

Copyright © 2014 By Editora Noeses
Editor-chefe: Paulo de Barros Carvalho
Coordenação editorial: Alessandra Arruda
Revisão: Semíramis Oliveira
Capa: Ney Faustini
Produção editorial/arte: Denise Dearo

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

F4131 Ferraz Junior, Tercio Sampaio.
O Direito, entre o futuro e o passado / Tercio Sampaio Ferraz Junior.
- São Paulo : Noeses, 2014.
Inclui bibliografia. 202 p.
1. Direito. 2. Direito Tributário. I. Título.

CDU 340

2014

Todos os direitos reservados



editora
NOESES

Editora Noeses Ltda.
Tel/fax: 55 11 3666 6055
www.editoranoeses.com.br

VII

MORALIDADE E SENSO COMUM

1. Direito, Estado e poder

O direito, tal como o conhecemos hodiernamente, é estritamente ligado à ideia de *Estado*. Trata-se, em uma longa tradição, do *modelo westphaliano* na palavra dos internacionalistas, que permitiu a organização do direito a partir da distinção *nacional/internacional*, do direito como produto do exercício da *soberania* de um Estado em seu território, donde a relação entre Estados enquanto entes soberanos. É essa concepção, que conduziu a discussões recorrentes sobre a juridicidade da própria ordem internacional, que está enraizada num paradoxo.

Trata-se de conhecido paradoxo que aparece em um dos mais controvertidos conceitos da teoria jurídica: o de *soberania* e que Kelsen tentou, sem sucesso, contornar com a noção de *norma fundamental pressuposta*.

Com efeito, o Estado, como vai dizer V. E. Orlando⁹⁴, afirma-se como pessoa: é nessa afirmação que se contém sua

94. ORLANDO, V. E. *Principii di diritto amministrativo*. Florença, 1919.

capacidade jurídica, é esse o momento que corresponde à noção de soberania. No entanto, a concepção do Estado como pessoa jurídica não pode deixar de significar concepção do Estado como atualização perene das forças econômicas da sociedade. Nesse sentido, aquela concepção implica necessariamente a ideia de que o Estado subordina, via de regra, as suas atividades aos preceitos do direito que ele declara: não no sentido de que se circunscreve à missão de tutelar os direitos individuais, mas no sentido de que não delimita *a priori* a sua esfera de interferência, de que fixa *a priori* a juridicidade de toda e qualquer interferência neste ou naquele outro setor da produção humana, com o intuito de realizar o bem-estar geral.

Na palavra dos juristas, o Estado é, contudo, caracterizado pelo alto grau de formalização de sua constituição. Seus elementos estruturais, como a divisão dos poderes, o conceito de lei, o princípio da legalidade da administração, a garantia dos direitos fundamentais e a independência do Judiciário, contêm em si mesmos as condições de seu modo de atuação: reconhecidos como válidos, eles devem produzir um efeito específico, adaptável aos condicionamentos sociais. Mas, internamente, eles obedecem a uma estrutura peculiar, implícita na noção de soberania: a estrutura hierárquica.

A alternativa do consenso permite ao jurista, nos termos da teoria da soberania, ver o poder como um misto de força e consentimento, donde o direito aparece como uma regulação do exercício da força, fundado no consentimento (contrato). Aqui as tendências variam no detalhe, mas a base é uma só: o poder é, na sociedade, um só, é, na sociedade, uma qualidade imanente aos indivíduos (força, capacidade) que é limitada à medida que se exige o seu agrupamento (consenso).

Na verdade, a relação entre direito, poder e força, na teoria da soberania, aponta para um paradoxo: a força está dentro e está fora. Fora, como um elemento irredutível a qualquer

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

racionalização. Dentro, numa forma domesticada (pelo direito). Essa estrutura paradoxal explica os dilemas da teoria e as teorias que fazem da soberania um conceito metafórico: por exemplo, *moeda de duas faces* (Bobbio). Nesse sentido a ideia de poder como uma espécie de *catalisador*: um fator capaz de engendrar a norma jurídica a partir de uma profusão de possibilidades normativas. A metáfora, porém, produz um desconcerto conceitual em termos de sua racionalização: ela *mostra* o conceito, mas não o *demonstra*.

As dificuldades de uma racionalização conceitual por virtude do paradoxo que ela enfrenta são passíveis de uma explicação, perceptível na construção da noção de soberania com base em um elemento de ordem antropológica que lhe é inerente: a *hierarquia*.

Nos jogos políticos, enquanto a dialética contínua de agressão e ansiedade é um dado evidente, pela hierarquia ela é estabilizada por essa estrutura de poder – a soberania – em que a presença concreta do superior é substituída por um mecanismo abstrato. Esse mecanismo, de um lado, guarda a reminiscência da superioridade do mais alto, de sua força efetiva e do medo que ela inspira – donde certa correlação entre soberania e opressão –, mas, de outro, permite o entendimento até mesmo da ideia de igualdade civil, baseada no postulado de que o poder deve operar num círculo de equivalência: ser governado para, por sua vez, governar.

Isso faz com que, na noção de soberania, força e direito guardem uma relação ambígua. Como poder hierárquico supremo, a soberania tem na força do superior (elemento de fundo animal) um dado incontornável e não racionalizável e, ao mesmo tempo, mediado por metáforas racionalizadoras, como as que se desenvolveram, por exemplo, nas modernas teorias contratualistas sobre o *estado de natureza*.

No direito moderno, o estado de necessidade, ou noções como estado de sítio, são proclamações em que se reconhece

na irrupção da força, seja na forma de necessidade, seja na forma de tumulto, seja em que forma for, alguma coisa que *suspende o direito*⁹⁵. Nessas noções acaba-se escondendo perante o direito aquilo que o direito quer fazer parar e que se chama *poder*. Como se o *poder* conhecido pelo direito fosse o tempo todo um *poder domesticado*, sempre regulado. Trata-se, principalmente, do poder tomado como *força de um indivíduo* – soberania dos reis, soberania individual –, seja na forma de *força de uma organização* – poder popular ou da nação, soberania popular ou nacional.

Na noção de soberania, aquilo que aparece diante do direito como *poder* é sempre alguma relação domesticada ou, mais propriamente, racionalizada pelo direito. O direito não conhece outro *poder* que não esse. Quando, no entanto, enfrentam-se situações como: *estado de necessidade*, *estado de exceção*, *estado de sítio*, que são juridicamente excepcionais, percebe-se *alguma coisa* que não permite uma redução completa ao direito. Escapa-lhe. Ainda que se argumente, por exemplo, que o *estado de sítio* está regulado pela própria Constituição e, portanto, é uma *exceção jurídica* e não *exceção de fato*, a análise mostra que tal exceção, no entanto, mesmo com sua roupagem jurídica, ou seja, regulada pela Constituição, na verdade, esconde um fenômeno (o *poder*) que o direito (normas, permissões, proibições) não consegue capturar inteiramente. Trata-se de algo, de certos fatos que não se jurisfazem totalmente.

