

© 2002 by Editora Atlas S.A.

1. ed. 2002; 2. ed. 2003; 3. ed. 2009



Capa: Roberto de Castro Polisel
Composição: Set-up Time Artes Gráficas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ferraz Junior, Tercio Sampaio.

Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito /
Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-5230-9

1. Direito – Filosofia 2. Justiça 3. Liberdade 4. Poder (Ciências sociais) I. Título. II.
Título: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.

02-222

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia	340.12
1. Filosofia do direito	340.12

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384 (Campos Elísios)
01203-904 São Paulo (SP)
Tel.: (0_ _11) 3357-9144 (PABX)
www.EditoraAtlas.com.br



O discurso sobre a justiça*

Segundo uma persistente tradição semântica que remonta a Platão, compreender a justiça de uma ação, de um comportamento, de uma situação de fato, não consiste em outra senão em compreender as condições de verdade da predicação da justiça. Nesse sentido, a noção de verdade é uma noção primitiva em relação à justiça. Contudo, quando são captadas as condições de verdade de um enunciado sobre a justiça, percebe-se que essas condições dependem dos componentes do enunciado, mas a referência desses componentes só se esclarece por força da possível contribuição deles para a verdade dos enunciados. Ou, como já percebera Aristóteles, só no contexto de uma proposição uma palavra tem uma referência, e só aí pode falar-se de verdade ou falsidade, donde se seguiria que a predicação da justiça a uma ação ou a uma situação estaria prisioneira das condições semânticas de um enunciado sobre a justiça.

* O presente texto é uma glosa inspirada num artigo de Manuel G. Serrano (Verdad y competencia pragmática, publicado em *Manuscrito*. v. XVIII, nº 1, abr. 1995, p. 11 ss), procurando estender-lhe as análises para o campo jurídico, referente ao problema da justiça. Encontra-se anteriormente publicado em *Direito e perspectivas jurídicas, Revista dos Anais do I Congresso de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 1, dez.1996, p. 13-20.

A versão filosófico-lingüística desta teoria admite, pois, que a verdade é propriedade das proposições, cuja correta atribuição se esclarece com outras proposições. Em conseqüência, qualquer pretensão verificadora da justiça de um conteúdo empírico (uma ação, uma situação), que passe por sentimentos, individuais ou sociais, intuições psíquicas, valorações comuns, aceitações ou rejeições pessoais ou coletivas etc., só poderá confirmar-se ou negar-se à medida que deles se possa dizer que “é fato que”, isto é, à medida que se desenha numa proposição. A contrapartida “realista” desta teoria diria, ao contrário, que a referência semântica é basicamente descritiva, isto é, que se pode ter acesso àqueles sentimentos etc. com independência das descrições que deles se façam. Sem adentrar nessa controvérsia (concepção nominalística ou ontológica da língua), parece interessante ir além das especulações epistemológicas relativas à conexão entre consciência e realidade, para concentrar a análise nas condições pragmáticas da comunicação e nelas observar se existe alguma conexão de dependência com alguma noção de verdade, de tal modo que o conhecimento de um sujeito falante (orador) daquelas condições encontre um ponto de convergência delas num critério de competência universal. Nesta linha de análise, por exemplo, Habermas desloca a consideração veritativa dos significados para uma análise das condições gerais do diálogo, fazendo com que noções pragmáticas do tipo “verdade intersubjetiva” ou “razão de validade” adquiram preeminência sobre a noção (semântica) de verdade.

