrições impostas pela lógica deontológica, mas a libertação do jurídico de suas funções históricas. Essa é a tese central de *Direito e Violência*, que se apresenta como uma espécie de programa de pesquisa e de ação política infinita. A tarefa do crítico do direito, então, seria não apenas a de percorrer os dados jurídicos imediatos, mas a de encontrar na sociedade fragmentos de destituição do

²³ No texto publicado na revista *Law and literature*: “In the German original, however, Benjamin does not speak of the ‘suspension’ of law - as the English translation, following Carl Schmitt, does - but of the law’s *Entsetzung*. The German term *Entsetzung* has a double meaning that sets Benjamin’s *Entsetzung* of law clearly apart from Schmitt’s idea of its “suspension.”

²⁴ No original: “‘Entsetzung’ des Rechts heisst daher zugleich seine Absetzung und seine Freisetzung.”

direito. Uma reflexão sobre o direito que seja, também, uma reflexão do direito – uma operação do próprio sistema do direito, portanto – e no direito.

Qual deve ser o ponto de partida desta empreitada? A resposta é simples: deve-se pensar o começo do direito, não sua antevéspera — como fizera Heidegger no *Parmênides*. A perspectiva trágica permite ver que o início do direito, marcado pela ruptura com a vingança, alberga a existência do *outro*, do não direito. Com efeito, o jurídico se caracteriza por resolver internas e contraditórias possibilidades de interpretação, e também por superar formas de regulação injurídicas ou antijurídicas. A forma de que dispõe o direito para perpetrar sua sobreposição não é o convencimento ou a justificação, mas o emprego da violência. Menke ajunta:

Por meio de sua forma de julgamento político-procedimental – que, em nome da igualdade, rompe com a violência da vingança – , o direito permanece, desde seu início, diante de uma tarefa irresolúvel: o direito precisa assegurar não apenas esta ou aquela lei, mas a lei da lei; assegurar não apenas esta ou aquela norma, mas a própria normatividade da norma contra o sem-lei e o livre-de-norma. (Menke, 2011, p. 66).²⁵

2.2 Autorreflexão do direito

Ora, se a destituição não pode ser simplesmente uma projeção, para além do direito, rumo à pura violência dos espaços injurídicos, a única conclusão possível é que ela deve representar uma libertação em relação à violência que exerce o direito contra seu *fora*. Menke antecipa duas interpretações possíveis dessa empreitada. Uma primeira, que ele chamará de regressiva, refere-se a um processo de formação, edificação, educação. Dinâmica geral de domaço e amansamento da violência jurídica, essa verdadeira *paidéia* jurídica propria, ao final, uma eliminação das diferenças entre o direito e seu outro (vida pura, Natureza, etc.). Tal resposta parece problemática, uma vez que implica, em termos luhmannianos, um processo de desdiferenciação do sistema do direito,

²⁵ No original: “Durch seine politisch-prozedurale Urteilsform – die in Namen der Gleichheit mit der Gewalt der Rache bricht – steht das Recht von Anfang an vor einer unlösbaren Aufgabe: Das Recht muss nicht nur dieses oder jenes Gesetz, es muss das Gesetz des Gesetzes, nicht nur diese oder jene Norm, sondern die Normativität der Norm selbst gegen das Gesetzlose und Normfrei sichern.”

algo improvável e perigoso, dadas as circunstâncias da sociedade mundial contemporânea. Mais interessante, porque mais complexa, é a segunda interpretação, chamada por Menke de reflexiva. De acordo com esse ponto de vista, a tarefa a ser cumprida não é a de eliminar a diferença entre o direito e seu outro, mas a de libertá-la; liberar suas potencialidades para além das formas históricas violentas que assumiu. O direito reflexivo é um direito autorreflexivo porque o movimento de reflexão é uma operação do próprio sistema, alterando sua forma para receber o outro de uma forma inaudita. Ecos da *hospitalidade* pensada por Jacques Derrida: acolhida do outro que não significa redução da diferença; acolhida que se dá na “distância infinita do outro” (Derrida, 1997, p. 20).²⁶ O ponto fundamental da autorreflexão é, pois, que o direito não somente mantém sua distância em relação ao *fora*, mas, reflexivamente, executa essa diferença como uma operação de seu próprio sistema. Neste sentido, o direito autorreflexivo abriga em si o não direito, construindo-se na construção de seu outro.