O modo usual pelo qual o direito lida com o poder é um modo de jurisfação total. As noções jurídicas para lidar com o poder tentam reduzir o poder ao direito. A noção de soberania, examinada anteriormente, mostra isso. Mas quando se lida com noções como aquelas, percebe-se que há um resto irreduzível. E esse resto que não se reduz é o que, afinal, se procura, quando se fala da relação entre direito e poder.

95. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo, 2004.

2. A sociedade como sociedade econômica e a racionalização como seu espelho ético

Na era presente, porém, a percepção da *sociedade* como *sociedade econômica* como um todo abarcante que se concentra em produzir objetos de consumo, cujo consumo é, de novo, meio para o aumento da produção e assim por diante, tende a modificar aquele entendimento.

Com isso, as linhas distintivas entre política e economia tornam-se confusas. Não se trata mais, por exemplo, do exercício político pelo detentor do poder econômico, na medida em que esse passa de uma esfera de atuação (atividade econômica) para outra (atividade política), mas de atividades com lógicas estruturalmente indiferenciadas, donde a estreita aproximação, no mundo capitalista, entre tecnocracia pública e privada.

Isso não faz, porém, com que o poder político-jurídico, o Estado soberano, deixe de desempenhar um papel decisivo.

O poder político-jurídico não é eliminado, mas repensado. Aparece numa forma nova. Antes ele se colocava como uma relação de império entre o governante e o governado, e, como não havia ainda a premência da questão econômica, essa relação era exterior, isto é, o território e sua administração eram os **objetos** do governante, que era externo a eles. Agora, surge uma situação em que o governo não se destaca, como um outro, da própria territorialidade administrada, da qual faz parte. E, em assim sendo, o poder político-jurídico (soberania) torna-se um problema de exercício interno dos atos de gestão governamental: política como economia, soberania como política econômica, tudo conforme uma lógica tecnocrática, a lógica da “*governamentalidade*”. Em cujo cerne acaba por se estabelecer um triângulo estrutural: **império, disciplina e gestão econômica**.

Na verdade, ressalvada a utilização crua e nua da força

(stalinismo, nazismo), o dilema tem uma função paralisante, que o sistema jurídico contemporâneo, estrategicamente, até oculta, ao procurar manejá-lo mediante regras de organização e ao viabilizar o afloramento de estratégias da responsabilidade pelo risco, responsabilidade objetiva, imputação de sanções pelo comportamento de terceiros (como, recentemente, na Lei Anticorrupção brasileira, ou na Lei de Defesa da Concorrência), substituindo o *esquema lícito/ilícito* pela noção de *abusivo* e *abuso*. Mais compatível com o *fenômeno do risco*⁹⁶.

Aqui entra em discussão crítica o que, na esteira de Max Weber e, mais recentemente, de Habermas e Luhmann, pode ser chamado de “matriz de racionalização”, cujo cerne está na substituição do conceito de ação (e sua inserção na esfera jurídica da liberdade) pelo conceito de comunicação. Com isso, ganham-se condições para inserir questões da prática da regulação, expondo, de um lado (Habermas), sérios problemas de legitimação, e, de outro (Luhmann), soluções supostamente mais apropriadas para o entendimento das transformações sofridas pela modernidade acossada pela sociedade tecnológica, na qual o direito perde suas características de uma ordem escalonada para transformar-se numa estrutura sem um centro organizador, por força da circularidade das relações comunicativas⁹⁷.

Na verdade, nessa dicotomia se percebe a relevância da busca de um modo de lidar com os critérios “comuns”, cujo problema está na percepção de critérios legitimadores como uma espécie de código de conduta reconhecível.

Nesse quadro, na relação entre direito e poder adquire um papel decisivo o tema da interpretação jurídica.

96. Ver, no contexto do *risco*, Rodrigo Octávio Broglia Mendes, *Arbitragem, lex mercatória e direito estatal*, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

97. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

3. A hermenêutica como mediadora do *ethos* legitimador: da *subsunção* à *ponderação*

Ao aplicar o direito, o juiz interpreta (que *significa* a regra do ordenamento?), isto é, faz inferências e com isso obtém novas normas logicamente derivadas de normas válidas, base para sua própria norma decisória (sentença). Ora, qual o estatuto teórico dessa operação?

Kelsen, em sua obra póstuma, posicionou-se com radicalismo, numa revisão angustiada de sua obra anterior: normas são produtos de vontade e, nessa medida, não há qualquer regulador (lógico ou moral) no processo de expansão normativa do ordenamento.

Esse radicalismo trouxe para o debate⁹⁸ a necessidade de se captar a *normatividade característica do direito* de forma peculiar a ela, isto é, independentemente da normatividade de outras práticas sociais também baseadas em regras. Donde a crítica de Hart a Bentham e Austin, e, nessa extensão, ao próprio Kelsen.

Para o positivismo analítico, contudo, esse debate conduz ao pressuposto de que a compreensão das chamadas *fontes do direito* deva ser *normativa*, não obstante a perplexidade produzida pelo seu fundamento: a norma fundamental kelseniana e seu pressuposto de que o ordenamento como um todo seja considerado, globalmente, como eficaz; e a *regra de reconhecimento* de Hart, cuja existência é tida como uma *questão de fato*.

Situada nesse plano *fático*, torna-se inevitável a discussão da fundamentação normativa em termos de sua *legitimação*: reconhecimento, por Kelsen, de uma vontade instituidora como legítima; reconhecimento, por Hart, de que determinados atos de determinadas instituições constituem atos criadores (do

98. Desse debate se ocupa Juliano Maranhão em seu livro *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ponto de vista *externo*, como mera *constatação*; do ponto de vista *interno*, *aceitação da validade*). Tanto de uma forma como de outra, essa identificação do direito como *fato social* levanta a questão da contingência dos conteúdos das normas, desde que válidas; donde o tema da relação entre moral e direito: o mérito moral nada tem que ver com a juridicidade das normas, donde a expansão normativa via interpretação ser ato valorativo subjetivo, cuja normatividade decorre de vontade?

Como reage a isso a interpretação dogmática do direito?

A questão, para a dogmática, deixa de ser, propriamente, a possibilidade de uma interpretação correta ou objetivamente verdadeira, mas sim qual aquela que está mais bem ou suficientemente justificada diante das evidências dadas pelos textos normativos cujos sentidos estão inter-relacionados.