O problema, manifesto numa teoria da justiça que traz este tipo (habermasiano) de solução (aceitabilidade racional como base de uma concepção universal da justiça), conduz a algumas dificuldades conhecidas, convergentes na hipótese de que, para qualquer sujeito ou conjunto de sujeitos, haveria proposições independentes do seu juízo. Esta independência é que daria sentido final a um postulado de correspondência, pois não teria pela crença de um ou de vários no sentido da justiça que se garantiria completamente a verdade do juízo. Contudo, deste modo, a universalidade de uma proposição sobre a justiça não seria alcançada por meio de uma imediata confrontação, mas requereria a mediação de outras proposições, o que conduziria à asserção de uma primeira proposição, cujos fundamentos estariam articulados numa competência pragmática transcendental de todo e qualquer sujeito comunicativo. Entretanto, isto não elidiria a persistente dualidade entre estas condições transcendentais e uma possibilidade de equívoco, por mais racionais que sejam aquelas: mesmo um acordo argumentativo ideal-transcendental entre os dialogantes exigiria alguma noção primitiva de justiça verdadeira, que levaria de volta a hipóteses

semânticas de fundamento platônico, cuja negação, por sua vez, restabelece os dilemas geradores dos diversos ceticismos.

Assim, parece valer a pena, nestes termos, retomar a análise pragmática em face da sua dimensão semântica na elucidação de enunciados sobre a justiça. Mormente quando eles se referem a atos de falar que atam o emissor a compromissos (por exemplo, promessas) ou que intentam dirigir a conduta de interlocutores (ordens), os quais não têm condições diretas de verdade, mas de satisfação ou cumprimento (uma promessa não é verdadeira ou falsa, mas é cumprida ou não, ainda que a verificação de seu cumprimento possa ser feita por meio de uma proposição extraída do conteúdo proposicional da promessa e asseverada em um tempo posterior à emissão da promessa: esta última asseveração obedecerá a condições de verdade – a promessa foi cumprida – mas isto não altera a situação da promessa – eu prometo – como posição nem verdadeira nem falsa; o mesmo vale para as normas).

Consistindo em ordens os enunciados deste tipo, será um equívoco dizer que uma norma é justa se for possível *verificar* se foi ou se será provavelmente cumprida. Por outro lado, se as normas não são enunciados veritativos, que significa a asserção de que normas são justas?

Atos de falar são emissões comunicativas cuja força *ilocutiva* está sempre presente. Qualquer ato de falar, sendo uma emissão locutiva (João fala; fala João!), traz consigo uma dimensão ilocutiva, identificável por modalizadores pragmáticos (o tom de voz, os modos verbais – imperativo, condicional etc. –, os referenciais analógicos – a palavra “oficial”, a “autoridade” emissora, o “caráter” legal). Fala-se, assim, de duas dimensões integrantes do ato de falar: relato ou conteúdo locutivo e cometimento ou relação ilocutiva. Por meio do cometimento (ou força ilocutiva) do ato de falar é possível distinguir entre uma descrição – João fala – e uma prescrição – fala João – cujos relatos (conteúdo locutivo) são os mesmos.

Uma possibilidade de tratar enunciados normativos como verdadeiros ou falsos, levando-se em conta as duas dimensões, estaria na hipótese de se atribuir à sua relação entre relato e cometimento uma condição veritativa, base para uma asserção sobre a sua justiça ou injustiça. Por exemplo, o modalizador pragmático diria uma verdade se a força ilocutiva que atribui à fala integral (cometimento e relato) fosse correspondente a ela; a promessa é verdadeira se é uma promessa, e não uma ironia ou uma mentira, quando seria, neste último caso, falsa. No primeiro caso, por verificação, a promessa seria justa, no segundo, injusta. Contudo, nada garante que um emissor tenha sempre

uma pretensão de validade com respeito ao modalizador pragmático, não resultando claro de que maneira uma atribuição de condições veritativas a uma emissão do modalizador (cometimento) possa ocorrer mesmo quando o emissor não adquire um compromisso de responsabilidade sobre a verdade (nem hipotética) do que se supõe que o modalizador “diga”. Ou seja, como seria possível distinguir, universalmente, entre a promessa falsa (irônica) e a verdadeira (sincera), donde sua justiça ou injustiça? Uma saída para este problema seria voltar à hipótese habermasiana de uma competência pragmática (transcendental) dos sujeitos falantes, que lhe permitiria identificar a força interlocutiva de um cometimento de ato de outrem, base mesma da possibilidade de fala como comunicação, com o que se retornaria novamente à objeção antes mencionada.