A *destituição* leva Menke, então, a se deter sobre a forma *princeps* com a qual o direito trabalhou a autorreflexão na modernidade: a ideia de direitos subjetivos. Para ele, o que há de absolutamente inovador nessa aquisição evolutiva é que, pela primeira vez, estruturas jurídicas são erigidas para albergar um direito contra o direito. Em outro lugar, dissera ele: “[a figura dos direitos subjetivos] é o paradoxo da autorreflexão dos direitos trazido à forma.” (Menke, 2008b, p. 86).²⁷ A partir de uma leitura da peça teatral *A bilha quebrada*, de Heinrich von Kleist, Menke toma como exemplo o direito ao silêncio: não se trata mais de um direito de simplesmente tomar parte da ordem da cidade, de adentrar a unidade político-jurídica. Trata-se, antes, de um direito de opor à coletividade uma preferência qualquer, uma individualidade. O sucesso do liberalismo ou, caso se prefira, da concepção liberal dos direitos reside, justamente, em sua capacidade de capitalizar a autorreflexão do sistema jurídico, cristalizando-a em estruturas altamente estáveis.

²⁶ No original: “distance infinie de l’autre.”

²⁷ No original: Sie ist die zur Form gewordene Paradoxie des selbstreflexiven Rechts.

Os direitos subjetivos permitem erigir esferas de autonomia individual livres do poder do Estado e, com isto, instauram a parcialidade na participação dos cidadãos no direito. O *fora* é regulado juridicamente, mas guarda distância de toda totalização no seio da cidade. Está-se diante de um cenário em que duas lógicas são postas: de um lado, a autonomia jurídica dos cidadãos, baseada na igualdade dos membros da comunidade política na produção da ordem normativa; de outro, a proteção dos interesses privados, coligida em um conjunto de direitos subjetivos oponíveis a todos.

O problema da versão liberal dos direitos fundamentais — já documentado, aliás, em vastíssima literatura — é que a proteção do não direito no interior do direito só foi possível em razão de um pacto de manutenção das estruturas sociais. Em outras palavras, o liberalismo liga as duas lógicas de autonomia, prometendo jamais modificá-las. Com isso, uma infinidade de outros poderes sociais se constituiu e formas imprevistas de violência e força grassaram na sociedade, notadamente nos domínios político e econômico. Menke sintetiza: “A liberal ‘arte da separação’ do direito do não direito acredita ser capaz de romper com a violência jurídica quando, em verdade, ela somente é capaz de limitar seu alcance – sem, portanto, poder mudar seu modo de julgar.” (Menke, 2011, p. 86).²⁸

A destituição se situa, necessariamente, em um pós-liberalismo, isto é, na mudança autorreflexiva do direito que põe a nu seu caráter paradoxal. Niklas Luhmann desde sempre enfatizou que “há paradoxos por toda parte quando se busca fundações” (Luhmann, 1988, p. 154).²⁹ O início de seu *A sociedade da sociedade (Der Gesellschaft der Gesellschaft)* é marcado por uma fina elucidação do tipo de dificuldade que a sociologia encontra na descrição de seu objeto; no fundo, trata-se do mesmo dilema que engloba a relação do direito consigo mesmo e com seu outro. Segundo Luhmann, o problema se põe porque não é possível descrever a sociedade sem nela se situar. Como consequência, toda observação da sociedade já é uma operação da própria sociedade. “Seja qual for a definição que se queira dar do objeto: a própria

²⁸ No original: “Die liberale ‘Kunst der Trennung’ des Rechts vom Nichtrechtlichen glaubt, die Gewalt des Rechts brechen zu können, indem sie allein seine Reichweite begrenzt – ohne also die *Urteilsweise* des Rechts *verändern* zu müssen.”

²⁹ No original: “There are paradoxes everywhere, wherever we look for foundations.”

definição é de antemão uma operação do objeto. A definição executa o descrito. Ela precisa, então, dar conta de si mesma na execução da descrição.” (Luhmann, 1997, p. 16).³⁰

Viu-se, acima, que o direito só pode garantir sua pretensão de validade — em outros termos, a validade de suas decisões — à medida que afasta e sobrepuja o não direito. Sinteticamente, pode-se dizer que isso representa algo como um “direito do direito”. Por outro lado, o direito só pode se relacionar com o não direito — ainda que essa relação, ao final, resulte no emprego da pura violência — referindo-se a ele por meio de uma operação do sistema jurídico. O paradoxo se dá justamente aí: a sobreposição realizada pelo direito deve ser ativada por ele como um direito do não direito:

O direito do direito de se impor contra o não direito é – de acordo com o conceito do direito -, igualmente, o direito do não direito: o direito do não direito, no interior do direito que a ele se sobrepõe, de tomar parte, de ser considerado e de vir à validade. (Menke, 2011, p. 89).³¹

Uma vez que as fronteiras entre o *dentro* e o *fora* começam a ter seus limites questionados, o direito é obrigado a afirmar que, em verdade, o direito do direito e o direito do não direito são uma coisa só, isto é, ambos se executam em um mesmo movimento. A autorreflexão que interessa a Menke, por outro lado, demonstra e aprofunda a experiência de que as duas operações se encontram em situação de irresolúvel contrariedade. O direito não é capaz de efetivar o direito do não direito sem, nesse mesmo gesto, feri-lo profundamente. A razão para tanto é simples: ao fazer referência ao não direito, o direito realiza uma de suas operações e, portanto, impõe sua língua, sua sintaxe ou, caso se prefira, seu código. Não há, enfim, tradução sem violência; não há trânsito entre *fora* e *dentro* que não resulte em ofensa, em lesão.

³⁰ No original: “Wie immer man den Gegenstand definieren will: die Definition selbst ist schon eine der Operationen des Gegenstandes. Die Beschreibung vollziehet das Beschriebene. Sie muß also im Vollzug der Beschreibung sich selber mitschreiben.”

³¹ No original: “Das *Recht des Rechts*, sich gegen das Nichtrechtliche durchsetzen, ist – dem Begriff des Rechts gemäß – zugleich das *Recht des Nichtrechtlichen*: das Recht des Nichtrechtlichen, am Recht, das sich gegen es durchsetzt, beteiligt zu sein, im Recht berücksichtigt zu werden und zur Geltung zu kommen.”

A questão então passa a ser: como permanecer, de outra forma, nessa inevitável violência? Como acolher *outramente* o referido paradoxo?

2.3 O direito em guerra contra si mesmo

A resposta a essas questões, no marco da destituição, deve levar a cabo uma reformulação das noções de identidade e *mesmidade* no direito. O argumento de Menke pode ser mais bem compreendido à luz das conhecidas advertências de Martin Heidegger a respeito desses dois conceitos. Heidegger postula que a comumente utilizada fórmula “A=A” nada mais é que o estabelecimento de uma relação de igualdade entre dois elementos. O princípio de identidade, a seu turno, se refere a algo completamente diverso, a saber, o mesmo, *idem, das Selbe, to autó*. Já em Platão isso aparece de forma clara: o mesmo não é o mesmo que outro — não supõe dois termos —, mas é o mesmo de um outro que ele próprio é. Essa complicada formulação, em verdade, se refere ao caráter dativo da *mesmidade*. Heidegger sublinha que, no *Sofista*, Platão se valeu da expressão “*echaston eauto tautón*” não para dizer: “cada um deles é, ele mesmo, o mesmo”, mas: “cada um deles é, ele mesmo, para si mesmo, o mesmo.” (Heidegger, 2006, p. 34).³² O dativo indica que, como condição de possibilidade da identidade, inscreve-se a diferença, a distância, a separação, o retorno; inscreve-se o “com” que marca uma síntese necessária. Se há síntese, há, portanto, oposição. Da maneira mais condensada possível, a filósofa Catherine Malabou assere: “Essa ‘oposição’ é a *incisão do outro no mesmo*, incisão que permanece ocultada na relação de igualdade. Neste sentido, o mesmo é a *metamorfose do igual*.” (Malabou, 2004, p. 218).³³

Menke quer pensar a autorreflexão do direito como metamorfose de sua identidade, como complicação do esquema “direito=direito” e liberação da força dispersiva do não direito. Uma síntese contraditória na qual a execução do procedimento jurídico-político de igualdade dos cidadãos se realiza *com* (*sensu* Heidegger) o poder dispersivo daquilo que recusa, que é incapaz, que — termo menkiano por excelência — *esquece* o direito. Os dois, a um só tempo,

³² No original: “jedes selber dasselbe. (...) Jedes selber ihm selbst dasselbe”

³³ No original: “Cette ‘opposition’ est l’*incision de l’autre dans le même*, incision qui demeure occultée dans le rapport d’égalité. En ce sens, *le même est la métamorphose de l’égal*.”