A exigência de sistematização e coerência das codificações e decodificações (comunicação normativa), mediante soluções identificadas pelo intérprete, impõe uma racionalização do material normativo. Evidentemente, como as normas são de fato originadas de fontes diversas e não necessariamente codificadas mediante um único tipo de codificação, essa racionalização não é fácil.

A codificação ocorre, às vezes, mediante códigos débeis: *a propriedade atenderá a sua função social*; às vezes códigos fortes (*não haverá pena de morte*). Diante disso, a interpretação é levada a cabo a partir da ficção de unidade codificadora da vontade do legislador, que é, então, idealmente conceptualizado na figura do chamado “legislador racional”⁹⁹.

Mas a hipótese do legislador racional não é isenta de uma tomada de posição ideológica, que se baseia no modo como se atribui relevância aos valores principais do sistema normativo

99. Nessa direção nos fala Paulo de Barros Carvalho da *textualidade no nível jurídico interno* (*Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 79).

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

(ideologia como valoração e hierarquização de valores). Essa ideologia, implícita na atividade hermenêutica, pode ser estática ou dinâmica. Ela é estática, quando a hipótese do legislador racional favorece valores como a certeza, a segurança, a previsibilidade e a estabilidade do conjunto normativo, de onde a primazia da *subsunção*. Ela é dinâmica, quando favorece a adaptação das normas, a operacionalidade das prescrições normativas, de onde, hoje, a força argumentativa da *ponderação de princípios*.

Esse dilema, decidido pelo intérprete, traduz, entretanto, uma escolha nem sempre manifesta, dentro de um conflito fundamental entre fazer aquilo que é *correto* e aquilo que é *bom*, que dentro da filosofia moral se expressa, por exemplo, na divisão entre teorias deontológicas e teleológicas. As teorias deontológicas correspondem ao ideal de vida humana consistente em agir corretamente segundo as regras e princípios morais, nas quais as ideias de dever e correção (justiça formal) são os temas centrais. As teorias teleológicas correspondem ao ideal de vida humana, consistente na tentativa de satisfação de determinados fins considerados bons, nas quais a ideia de justo constitui o tema central.

Veja-se, por exemplo, a polêmica entre o “direito à verdade” como um dever do Estado (na Alemanha, a lei criminaliza a negação do Holocausto) e a dúvida sobre esse direito sob a invocação do respeito à liberdade de opinião (art. 5º, IV, da CF). De um lado, a negação de um fato histórico constituiria uma espécie de limitação à liberdade de expressão (o *ethos* comum “reconhece” que a liberdade encontra um limite na verdade dos fatos: “contra fatos não há argumento”), de outro, o *ethos* comum se direciona para o reconhecimento da necessidade de preservar o pluralismo político (art. 1º, V, da CF), assim como a proibição de criar preferências entre brasileiros, enquanto especificação do princípio da igualdade (art. 19, III, CF)¹⁰⁰.

100. O tema não é apenas teórico, mas foi objeto de decisão do STF no chamado “caso Elwanger”, com base num notável parecer jurídico de Celso Lafer.

Entende-se, porém, dessa contraposição, que não se possa falar, sem mais, de *ethos* da liberdade de expressão. Entenda-se, nesse exemplo, por *ethos* o modo como é tratada a liberdade como princípio, isto é, premissa inicial. A segunda posição mencionada pressupõe, ao que parece, a liberdade de expressão como princípio de tal modo paradigmático que nem se poderia levantar a própria questão que se levanta: discutir se há ou não direito à verdade já é exercício de liberdade de expressão. Ou seja, o *direito à verdade* surge apenas quando à liberdade de expressão é assegurada aquela primazia, até para desencadear a discussão tal como mencionada, isto é, deve-se reconhecer o primado da liberdade de expressão (plúrima e divergente), sob pena de o tema nem poder ter surgido¹⁰¹. Nesses termos, defender políticas da memória é tão exercício de liberdade de expressão como defender tolerância e democracia.

Essa argumentação interpretativa, que se apresenta como uma espécie de *fair play* à moda liberal do século XIX, não dá conta, no entanto, do que sucedeu no século XX e vem sucedendo no século XXI. A questão não se resolve facilmente dessa maneira: a liberdade de expressão posta sem limites desconhece condicionalidades morais importantes.

A dramaticidade dessa questão pode ser percebida em toda sua gravidade num exemplo de um fato provavelmente ocorrido no século XX, na verdade, retirado de um relato romancado.

Leia-se *O zero e o infinito* de Arthur Koestler¹⁰², um romance, de 1940, sobre a era stalinista. Há um diálogo (p. 122), entre Rubashov (ex-líder, agora preso por trair o Partido) e seu ex-subordinado, Gletkin (agora seu algoz), bastante significativo.

101. Essas observações resultam de um fecundo diálogo com Carla Osimo, na elaboração de sua tese de doutoramento.

102. KOESTLER, Arthur. *O zero e o infinito*. Tradução brasileira. São Paulo: Manole, 2013.

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

Rubashov lembra que quando tomaram o poder, quiseram eliminar toda sorte de violência em interrogatórios. Gletkin lhe diz que no começo agiu assim, mas aprendeu que isso não funcionava (um mugique, interrogado por esconder a colheita, estava acostumado à pancada e entendia a razoabilidade como fraqueza). Rubashov conclui então que tudo não passava de ilusões (a sociedade sem violência). Gletkin diz: você é um cínico, pois não é bem assim; nesse momento histórico ainda não se pode acabar com a violência, que daqui a cem anos será abolida quando todos tiverem “entendido” o que estamos fazendo. E Rubashov conclui: em resumo, eu sou o cínico e você, o moralista...

Nessa relação entre o poder e o direito que lhe dá uma estrutura organizacional, surge o tema da moralidade (e do cinismo). Mas num contexto peculiar, como se pode ver num relato seguinte, extraído de um suposto diário do personagem Rubashov.

No quarto dia de sua prisão, reflete ele: “... *A última verdade é, penultimamente, sempre uma falsidade. Aquele que no final é considerado certo terá antes parecido errado e nocivo. Mas quem será considerado certo? Isso só se saberá mais tarde. Nesse meio tempo, se verá forçado a agir a crédito e a vender a alma ao diabo, na esperança da absolvição da história*”¹⁰³.

