

José Manuel de Sacadura Rocha

# ÉTICA

# O HOMEM E O DIREITO

Desobediência da Personalidade Ética

**2<sup>a</sup>** edição  
revista, atualizada  
e ampliada

2019

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

# INTRODUÇÃO

---

Este livro, *Ética – O Homem e o Direito: desobediência da personalidade ética*, objetiva uma “estética” para o Ser e para o Direito. Destina-se a explicar como o conceito filosófico apresentado propõe a “construção do Ser” e a “construção do Direito”. Tal proposta apresenta-se encabeçada por uma determinada *desobediência* que irremediavelmente floresce adubada pela racionalidade ética, uma escolha do Ser por preceitos que valorizam e dignificam a vida do Eu tanto quanto sua consciência de dever.

Propor uma liberdade e moralidade orientada pelo semelhante é o seu fundamento. O limite de sua postura libertária não pode ultrapassar, portanto, o *dever ser*, o imperativo moral e a intersubjetividade de base normativa. Mas, de forma não menos contundente e corajosa, reclama para si a responsabilidade de “desconstrução” de tipos sujeitados, indivíduo e Direito. Esta desconstrução tem, devido ao “salto” existencial que propõe, um olhar desobediente e uma prática iconoclasta de ambos, em nome, claro está, da honestidade e retidão da justiça. Um *sistema de ética jurídica* é possível com base em que parâmetros?

A dualidade Ética-Estética e Ser-Direito podem ser estudadas, por exemplo, nos seguintes termos: o que é possível julgar e punir com base em valores de decência? A resposta a esta pergunta nos leva a outras: o “bem comum” e a “felicidade” dos homens estão acima de quais valores? Podemos ainda considerar o bem comum e a felicidade como suporte ou objetivo de uma conduta decente? Por exemplo, a “função social” da propriedade é superior à “propriedade privada”? Em várias constituições liberais burguesas este princípio está consagrado, inclusive no caso brasileiro. Mas como Orlando Gomes dizia em 1958: “Verifica-se, em suma, na evolução legislativa

do Direito privado brasileiro, aquele descompasso entre Direito escrito e a realidade social (...). (*Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, 2003:45). Uma pesquisa sobre decisões sentenciais deve revelar que apesar da “função social da propriedade” como dispositivo constitucional (Art. 170-III, CF), a esmagadora maioria das deliberações consagra valor maior à reintegração de posse do que à função social da mesma.

Os delitos, entendidos como valoração normativa do fato social em si, podem ser interpretados e sentenciados destarte valores éticos, e neste caso, que valores seriam esses? Esquece-se muitas vezes que a função maior do Direito cristaliza-se na atitude jurídica de “julgar o desigual de forma desigual”. Ou valores não é parte do Direito e a ética – fenômeno sociocultural – deve ser alijada dos sistemas de Direito, como propõe a “ciência jurídica” (Hans Kelsen), e mais modernamente, a “nova retórica” (Chaïm Perelman)? Apesar disso, afinal, é possível “compor” uma escolha existencial salutar e decente, uma vida boa, comprometida com o sistema prosaico e soberano de justiça estatal?

Responder a estas questões exige uma genealogia de como certos princípios morais clássicos se bem compreendidos revolucionariam as formas de ver e tratar a ética, não necessariamente vistos de forma ortodoxa, mas sobretudo vistos desta forma, de forma revolucionária. Impossível esgotar o estudo da ética. Basta apontar, quiçá, os grandes momentos de discussão deontológica. Ao se fazer isso, perceberemos como hoje importa mais o “invólucro” das ações do que seus “valores basilares”, e, portanto, esta genealogia deve evitar que caiamos nas armadilhas modernas de distorção e apropriação mercantil, que vai de um dogmatismo ideologicamente elitista a um extremo relativismo mistificador.

Enunciados “primários” nem sempre são adequadamente entendidos, originando confusões e sobreposições que prejudicam a necessidade da conduta ética. Enquanto a Ciência é objetiva – procura o paradigma da verdade –, a Filosofia é subjetiva – procura a “verdade por trás da verdade”, portanto, desconstruir o paradigma estabelecido. Ora, a Deontologia – cujo objeto de estudo é a Ética – é um ramo da Filosofia, porquanto, objetivamente o valor último de sua verdade só pode ser dado pela verdade de espírito, ou, a conduta decente do

indivíduo é uma opção de seu Ser racional diante da vida, em contato com a existência das coisas do mundo e dos outros indivíduos. Pensar o meu existir em relação com as coisas do mundo e com os outros indivíduos é fazer Filosofia: a busca da “verdade por trás da verdade”, da minha verdade em relação às verdades do mundo e dos outros, da própria possibilidade da verdade etc.