projetando o futuro da forma jurídica. Uma vez mais, é o diálogo com as artes dramáticas que permite a Menke postular seus argumentos. Diálogo este, aliás, que está longe de conter uma função meramente ilustrativa, traçando, antes, uma aproximação estrutural. A peça *Wolokolamsker Chaussee I: Russische Eröffnung*, de Heiner Müller, oferece, assim, a possibilidade de pensar a destituição para além dos limites do senso comum jurídico. O texto de Müller parece aprofundar a experiência de Descartes, relatada por Menke em seu livro *Força: um conceito fundamental da antropologia estética (Kraft: ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie)*, de que o objeto estético não tem razão nem fundamento e permanece irremediavelmente indeterminado (Menke, 2008a, p. 20). Talvez seja este o ponto que interessa tanto a Menke: pensar a contingência, pensar a possibilidade.

O argumento da peça poderia ser assim resumido: um batalhão russo sitiado em Moscou aguarda uma ofensiva alemã. O comandante, cômico de que o medo atravessa seus homens, adota a estratégia de soar falsamente o alarme de ataque a fim de espantar o temor de seus homens, injetando ânimo em seus espíritos. A artimanha, contudo, só foi capaz de apavorar ainda mais os soldados, culminando com um líder de destacamento (*Gruppenführer*) que atira em sua própria mão para se fazer inapto à batalha. Começa, assim, o imbróglcio propriamente jurídico da história. O líder do destacamento é preso e levado, por um tenente, à presença do comandante do batalhão, que imediatamente o pergunta: “Por que não houve o fuzilamento do traidor?” A resposta do tenente dará a tonalidade afetiva da peça: “Não sei.”

A ausência de certeza quanto à resposta jurídica correta em face do direito marcial se desenvolve no elemento dramático do texto. O comandante dá a ordem de que o líder do destacamento seja executado por fuzilamento, mas reconhece hesitar. Que outra coisa se poderia fazer? Qual outra resposta seria possível? Estivesse o acusado, de fato, violando o direito, seu fuzilamento se impunha. Entretanto, caso não houvesse uma violação, é o comandante que, por emitir uma ordem ilegal de execução, deveria ser fuzilado. Há uma aporia muito clara se desenhando: uma decisão deve ser tomada com base no direito, mas o que o direito determina resta obscuro. A ordem de execução do

acusado e a certeza de sua justeza estão separadas por uma distância infinita, um abismo que, aparentemente, não pode ser reduzido.

A cena caminha para uma resolução schmittiana: a despeito de qualquer forma jurídica, a decisão do comandante suspende o direito posto para conseguir criar a unidade (político-jurídica) necessária para a instauração do próprio direito. Afinal, pode-se argumentar, se o líder do destacamento não for fuzilado, o sentimento de anomia e de dispersão tomará conta da tropa. Se as condições de possibilidade da ordem precisam ser criadas por uma decisão que não retira sua validade de nenhum encadeamento de normas, mas de sua própria existência, de seu próprio *status* ontológico (Schmitt, 1993), poder-se-ia propor, então, que o fuzilamento é *necessário*.

Essa leitura, contudo, fracassa ao apreender o que, de fato, ocorre na peça. Ora, nem mesmo a relação entre unidade política e fuzilamento do “traidor” está dada como evidente. Não existe nada que assegure, do ponto de vista dos próprios personagens, que aquela morte seja condição necessária ou condição suficiente para unir todos os combatentes. Há apenas dúvida: esse é o afeto que perpassa o texto como um todo. Um sentimento de dúvida intenso, sem mediação e sem resoluções, mas que não pode ser respondido com imobilismo. Os personagens experimentam a dúvida lado a lado com a urgência de agir.

É neste momento que a história sofre uma inflexão: um ato de perdão. Quando os arranjos para a execução estavam todos prontos, o comandante, de forma surpreendente, se dirige ao líder do destacamento dizendo que ele poderia recolocar seu casaco e voltar a seu posto de batalha. Em meio aos risos nervosos do homem que esteve prestes a ser executado, ouve-se uma salva produzida por doze escopetas em uníssono.