A dúvida dramática sobre o certo e o errado, que nesse texto parece mais uma expressão de cinismo, torna-se mais clara no romance (p. 117) quando Rubashov, em seu diário, usa como epígrafe uma frase de Dietrich Von Nieheim, bispo de Verden, escrita em 1411: “*Quando tem a existência ameaçada, a Igreja é dispensada dos mandamentos da moralidade*”, ao que segue o seguinte relato: “*Pouco tempo atrás, nosso principal agrônomo, B., foi fuzilado com trinta de seus colaboradores por sustentar a opinião de que adubo de nitrato é melhor de potassa.*

103. Idem, *ibidem*, p. 117.

Como o n. 1 é totalmente a favor da potassa, os trinta tiveram de ser eliminados como sabotadores. Numa agricultura nacionalmente centralizada, a alternativa nitrato X de potassa é de enorme importância: pode decidir a decretação da próxima guerra. Caso o n. 1 esteja certo, a história o absolverá, e a execução dos trinta e um homens será uma insignificância. Se estiver errado...”

A questão, que se insere numa reflexão subjetiva, pode ter seu alcance percebido na relação entre o juízo moral e a mentira no plano político.

Em *Origens do totalitarismo*, Hannah Arendt¹⁰⁴ diz que todos os participantes de um movimento totalitário – simpatizantes, membros do partido, formações de elite, círculo íntimo que rodeia o líder e o próprio líder – apresentam uma mistura variada de *credulidade* e *cinismo* diante das mentiras e da ficção central do movimento.

Para entender esse ponto, o tema da mentira é relevante. Na mentira, ao menos do ponto de vista do mentiroso, mas às vezes até mesmo dos destinatários, pode existir consciência sobre a ocorrência dos eventos. Como sublinha Hannah Arendt, a mentira pode ocorrer em relação a fatos que são amplamente conhecidos. Para ela, por isso, a mentira é uma prova forte da liberdade.

“Notou-se – diz Hannah Arendt – muitas vezes que, a longo prazo, o resultado mais certo da lavagem cerebral é uma *curiosa espécie* de cinismo – uma absoluta recusa a acreditar na verdade de qualquer coisa, por mais bem estabelecida que ela possa ser. Em outras palavras, o resultado de uma substituição coerente e total da verdade dos fatos por mentiras não é passarem estas a ser aceitas como verdade, e a verdade a ser difamada como mentira, porém um processo de destruição do

104. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

sentido mediante o qual nos orientamos no mundo real – incluindo-se entre os meios mentais para esse fim a categoria de oposição entre verdade e falsidade”¹⁰⁵.

No texto sobre os documentos do Pentágono ela diz algo semelhante: “Os resultados de tais experiências, quando empreendidas pelos que possuem os meios de violência, são terríveis, mas o embuste permanente não está entre eles. Sempre chega um ponto em que a mentira se torna contraproducente. Este ponto é alcançado quando a plateia à qual as mentiras são dirigidas é forçada a menosprezar por completo a linha demarcatória entre a verdade e a falsidade, para poder sobreviver. Verdade ou falsidade – já não importa mais o que seja, se sua vida depende de você agir como se acreditasse; a verdade digna de confiança desaparece por completo da vida pública, e com ela o principal fator de estabilização nos cambiantes assuntos dos homens”¹⁰⁶.

Por isso Hannah Arendt, em seu estudo sobre verdade e política, afirma investigar “*essa matéria mais por razões políticas que filosóficas, e por isso permitimo-nos desconsiderar a questão do que é a verdade, contentando-nos a tomar a palavra no sentido que os homens comumente a entendem*”¹⁰⁷.

Mas “*comumente*” é uma afirmação vaga. Outro dia, meu neto, uma criança de 4 anos, disse ao tio: *não quero que você venha para a praia*. E o tio respondeu: *está bem, não vou*. Mas foi. E aí ocorreu uma percepção importante. Ao ver o tio lá chegando, a criança lhe disse: *você mentiu*. Se perguntássemos a ela porque o tio mentiu, nos seus 4 anos diria: *porque você disse que não viria* (e veio). Seria a verdade fatural (como os homens comumente a entendem) uma verdade como correspondência?

105. Idem. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 317-318.

106. Idem. *Crises da República*. São Paulo: Perspectiva, 1973, p. 17.

107. Idem. *Entre o passado e o futuro*, cit., p. 287.

“Correspondência” não é bem um dado intuitivo, mas um termo já elaborado em termos de um *código metódico* (verdade *como* correspondência)¹⁰⁸; não é, pois, necessariamente, o sentido que *comumente* os homens entendem. A bem observar, a criança, no caso mencionado, percebe que a fala do tio tem dois sentidos num só: uma promessa e uma descrição. A promessa só é “verdadeira” se é uma promessa (e não uma desculpa, um não levar a sério, uma brincadeira ou uma falsidade). Já a descrição admite critérios de correspondência, pois tem um caráter referencial (é fato ou não é fato). É a percepção imediata desses dois níveis que faz com que a criança perceba se está diante de uma mentira ou diante de uma brincadeira ou de outra alternativa ainda. Ou seja, não é mentira porque o referencial é falso (verdade fatural), mas porque a afirmação foi feita como uma promessa. A díade verdadeiro/falso trabalha “só” com o aspecto referencial, isto é, *neutralizando* o elemento “consciência”, ou seja, pressupõe “seriedade” (é o que faz a ciência, por exemplo).

Na conversação comum (*como os homens comumente entendem*) essa possibilidade de neutralizar ou não neutralizar é um jogo de muitas *gradações*. O próprio senso comum precisa, assim, de codificações, que a criança vai aprendendo: *não ser mentiroso* é um deles, *dizer a verdade* é outro, *brincar com a verdade* (dizer para o amigo que *desta vez você é quem perde: eu vou lhe dar um soco, mas de mentirinha*) é outro ainda. E o senso comum do adulto aprende a *lidar* com eles, pois não são idênticos. Por isso a criança nos parece maravilhosamente “inocente”. E nesses termos poder-se-ia falar da mentira como um hiato entre evento e consciência, em que o *fatural* se torna irrelevante.

108. Um pouco nessa direção fala-nos Alaôr Caffé Alves de *sentido perceptivo*, como forma sensorial que se oferece desde logo *como unidade de experiência*, na qual o objeto percebido é dado como um todo, algo operativo conforme o nível de cultura do agente que percebe ativamente o mundo. (*Dialética e direito*. São Paulo, 2010).

Mas como fundamentar filosoficamente esse “senso comum”, já que lidamos mais com intersubjetividades, menos com fatos? O problema tem que ver, afinal, com a percepção da *moralidade*.

4. Moralidade e seu fundamento na interação subjetiva

Moralidade é uma expressão que traduz (mal, provavelmente) o termo hegeliano *Sittlichkeit* (de *Sitte, mos, ethos*). Não se trata nem propriamente de uma rede descritiva de rotinas e obrigações orientadas conforme princípios reconhecidos (valores socialmente hegemônicos), nem de uma ordem dominante de *práticas habituais* socialmente institucionalizadas, mas de uma incorporação normativa de valores em práticas intercomunicativas. Ou seja, bem à moda *aristotélica* (a observação é de Axel Honneth¹⁰⁹), um *ethos* que se revela no agir humano enquanto um interagir. Mas como se revela?