O que se deve ter em conta, nesse ponto, é que há uma importante diferença no emissor de uma fala do tipo: “prometo-lhe pagar o preço”, cuja análise (eu lhe prometo que eu pagarei o preço) mostra que um *eu* (o primeiro) é uma unidade sintética de uma intenção comunicativa e o outro, um *eu* objetivado, que tem caráter referencial. Segue-se daí que, embora o não-cumprimento das condições ilocutivas para os dois casos seja matéria empírica, o segundo *eu* pode estar submetido a condições veritativas (identificação do *eu* que paga, suas condições reais de possibilidade etc.), mas não o primeiro *eu*. Este último tem antes a ver com “infortúnios” que provocariam o defeito ou malogro do ato de falar (incompreensão, mal-entendidos). Por que não submeter estes “infortúnios” também a condições veritativas? Sucede que a existência de certas condições situacionais – veritativas (um certo estado de coisas), para que se verificasse a ocorrência – verdadeira – do infortúnio (por exemplo, impossibilidade de o outro perceber uma ironia, tomando o cometimento como sinceridade), não é condição suficiente para afirmar a verdade da força ilocutiva do cometimento do primeiro *eu* (eu prometo). Ou seja, o cometimento não deixa de ser irônico se o endereçado não percebe a ironia. Fica claro, pois, que o êxito ilocutivo (bom ou mau êxito, êxito defeituoso, malogrado ou atingido) não pode ser tratado como um análogo da verdade. Segue que uma consideração da justiça ou injustiça de uma promessa ou de uma norma exige uma outra dimensão de análise pragmática.

Este mesmo problema tem uma outra importante aplicação. Por exemplo, num sentido jurídico, se uma sentença (norma) condena alguém, a condenação (enunciado) é um ato respaldado institucionalmente (é *válido*) que contém também um ato assertivo: a afirmação da culpa que fundamenta a

sanção imposta. Se o *fato* da culpa não se demonstra, dir-se-á que a condenação é injusta, base para um recurso processual. Mas a condenação poderá ser considerada institucionalmente (conformidade legal e constitucional) *válida*, ainda que seja falsa a afirmação da culpa. Isto, obviamente, não torna justa a condenação. Ou seja, nem a *validade* do enunciado condenatório pode ser base para a imputação da injustiça (o êxito ilocutivo normativo – legalidade, constitucionalidade – não pode ser base para a imputação da justiça) nem o *fato de não-demonstrabilidade* da culpa (enunciado submetido a condições veritativas) é condição suficiente para a imputação da injustiça (por exemplo, a condenação, embora sem fundamento na culpa, pode ser tomada como justa num outro âmbito, o que explica a possibilidade de condenações com base na chamada responsabilidade objetiva).

Estas últimas observações obrigam que a análise se detenha num exame mais detido dos cometimentos normativos, para que se possa entender como ocorre em face deles a imputação da justiça ou injustiça.

Para isto, distinga-se, inicialmente, entre *defeito* e *malogro*. Um ato defeituoso não é um ato malogrado. Se um mentiroso disser: amanhã eu lhe pago, este enunciado é defeituoso, mas não é malogrado. O defeito tem a ver com condições de uso da língua das quais se *abusam* (Austin), base para a percepção inter-relacional da mentira. O malogro tem a ver com um sem sentido que frustra a comunicação (como, por exemplo, na frase: não leia esta frase!). Assim, quando se refuta um enunciado, pode-se fazê-lo com base nas suas condições veritativas (o Sol é menor que a Lua) ou no malogro do cometimento (pode sair, querido, não se importe se eu ficar triste). O problema está na refutação de atos defeituosos, mas não malogrados. Este é o caso de enunciados normativos, cujo bom êxito ilocutivo determina a própria realidade do fato que é seu relato: sonegar o imposto é um ilícito (é *proibido* sonegar impostos). A enunciação da proibição, cujo êxito cria o fato correspondente ao conteúdo preposicional (que sonegar é ilícito), não pode ser refutada por um malogro. Assim, se uma norma prescrever: “é obrigatório que mulheres trabalhem mais para receber o mesmo salário que os homens”, isto *torna* o trabalho feminino normativamente um “*fato*” menos valioso que o trabalho dos homens. Não obstante, poder-se-ia dizer que o êxito *ilocutivo* traz um defeito que tem de ser analisado.