Para Menke, o comandante encontra uma solução absolutamente inusitada: “um comando que corresponde ao direito sem dele resultar.” (Menke, 2011, p. 97).³⁴ Isso significa que, em meio à tensão entre a dúvida e a injunção de agir, o comandante aplica o direito marcial, sentenciando o traído à execução por fuzilamento, mas releva — verbo derrideano (Derrida, 1972, p. 21) — a decisão, dando a ela um significado completamente diverso e

³⁴ No original: “ein Befehl, der dem Recht entspricht, ohne aus ihm zu folgen.”

inesperado. As salvas de tiros em uníssono, ao final, são extremamente representativas. Ainda que elas deem fé da realização da unidade político-jurídica, isso ocorre às avessas, bagunçando o esquema de igualdade que religava o direito a si mesmo. A unidade é uma unidade da diferença, das múltiplas alternativas, do *alter*, portanto. Não mais a suspensão do direito, mas sim o aprofundamento do caráter multifário do jurídico é o responsável pela manutenção de suas condições de possibilidade. Este é o sentido da destituição.

Seguindo a posição do próprio Müller, Menke assevera que execução e fuzilamento, na cena descrita, alcançam um mesmo “grau de realidade”. Esse conceito é central para que se perceba o que está aqui em jogo, pois se refere à inscrição de ambas as hipóteses em idêntico patamar ontológico, em um plano de imanência comum, no qual “realidade” significa possibilidade, probabilidade, jamais necessidade. Eis o elemento utópico da peça: a sentença de morte carrega em si a possibilidade do perdão; de um perdão virtual, mas igualmente real porque igualmente possível. Menke atualiza, deste modo, a noção de *graça* que trabalhara em seu *Reflexões da Igualdade*. Está em questão não uma transcendência do direito, mas sua despotencialização, visto que a graça não julga “[...] em nome de outras leis, mas dos outros da lei.” (Menke, 2004, p. 321).³⁵ Porque a utopia do direito é uma utopia no direito, no interior de sua igualdade político-jurídica, a destituição é a multiplicação de suas possibilidades. A autorreflexividade do jurídico – que, ressalte-se, não é e jamais poderá ser um padrão ou uma regra para qualquer julgamento – permite, enfim, pensar as decisões como adequação ao direito e como relação *com* o não direito. Ambos, a um só tempo, ligados pelo opositivo *com* heideggeriano em uma disputa infinita que redefine a identidade do sistema jurídico. A destituição, movimento de oposição do direito e de seu outro no *com*, não é nem o fim da juridicidade nem o início da violência, porém sim ruptura do destino por meio da instalação da guerra do direito contra seu outro no âmago da juridicidade. Não haveria exagero em dizer que o direito se torna algo próximo daquilo que Menke, em *A soberania da arte: experiência estética a partir de Adorno e Derrida (Die souveränität der Kunst: ästhetische*

³⁵ No original: “[...] in Namen anderer Gesetze, sondern des anderen der Gesetze.”

Erfahrung nach Adorno und Derrida), chamava de objeto estético: “As obras só alcançam ‘autonomia’ como objetos de uma experiência que se livra dos automatismos da compreensão, pelo que ela libera nessa última uma processualidade que dissolve todo sentido acabado.” (Menke, 1991, p. 90).³⁶

Contra a versão pacificada e pacificadora da teoria jurídica dominante, Menke propõe um direito averso, vale dizer, um direito antipático a si mesmo e contrário à sua vontade (*Recht wider Willen*). O jurídico tomado por uma doença autoimunitária, em guerra contra o outro em si mesmo, é aquele que permite divisar, por entre suas frestas, a destituição de sua função histórica.

Considerações finais

Viu-se, ao longo deste artigo, que Menke possui uma visão muito própria do fenômeno jurídico, ligando-o, intimamente, à ordem da tragédia. Essa inflexão o permite avançar, para além do senso comum dominante na teoria do direito, em direção à ideia de que não há direito desfeito de violência. Essa relação, contudo, só é plenamente compreendida se — assim como na tragédia — o próprio destino do direito se revelar como violência. Tal diagnóstico, proposto inicialmente por Walter Benjamin, indica que a violência do direito não deve ser buscada, simplesmente, na execução de seus meios, mas no infinitamente repetido sobrepujamento do *fora*, do *outro* in-jurídico.