Veja-se a diferença entre gerações, que não reside simplesmente e apenas na disposição das gerações mais velhas para transigir e o caráter relativamente intransigente das mais jovens, mas de decodificações da opacidade relativa entre elas (*os jovens não veem, os velhos não entendem*, que levou Aristóteles a dizer, na Retórica, que *a experiência dos pais não serve para os filhos*).

Por exemplo, o código de moralidade no que se refere ao comportamento sexual, para as gerações, hoje, mais velhas, cifrava-se na esfera individual, esfera da vida privada em que cada um pode tomar sozinho decisões para si mesmo. Daí a moralidade como *decência* e o imoral como *indecente*, expressões que têm por base uma codificação *padronizada* (de *pater*) da opacidade, mas reduzida ao plano privado, que permite, no plano público, transigências próprias do adulto experiente...

109. HONNETH, Axel. *Das Recht der Freiheit*. Berlin: Suhrkamp, 2011, p. 26.

Por sua vez, nos dias de hoje, a postura crítica das gerações mais jovens, que não assimilam essa *diferença* entre o privado e o público, tomada como *hipocrisia*.

A questão não fica apenas no relacionamento sexual (cuja opacidade levanta sérias desconfianças e invencíveis dúvidas, produzindo, de um lado, os códigos do *amor*, de outro as codificações jurídicas sobre a família), mas é visível no sentido que toma a moralidade na atualidade, em que o tema das relações privadas perde espaço em face do tema das relações públicas, mediante o que, para as gerações mais jovens, os problemas de desigualdade social e de opressão política se tornam cada vez mais o centro do compromisso moral, contra uma resistência sutil das gerações mais velhas, que insistem em falar no *comportamento permissivo* dos mais jovens, cada vez mais inclinados às experiências do conviver juntos e à inaceitabilidade das desigualdades.

Nesse sentido parece mais adequado falar de *códigos de moralidade*. Como entender, no entanto, a moralidade nesse processo diferencial?

Interessante, nesse passo, uma referência a Karl-Otto Apel.

Apel é, singularmente, um filósofo que foi capaz de estudar e confrontar as principais correntes filosóficas da era contemporânea, a começar das relações entre Heidegger e Wittgenstein, o que o conduziu, inicialmente, a explorar temas decisivos da teoria da ciência, os conceitos de *explicação* e *compreensão*, perfilhando um caminho próprio que, mesmo concedendo seu significado próprio ao sentido metodológico de ambos, conforme o respectivo campo objetivo, não deixou de negar-lhes uma absolutização.

Mas a grande temática de seu pensamento filosófico está antes localizada na descoberta da intersubjetividade, presente em Heidegger e Wittgenstein, cuja inconsistência dialética, no entanto, ele denuncia. Ocupando-se largamente com Peirce,

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

sobretudo sua teoria consensual da verdade, Apel é conduzido aos poucos à formulação de sua *pragmática transcendental*, expressão por ele cunhada e hoje ligada a seu nome.

Foi, porém, graças a Habermas, sete anos mais jovem que ele, que Apel foi levado às questões políticas e, em especial, da filosofia prática. Numa direção que aprofunda, ao que me parece, com vantagem as especulações habermasianas, Apel dedicou-se com extraordinário vigor ao tema do fundamento último da ética, o que pode ser visto neste livro com especial sabor.

As reflexões de Apel têm-se dedicado à questão de em que medida condições históricas, que se distanciam largamente da realização de uma situação ética geral, podem justificar uma posição contra a afirmação de princípios éticos ideais. O que o leva a refletir sobre a crise planetária da humanidade de nossos dias.

No âmago de sua pragmática transcendental está a superação do solipsismo metodológico da era moderna, de Descartes até o Idealismo alemão, inclusive Husserl. Destaque para sua convicção, elevada a um *a priori* transcendental, de que, sendo o homem um ser social, mesmo empiricamente, a possibilidade e a validade da formação de seus juízos e atos de vontade não pode deixar de exigir a *pressuposição lógico-transcendental de uma comunidade de comunicação* enquanto realização constitutiva da consciência individual¹¹⁰.

Apel vê aí a possibilidade de um terceiro paradigma da filosofia ocidental, ao lado do paradigma da ontologia pré-kantiana e do da filosofia da consciência transcendental que se lhe seguiu.

Fortemente influenciado pela teoria do ato de falar de Austin e Searle, Apel confere à reconstrução triádica do processo sócio-semiótico de Peirce um sentido transcendental: a relação semiótica *objeto-signo-(signo-)sujeito* é ampliada com as

110. Cf. uma das principais publicações de Apel: *Transformation der philosophie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1976, 2. v., em especial v. 2, p. 220-263.

correspondentes dimensões sintática, semântica e pragmática em torno do *cossujeito*, que se comunica com o primeiro sujeito por meio de signos e com ele constitui a comunidade comunicacional.

Nessa reflexão fundam-se suas incursões no terreno da Ética. Sobretudo sua original posição com respeito à fundamentação última dos princípios, que ele entende não como uma questão a ser enfrentada de um ângulo lógico-formal, uma vez que a lógica é sempre fundamentação *a partir de* princípios e não *dos próprios* princípios.

Importante, nesse sentido, a menção à sua reflexão sobre a argumentação. Quem argumenta sempre pressupõe que pode chegar, no discurso, a resultados verdadeiros, ou seja, que a verdade existe. Mas quem argumenta também pressupõe que seu parceiro comunicativo também é capaz de alcançar, em princípio, o conhecimento da verdade. E essa situação é incontornável. Trata-se do *a priori da argumentação*: quem quer que se disponha a filosofar não pode abrir mão dessa pretensão à verdade e fazê-lo significaria abrir mão de sua própria competência para argumentar. Mesmo alguém que, em nome de uma dúvida existencial, pretenda quebrar esse pressuposto, acaba por confirmá-lo, na medida em que ainda estará argumentando.

Com isso, Apel propõe uma saída para o chamado *trilema de Münchhausen*, que afirma ser uma última fundamentação impossível, pois ou a proposição fundamentante há de ser, ela própria, fundamentada, o que conduz à irracionalidade do regresso ao infinito, percebida por Aristóteles desde a antiguidade, ou então há de se desistir de sua fundamentação, do que resulta seu caráter dogmático e arbitrário.