Esta refutação peculiar é chave para entender-se a imputação da justiça. Já se viu que a validade da norma não implica sua justiça ou injustiça. Não obstante, é possível afirmar-se que a qualificação de justa ou injusta atribuível a uma norma tem a ver com sua peculiar forma de refutação. Ou seja, quan-

do se diz que uma sentença é injusta, porque a afirmação da culpa não foi demonstrada, o que se refuta não é a conexão sentença/culpa, mas a própria força *ilocutiva* de sentença: de certo modo está-se a “revogá-la”. Esta “revogação” tem por base não um malogro, mas um defeito, isto é, condições de uso das quais se abusam!

Em outras palavras, predicar de uma norma sua injustiça tem a ver com o peculiar modo de enunciação normativa cujo cometimento estabelece uma relação autoridade/sujeito em que ao sujeito se admite reconhecer a autoridade, rejeitar a autoridade, mas não ignorar a autoridade. Do lado da autoridade, por sua vez, nesta possibilidade (desconhecer uma ignorância do sujeito) repousa o êxito normativo. Assim, dizer de uma norma que ela é injusta é desconhecer-lhe, ignorar-lhe a autoridade. Como, porém, essa refutação só ocorre por revogação, a predicação da injustiça é um outro ato normativo que “revoga” a norma, isto é, que ignora sua autoridade ou que a declara ignorável de uma forma diferente da revogação da validade de uma norma por meio de uma outra norma válida.

Qual a base da predicação (normativa) da justiça? Ou, de outra forma, de que condições de uso se abusam quando se declara injusta uma norma? Um abuso nas condições de uso se revela no cometimento normativo (relação de autoridade) quando ocorre uma perversão do ato de falar. A possibilidade da perversão depende da eficácia da realização do ato: só por haver efetivamente asseverado uma promessa é que cabe a mentira. Do mesmo modo, a emissão de um diretivo para o comportamento pressupõe no emissor condições de exercício potestativo de seu ato ilocutivo, de tal modo que, para afirmar-se como autoridade, não se anule no endereçado sua condição de sujeito (normatização como relação do poder). Assim, se o enunciado normativo anula o sujeito, destruindo o sentido unificador de seu próprio existir, dir-se-á que houve um abuso das condições de exercício potestativo de autoridade. Este ato será defeituoso, embora não seja malogrado (a norma injusta é válida). E a percepção da sua *defeituosidade* está na realização do ato de falar (sua eficácia) que denuncia a carência de poder do emissor pela carência de sentido existencial do sujeito-destinatário. Uma condenação de alguém por sonegação, quando sonegação não houve, não é injusta *porque* a sonegação não foi demonstrada, mas porque a eficácia da condenação põe a descoberto a insuportabilidade existencial da situação do condenado como sujeito. O que a declaração da injustiça assevera não é a falta de demonstração da culpa, mas a refutação da

própria autoridade por uma *revogação*: embora válida, a relação autoridade/sujeito será desconhecida.

Isto transfere a questão dos enunciados sobre a justiça para um problema de perversão ou abuso das condições de uso do poder. E, basicamente, para o pressuposto de que não pode haver exercício de poder na comunicação normativa, se o emissor aniquila o sujeito.