Diante da absoluta impossibilidade de romper este laço, Menke se esforça para trabalhar um conceito de destituição que permita dar nova forma ao dilema descrito. *Direito e violência* é, então, um livro de crítica do direito no sentido de que seu objetivo é o de cindir e decidir a *filosofia da história* que subjaz ao jurídico. Isso significa destituir o direito de sua função histórica, deslocá-lo. Em que a destituição agrida a segurança e a estabilidade do sistema jurídico, não há que se concluir por uma superação do direito, vale dizer, por

³⁶ No original: “‘Autonom’ werden sie erst als Objekte einer Erfahrung, die sich darin von den Automatismen des Verstehens gelöst hat, daß sie in ihm eine jedes Bedeutungsergebnis zersetzende Prozessualität entbindet.”

sua sublimação. A aposta de Menke não é, de modo algum, uma redução da complexidade das sociedades modernas ou uma desdiferenciação funcional: fora do direito, não há saída, senão o salto no domínio da pura violência e das relações de desigualdade.

Sem horizonte de resolução, a alternativa encontrada é uma permanência, uma demora, uma radicação completamente outra. O que a destituição oferece, com efeito, é um deslocamento da guerra do direito contra seu outro: de fora para dentro. Em outros termos, quanto mais o direito se torna conflituoso internamente, tanto menos ele é o emprego da pura violência contra o não direito. A imagem de um direito averso, antipático, em guerra contra si mesmo consiste em uma complicação do esquema tradicional de sua identidade. Conservada até hoje como igualdade do jurídico com o próprio jurídico, a identidade do direito, pensada e aprofundada por sua autorreflexão, passa agora a se fundamentar não só na simples diferença, mas, em um sentido geral, na ideia de oposição. Eis porque a destituição não se adequa a nenhuma hermenêutica e não se alinha a uma mera proliferação de possibilidades interpretativas. Seus veios são mais profundos, seus caminhos mais conflitantes. O direito que tem antipatia de si próprio é aquele cuja identidade é um elemento de oposição. Não há totalidade; o todo é sempre subtraído pela inscrição do outro. Menke convida a pensar, assim, um direito cuja necessidade é substituída pela possibilidade e pela probabilidade; um direito que reflete sobre si mesmo, sabedor de que o virtual e o atual possuem um mesmo grau de realidade, isto é, toda decisão carrega em si a possibilidade de ser outra.

Execução e graça em um mesmo plano de imanência.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Aristotle poetics*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

BENJAMIN, Walter. *Gesammelte Schriften*. 1. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

CAMPOS, Haroldo de. *Metalinguagem & outras metas: ensaios de teoria e crítica literária*. 4. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992.

DELEUZE, Gilles. *Nietzsche et la philosophie*. Paris: Presses universitaires de France, 1962.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix. *Qu'est-ce que la philosophie?* Paris: Editions de Minuit, 1991.

DERRIDA, Jacques. *Adieu — à Emmanuel Lévinas*. Paris: Galilée, 1997.

DERRIDA, Jacques. *Marges — de la philosophie*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1972.

ÉSQUILO. *Oréstia: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

HEIDEGGER, Martin. *Gesamtausgabe Abt. 1: Veröffentlichte Schriften 1910-1976*, 2006. (11). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history. *Journal of Law and Society*, v. 15, n. 2, p. 153–165, 1988.

LUHMANN, Niklas; BAECKER, Dirk. *Einführung in die Systemtheorie*. Heidelberg: Carl-Auer-Systeme-Verlag, 2002.

MALABOU, Catherine. *Le change Heidegger: Du fantastique en philosophie*. Paris: Léo Scheer, 2004.

MENKE, Christoph. *Die Gegenwart der Tragödie: Versuch über Urteil und Spiel*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.

MENKE, Christoph. *Die Kraft der Kunst*. Berlin: Suhrkamp, 2013.

MENKE, Christoph. *Kraft: Ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008a.

MENKE, Christoph. Law and violence. *Law & Literature*, v. 22, n. 1, p. 1-17, 2010.

MENKE, Christoph. *Recht und Gewalt*. Köln: August-Verl, 2011.

MENKE, Christoph. *Die Souveränität der Kunst: ästhetische Erfahrung nach Adorno und Derrida*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

MENKE, Christoph. *Spiegelungen der Gleichheit: Politische Philosophie nach Adorno und Derrida*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.

MENKE, Christoph. Subjektive Rechte: zur Paradoxie der Form. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, v. 19, n. 1, p. 81-108, 2008b.

POUND, Ezra. *Literary essays*. Norfolk Conn: New Directions, 1954.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 8. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

WATT, Ian. *The rise of the novel: Studies in Defoe, Richardson and Fielding*. Harmondsworth: Penguin, 1972.