Apel reporta-se a Aristóteles e a sua recusa em fundamentar o princípio de não contradição¹¹¹, pois isso conduziria

111. ARISTÓTELES. *Metafísica*. IV 4. 1005 b 35 s.

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

a um regresso ao infinito. Ora, argumenta Apel, na verdade, quem refuta não importa que afirmação, inevitavelmente pressupõe o princípio de não contradição, justamente na medida em que fala algo, pois, do contrário, seria uma idiotia falar racionalmente com alguém. Em toda discussão fala-se algo, isto é, toma-se uma posição, para si e para o outro, com pretensão de verdade e quem não age assim é incapaz de falar racionalmente nem com o outro nem consigo mesmo. Assim, por um caminho não dedutivo, Apel mostra que valem como sustentadas por fundamentação última aquelas proposições que não podem ser postas em questão, criticamente, sem entrar em contradição consigo mesmas nem podem ser postas sem a pressuposição de que possam ser dedutivamente fundamentadas.

Ganha relevo, nesse ponto, a noção de *falibilidade*. Apel não ignora, ao contrário, admite que o discurso científico *parte* de axiomas. E que, sendo submetido à prova, é perfeitamente falível. Seus enunciados não são certos infalivelmente, mas prováveis. E aqui se vislumbra a possibilidade de se entender a diferença entre o discurso científico e o filosófico. Só neste é possível entender o que significa falibilidade.

O discurso filosófico, no qual se dá a possibilidade de discutir o fundamento da fundamentação, é um discurso crítico. Mas não crítico pela crítica, visto que a razão crítica sem padrão crítico (fundamentação última) perde sua pretensão de validade. O enunciado *nenhum enunciado é certo*, inclusive ele próprio, torna a razão imune a qualquer crítica. Essa imunização ocorre pela aplicação do princípio do *falibilismo* a si mesmo: *todo enunciado é falível*, inclusive o próprio enunciado sobre a falibilidade de todo enunciado. Mas se tudo é falível, então nada é falível. Com isso a argumentação se torna uma questão privada, o que dá azo, no plano ético, ao nihilismo.

Ora, no discurso em que prevalece o *falibilismo*, todos os imperativos éticos são hipotéticos. A condição de possibilidade de um imperativo categórico está na superação do *falibilismo*.

Com efeito, essa teoria da fundamentação última repercute na Ética. Apel acompanha Peirce e sua teoria consensual da verdade, no sentido de que de um último consenso seguem deveres éticos. Mas contra Peirce mostra que não só a argumentação científica, mas qualquer argumentação se submete a esses deveres. O sentido da argumentação moral pode ser expresso, pois, no princípio, segundo o qual todas as *necessidades* humanas, enquanto pretensões virtuais, devem ser admitidas como uma *situação da comunidade comunicacional*, que, no caminho da argumentação, deixa-se acordar com as necessidades de todos os demais.

Assim, com o reconhecimento da argumentação racional há o reconhecimento da comunidade dos argumentantes. De onde o dever de justificar, argumentativamente, as próprias pretensões de verdade como uma condição absoluta: um imperativo categórico.

Daí a norma expressa por Apel: esforça-se sempre para contribuir para a realização a longo prazo daquelas relações que se aproximam da realização de uma comunidade ideal de comunicação e cuida sempre para que as condições existentes da possível realização de uma *comunidade ideal* de comunicação sejam conservadas.

Nesse sentido, a *pragmática transcendental* de Apel é ou tende a ser também uma *ética de responsabilidade*, que aparece na relação tensional no interior da comunicação humana.

Como se explica essa relação tensional diante da dúvida de Rubashov, acima mencionada (*quem será considerado certo? Isso só se saberá mais tarde...*)?

5. Moralidade diante da comunicação como um paradoxo

A reflexão de Apel, em que a relação tensional, que culmina na história humana, constituída pela tensão entre a

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

comunidade de comunicação real e ideal, repousa, em última análise, na *comunicação* como uma espécie de condição transcendental de possibilidade. Mas essa condição não parece dar conta inteiramente do *falibilismo* em termos éticos, talvez por não ser o último passo da reflexão filosófica, quando pensamos na díade fundamental – emissor/destinatário – e sua constituição. Este é o cerne da pergunta filosófica quando se interroga: *por quê?* Que *acaso constitutivo* é esse que nos põe, desde sempre, um perante o outro? Qual é o *limite* do *ego* em face do *alter* (*ego* que se percebe diferente do *alter* que não se confunde com o *ego*) e que é “transgredido” pelo fato da comunicação (e que nos faz perceber o outro como mentiroso ou como veraz)?

A pergunta pode ser filosoficamente formulada de outro modo: como é possível a função referencial referente a si mesma (*eu sou eu, ele é ele*)? Como é possível distinguir entre um emissor e um destinatário, se pressupomos que já estão sempre em comunicação?

Paul Ricoeur, que discute a comunicação como um *paradoxo*¹¹², engendrado pela hipótese (conjectural) da comunicação tornada ela própria *comunicação* (não comunicar é comunicar), abre uma interessante perspectiva para a reflexão.

A tomada da comunicação como um axioma esconde esse paradoxo, cuja descoberta resulta em um outro enfoque *transcendental* capaz de suspender a “naturalidade” do fato e interrogar a comunicação como *transgressão da incomunicabilidade diádica* (entre sujeitos). Ou seja, revela-se o paradoxo da comunicação quando se pergunta: como é possível a comunicação como intersubjetividade sem pressupor que sujeitos comunicativos (emissor/destinatário ou emissor/receptor) são duas séries de eventos psíquicos à condição de que nenhum (ou ao menos algum) evento de uma série não pertença à outra (Leibniz, aproximadamente, falou nesses termos de *mônadas*)?

112. RICOEUR. *Discours et communication*. Paris, 2005.

Afinal, a possibilidade de comunicação não se funda na identidade, mas na diferença: idênticos não se comunicam, se confundem. Só diferentes se comunicam: mas, como estabelecer a diferença de dentro da comunicação? Em outras palavras, como é possível falar de um *código comum* se não a partir de uma visão monádica, exterior à própria comunicação, portanto de um *ego* incomunicável? Se o *comum* do código que permite a comunicação é comum porque já estamos em comunicação, não há como dizer que ele seja condição de possibilidade da comunicação, visto que seu caráter comum já é comunicação, o que pressuporia uma espécie de “acordo transcendental” entre as partes que se definem como partes por meio desse acordo. O que levantaria a questão de um código dos códigos, independente e alheio à comunicação, e a pergunta: como são, afinal, constituídos *códigos*? As duas indagações são irrespondíveis, se não questionamos a própria comunicação e a tomamos como axioma conjectural: questionar como se constituem códigos seria já comunicar-se. Nesse círculo incorre, por exemplo, a pergunta: o que é um *código comum* ao pressupor valer-se do próprio código linguístico, de onde a hipótese da língua como um código matricial que antecede toda e qualquer comunicação.