Nesta lógica, aniquilar o sujeito significa o abuso básico das condições de uso do discurso normativo enquanto relação autoridade/sujeito. Esta relação exige, da parte do emissor, a possibilidade de uma *neutralização*, previamente garantida por outras normas (competência da autoridade), de um desconhecimento por parte do sujeito (desconfirmação da autoridade, portar-se discursivamente como se autoridade não existisse). As condições de uso da língua no ato discursivo para que esta relação (cometimento ou força ilocutiva) esteja presente são:

1. a *diferença*, isto é, as partes são heterólogas, uma fala em termos de uma imposição e a outra, de submissão;
2. o *reconhecimento*, isto é, embora diferentes, os discursos são reconhecidos mutuamente como tais.

A primeira condição implica desigualdade. As partes se põem em níveis distintos, mas complementares. O discurso da imposição exige o da submissão e vice-versa. Mesmo uma eventual desobediência (negação da autoridade) pressupõe a autoridade que se nega. Por sua vez, o cometimento ou força ilocutiva da imposição, mesmo quando ameaça o sujeito (ameaça de sanção), pressupõe o sujeito como desobediência que se nega. Por isso, quanto à segunda condição, deve haver um espaço para a desobediência (disponibilidade de ação para o sujeito) e um espaço para a ameaça (disponibilidade de não-concretização da ameaça para a autoridade). Assim, sendo o discurso normativo um processo comunicativo, do lado da autoridade deve ele neutralizar o descrédito, a ignorância do sujeito, mas não o próprio sujeito. E este pode desobedecer (ou negar – rejeitar a força ilocutiva) mas não pode neutralizá-la, agir como se ela não existisse. Nesse sentido, a neutralização, por parte da autoridade, de uma possível desconfirmação do sujeito torna o discurso normativo um discurso válido.

Nesta forma de cometimento (força ilocutiva autoritativa), o defeito na fala ocorre quando o ato de falar, ao realizar-se, põe a descoberto a própria relação

– por exemplo, a autoridade, ao falar, *pede*, *solicita* e *se justifica* como tal (a autoridade que se justifica quebra a hierarquia do cometimento). Explicitar-se como autoridade enquanto discorre como autoridade mata a autoridade, pois se produz uma autofrustração, uma espécie de contradição pragmática (“obedeçam-me, porque se não me obedecerem eu não valho nada”). Este defeito produz um malogro, não há cometimento normativo, mas não é assim que aparece o problema da justiça. Este surge quando o discurso da autoridade produz a desejada neutralização – ele tem bom êxito – e, não obstante, traz um peculiar defeito na sua emissão pelo abuso de suas condições de uso.

Abusa-se da primeira condição (diferença, heterologia) quando a desigualdade (hierarquia) é rompida pela substituição dos discursos distintos por um único discurso que, no entanto, não chega a ser homólogo, mas constitui uma perversão da homologia. Por exemplo: “reconhecemos que a sonegação não foi provada, mas deve-se reconhecer que o não-acatamento da sentença destruirá a autoridade”. Esta fórmula neutraliza não o discurso desconfirmador do sujeito (não conheço da autoridade!), mas o próprio sujeito (não importa se há ou não há sonegação, o sujeito será condenado). Nesse caso, a diferença é rompida porque se age (o emissor) como se o discurso fosse um único (perversão homológica: o discurso não é um único porque todos falam a mesma língua – condição do discurso verdadeiro – mas porque só um tem condições de falar: obedeçam pelo sim ou pelo não).

Abusa-se da segunda condição (reconhecimento) porque a disponibilidade de ação do sujeito desaparece (fale o que falar, ele é punido). Nesse caso, a complementaridade de discursos heterogêneos é pervertida, pois não há ação e reação, mas apenas co-ação (o emissor age *pelo* receptor que deixa de ter um espaço próprio numa imposição que é apenas um aniquilamento).

A refutação deste discurso normativo não se dá por seu malogro (a norma continua válida, a sentença será executada validamente), mas pela denúncia da injustiça que “revoga” a força ilocutiva da norma (relação de autoridade) pelo abuso das condições de uso do discurso autoritativo (abuso de autoridade).