Como entender isso?

A pensar no fenômeno linguístico como código básico da comunicação e na conhecida distinção saussureana entre *langue* e *parole* – língua e fala – é possível pensar que a língua seja um código enquanto um sistema de signos e a fala um sistema de frases em que aparece aquilo que um emissor quer dizer. De um ponto de vista empírico, a língua é um sistema que se explica a si mesmo: só tem o *dentro*, não tem o *fora*. A função referencial dos signos ocorre dentro da língua e por ela se explica. Por isso é possível comparar línguas, mas não traduzir uma língua: a tradução não é *de* uma língua *em* outra língua. O que se traduz é a *fala*. Dito de outro modo: é possível apontar analogias/homologias estruturais entre as línguas, mas não

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

dos seus signos (sistema como estrutura – conjunto de regras – e repertório – conjunto de elementos). A função do signo é significar e o significado do signo é imanente ao sistema. Só a fala tem por função comunicar, pois só na fala há *sentido* e *referência*. Como já dizia Aristóteles (De interpretatione), o signo, isoladamente, nem é verdadeiro nem falso: *pão, bread*. Só na proposição (fala) o sentido aparece e pode ser verdadeiro ou falso: isto é pão, e, assim, traduzível: *this is bread*. Enfim: a língua é código, mas só a fala (discurso) comunica.

Mas a língua, como código, é autorreferente, ou seja, o significado do signo (significante/significado) reduz-se a uma diferença *dentro da* língua (por exemplo, a relação entre *pão* e *alimento* é determinada pela língua que, nesses termos, é *código*). É o que nos permite responder à pergunta: *que é pão?* dizendo: *um tipo de alimento feito de trigo ou outros farináceos*. Mas a pergunta: *pão, bread, Brot, pain, pane, pan* são a mesma coisa? exige uma fala: *por favor, o sr. pode nos trazer pão? Could you bring us some bread?*

E aqui se pode perceber, no entanto, o problema da *opacidade* intersubjetiva (incomunicabilidade). Por ter uma dimensão semântica (se você pedir *pão* em francês, em inglês, em alemão em italiano, você receberá a mesma coisa?), a *fala* leva à dimensão pragmática (um francês olhará com desprezo e desconfiança o *pain* que o alemão lhe trará: Brot), donde o tema da *fala* e os limites de sua generalização objetiva. Ou seja, ainda que o *código* seja comum (todos falamos português), a comunidade do código é insuficiente para “vencer” a opacidade subjetiva (comunicar-se com *alguém*).

Por exemplo, se você pedir *some bread* e receber um *guardanapo*, você protestará. Como protestará se você perceber que na nota fiscal da refeição consta *some bread*, que afinal não veio. A intuição nos faz perceber que esse *protesto* é diferente num e noutro caso. O que nos faz pensar que a *língua*, como *código matricial*, é constituída de vários *códigos*, cujas respectivas

falas geram, de novo, problemas de comunicação. Por isso, a comunicação é um paradoxo: para comunicar é preciso “postular” a comunicabilidade, o que desloca o tema dos *códigos comuns* para “depois” da incomunicabilidade, como ocorre, analogamente, a meu ver, com a noção arendtiana do poder como um *agir conjunto* a partir do *agir* na sua fugacidade e futilidade (refiro-me à distinção de Hannah Arendt entre *ação*, *fabricação* e *labuta*). A opacidade subjetiva faz da comunicação uma invenção paradoxal¹¹³: a opacidade é *revelada* como tal, isto é, como *opacidade* mediante a constituição de códigos. *O cheiro bom da carne assada* (que eu sinto) toma sentido de *cheiro bom* (para o outro) não porque deixamos de ser opacos, mas porque **nossa opacidade é codificada: diferentes, iguais**.

Ora, nesses termos, o que chamamos de *direito* e de *moral* é um desses *códigos*¹¹⁴. Trata-se de códigos que regulam o agir (*pragma*) como conduta (*ethos*). Daí o significado que o código ganha para as relações chamadas *éticas*, em que estamos, na nossa opacidade, *uns* perante os *outros*.

Para esclarecer esse ponto, o mesmo Paul Ricoeur nos fornece uma fecunda discussão sobre a figura do *outro*, quando encontra ao menos duas acepções distintas de *outro* ou de *outros*¹¹⁵. Valho-me, livremente, da distinção para refletir sobre a relação entre direito e moral em termos de códigos que mediatizam a incomunicabilidade das condutas subjetivamente

113. Notável, nesse sentido, a intuição do dramaturgo italiano Pirandello, em sua novela: *Uno, cento mille, nessuno*, cujo personagem principal enlouquece, quando sua mulher faz-lhe notar o nariz torto, que ele nunca percebera, e que o leva a pensar se também outros o haviam notado ou não e, afinal, à reflexão: *sou como me vê minha mulher? Ou como cem mil pessoas me veem, cada qual a seu modo? Ou como eu me vejo, se é que me vejo ou posso me ver como me veem?* para concluir que *se sou cem mil, a bem dizer, não sou ninguém*.

114. Nessa direção vai, aproximadamente, a especulação filosófica bem refletida de João Maurício Adeodato (*Teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo, 2012).

115. RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa, 1995, p. 12 e s.

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

opacas (em termos arendtianos, a fugacidade e a futilidade do agir exigem um controle mediante *virtude*: agir virtuosamente).

Falamos primeiro de um *outro* que se apresenta diante de *mim*, designando-me como *tu*, isto é, na segunda pessoa do singular. Esse é o *outro* com quem me relaciono na primeira pessoa (*eu*).

O *outro*, nessa primeira acepção, parece designar qualquer um que não seja *eu*. Mas para quem também *eu* sou um *outro*. Nesse sentido, mesmo “*de tu para tu*” somos *outros*. Mas, enquanto permanecemos *outros*, *um* é para o *outro* um *terceiro*. Desse *terceiro*, porém, enquanto um *outro*, falamos na terceira pessoa quando está ausente: *ele*. Em vários graus de reconhecimento, esse *outro* é e permanece um *terceiro* que se identifica perante mim como o *outro* das relações interpessoais. Vou chamar esse *outro* de *outrem*.

Há, no entanto, uma segunda acepção, que na gramática portuguesa designamos como *sujeito impessoal*, muitas vezes indicado pelo *se*: *fala-se muito e se faz pouco*. Esse é o *outro* que na velha tradição jurídica dos romanos aparecia no conhecido adágio latino *suum cuique tribuere*. Aí o *outro* é *cada qual* (*cuique*), indistinta e indiferentemente *qualquer um*. Esse *outro* é também um *terceiro*, que não se identifica perante mim, mas do qual presumo expectativas sobre aquilo que se passa entre mim e os *outros* na primeira acepção. É o que exprimo, ao relacionar-me com um *outro* (na primeira acepção: *vamos celebrar um contrato?*), quando conjecturo: *que vão pensar os outros?* (na segunda acepção: *isso pode gerar embargos de terceiro?*). E aí aparece o *senso comum*.

A noção de sentido moral tem relação, afinal, com a ideia de *senso comum*.

Senso comum não como faculdade que têm todos os homens – uma espécie de capacidade interna que permite a todos pensar, conhecer, julgar –, mas como um mundo decodificado

de cada um em sua opacidade (*cuique*). Senso comum, portanto, não é, pois, o resultado de uma capacidade comunicativa que põe cada qual um perante o outro numa mesma situação, mas uma espécie de codificação ética da opacidade subjetiva enquanto opacidade, isto é, um exercício de atribuição de significância ao outro em sua condição de outro. É, pois, o resultado da codificação da presença de um *outro* como um *terceiro*, que não se identifica perante mim, mas do qual presumo expectativas sobre aquilo que se passa entre mim e os *outros*.

Kant tratou dessa opacidade ao falar de *insociável sociabilidade* do ser humano, que se pode conjugar com o comando ético mediante o qual um *sujeito* jamais é *objeto* perante outro *sujeito*.

Por isso, também nesses termos, a exigência moral de justiça é uma espécie de condição para que o direito tenha um sentido. Diante do paradoxo da comunicação, a opacidade de cada um é vencida por *receber uma significação reflexa*: a opacidade subjetiva se torna significativa à medida que é codificada como significativa.

E nesses termos pode ser compreendido o sentido moral como *senso* do justo, entendido como a *significância da significância do outro*, em oposição ao injusto como a *insignificância da insignificância*¹¹⁶.

Para entender isso, na relação entre moral e direito, vale mencionar, afinal, Hannah Arendt quando dizia (referindo-se ao processo de Eichmann em Jerusalém) que não se tratava de “crime contra o povo judeu” (insignificância), mas “contra a humanidade no povo judeu” (insignificância da insignificância), de onde a importância das *narrativas* ouvidas em testemunho como algo mais que um relato (contar), mas como um *contar que conta*, isto é, dar significância à insignificância do

116. Trabalhei esse tema em meu livro *Estudos de filosofia do direito* (3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 279).

insignificante. Nesse sentido, “assumir” a insignificância (eliminar os judeus) como um ato insignificante (“ninguém faz com isso algo condenável, ao contrário, até respeitável...”) constitui a insignificância da insignificância como senso do injusto. Nesses termos poder-se-ia entender, afinal, que o *crime de genocídio* nasceu da percepção desse segundo nível da insignificância.

6. O código da justiça e a fala justa

Retomo o fio da reflexão.

Disse, anteriormente, que ainda que o *código* seja comum (todos falamos português), a comunidade do código é insuficiente para “vencer” a opacidade subjetiva (comunicar-se com *alguém*). O que desloca, afinal, o tema do senso comum moral da codificação para o discurso. Essa passagem é relevante para entender como um *ethos* se revela no agir humano justo.

Vamos tomar como paradigma duas heroínas de duas peças teatrais notáveis na tradição ocidental: Antígona e Pórcia (*Shakespeare, O mercador de Veneza*).

Antígona¹¹⁷ enfrenta o tirano com as armas de uma consistência radical. Ela tem um ponto defensivo que a sustenta e sustenta seu comportamento até o fim. Uma espécie de *ethos* da verdade, que não abre espaço para nuances e empurra o opositor para a falsidade. Daí um *mos* sem retorno, a moral que resiste e condena. E que a leva à solidão e à morte.

Pórcia também tem um ponto. Mas parte do ponto de seu adversário¹¹⁸. Com isso ganha nuances que, pouco a pouco,

117. Antígona pretende enterrar o irmão que morrera ao bandear-se para o inimigo e lutar contra Tebas. A ordem do tio, que governa Tebas, é não conceder o enterro a traidores. Antígona se contrapõe, invocando um preceito superior: a ninguém pode ser negado o sepultamento.

118. Trata-se do famoso contrato em que consta a cláusula do pagamento de uma dívida com uma libra de carne, caso não ocorresse o adimplemento

degradam o ponto adversário. Sua verdade é um argumento que se revela ao final, pois no começo tudo é sombra. Inclusive ela mesma quando se apresenta como um homem na qualidade de advogado (violando as regras da época que proibiam mulheres de agir em juízo). Daí um *mos* de passagens, com aberturas e fechamentos, que resiste na medida exata em que parece não resistir. E que leva ao apoio dos outros, gerando solidariedade.

A questão pode ser discutida, na implicação que os paradigmas têm para as relações entre direito e justiça enquanto códigos e discursos. A justiça enquanto código doador de sentido ao direito é, no paradigma discursivo de Antígona, um princípio *constitutivo*: sem justiça o direito não se constitui, é inteiramente destituído de sentido. No paradigma discursivo de Pórcia, é um princípio *regulativo*, não *constitutivo*. Ou seja, embora o direito imoral seja destituído de sentido, isto não quer dizer que ele não *exista* concretamente.

Nesse segundo paradigma, a imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida. A distinção é sutil, mas importante. Um exemplo dos condenados pelo nazismo pode esclarecer o assunto (cf. Watzlawick; Beavin; Jackson, 1973). Refiro-me à atitude daqueles prisioneiros condenados pelo regime nazista por crimes políticos de diversos graus jurídicos de gravidade (direito-código). Aqueles que sentiam que suas ações tinham servido como contribuição para derrotar o regime eram capazes de enfrentar a morte com serenidade: discurso próximo ao paradigma de Antígona. Por outro lado, o protesto dramático e desesperado diante da morte provinha daqueles que tinham sido sentenciados por motivos banais, insignificantes, não obstante estarem previstos pela ordem estabelecida juridicamente,

em dinheiro. Pórcia se disfarça em advogado e investe contra o adversário sem impugnar a cláusula, mas tomando-a literalmente: *uma exata libra de carne, nem uma gota de sangue a mais*.

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

como ter emitido mero comentário irreverente sobre o *Führer*. A morte deles, apesar do juízo que se tivesse sobre o direito nazista, violava um discurso da injustiça próximo ao paradigma de Pórcia: ainda que codificada a sanção, a própria morte deve ser significativa e não mesquinha.

Ou seja, a compulsoriedade da condenação em nome da vinculabilidade da obrigação jurídica não desaparecia com a injustiça do ato. Mas na fala do senso justo comum, um direito imoral pode até existir (constituir-se), embora perca *sentido* como direito.