Por isso mesmo, quer dizer, devido a esse pensar subjetivo, pessoal e intransferível, a tensão é primordial e inevitável. Para o homem moderno, contudo, o conhecimento científico, prosaico e técnico, serve de remédio para esta tensão de pensar a escolha de uma conduta correta. Relação com o mundo, intersubjetividade com os outros, escolha, opção pela decência, valorizar o coletivo, são instrumentos de vida que envolve sentimentos, valores morais, responsabilidades subjetivas. Algo que a mecânica cartesiana não pode resolver em absoluto, tampouco o refúgio ascético e o divino. Escolher é subjetivo, mas não existe a opção de não escolha: claro, a não escolha também é uma escolha. Quando mecanizamos a vida não precisamos nos dedicar às verdades, mas apenas ao sentido das coisas. Na modernidade vivíamos sem saber “devido ao quê”, mas apenas “entendendo o porquê”: precisávamos do sentido, mas não da verdade. Na pós-modernidade, precisamos apenas que “funcione”: nem verdade nem sentido, ou melhor, verdade e sentido são a “funcionalidade” de um existir sem pensar, sem optar. Desde que dê “certo” o “nada” é apanágio da felicidade. Quando a Filosofia é envolvida neste ciclo vicioso, a ética se materializa como “algo” sobre o qual não precisamos refletir muito profundamente. O senso comum acha que a menos que sejamos catedráticos, “filósofos de carreira”, a ética não precisa ser pensada. A realidade só poderia ser essa que passivamente vivemos, onde o comportamento incorreto é apenas uma estratégia legítima de vida de cada um.

Então precisamos mais do que nunca de uma certa estética. A uma determinada estética do Ser corresponderá uma estética possível do Direito. Isto não implica que a conduta e a ação do Direito (sua assimetria entre rico e pobre, por exemplo) não reflitam na estética decente dos cidadãos, como os objetivistas dogmáticos gostam de apregoar, mas é uma impossibilidade de fato, e um autoritarismo, acreditar-se que o ordenamento jurídico por si só, de cima para baixo, possa objetivamente e de forma normativa assegurar a conduta ética e decente dos indivíduos. Uma simples análise demonstraria (Barbara

Herrnstein Smith, *Crença e Resistência: A dinâmica da controvérsia intelectual contemporânea*; 2002) que é vazio por si só o discurso da objetividade teórica e prática da ação jurídica, o que inviabilizaria de fato esta tautologia de que o Direito está na base da ética do comportamento social. Ao contrário, os indivíduos quando optam por comportamentos ilibados e corretos, transtornam e inviabilizam menos os aparelhos jurídicos, e estendem o controle social, soberano, às esferas jurídicas tidas, neste caso, como parte do corpo social, e não inversamente, como se o jurídico fosse a própria sociedade.

Neste livro ousa-se fugir do raciocínio valorativo exclusivamente objetivista, não em nome de um “quietismo”, mas propondo um pensamento crítico e atuante. A estética proposta para o Ser e para o Direito parte do indivíduo, de sua escolha inalienável (do ponto de vista de sua soberania, não de outros ou do Estado) e irreversível (com pena de sua própria humanidade e personalidade) da conduta ilibada, tendo como pano de fundo e como espelho o Outro, e o coletivo, não a Lei, a moral religiosa ou o costume. Ao contrário do que normalmente os objetivistas argumentam o comportamento decente não deriva proficuamente do medo do Estado (coerção física), da Igreja (tipo juízo final) ou da tradição (de forma geral, conservadora e obscurantista). As alegações objetivistas pretendem uma superioridade técnica-epistemológica que na prática incentiva mais à desconstrução da responsabilidade ética dos indivíduos (se a lei não puder julgar e punir, então o ato é lícito a partir da premissa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – Art. 5-II, CF), ou às agressões dos povos contra as minorias ou os genocídios contra os outros povos (em nome do nacionalismo, da preservação religiosa ou cultural, da preservação da raça e sobrevivência da espécie, da língua, da riqueza territorial, dos ancestrais etc.).

Isto não significa, contudo, que enunciados e discursos epistemológicos confiáveis e lúcidos não possam contribuir para uma expectativa ético-subjetiva neste sentido, de uma experiência pessoal que ousa desobedecer para garantir sua personalidade e em função da intersubjetividade possa se inquietar e indignar com o tratamento desigual, desumano, pretensamente superior, arrogante e virtualmente autoritário de pessoas, grupos ou instituições. E isto é possível não só pela desobediência ao arbítrio assim anunciado como pela refe-

rência humana única do Outro, que está na coletividade, da busca de mim e crença inabalável na liberdade de cada um como finitude de comportamento decente. O problema maior a ser enfrentado é, pois, como aproveitar objetivamente preposições, argumentações e sistemas de ética objetivistas válidos capazes de construir escolhas de conduta não objetivistas, dado que para o espírito inquieto, por ser decente, não se trata de refutar *per se* o conhecimento, mas de utilizá-lo em uma construção inquietante do Ser, e daí para diante, de uma estética de vida individual e institucional que parte do coletivo e a ele deve voltar para o bem de todos.

Também pesa sobre esta ousadia, para o homem *bipolar* contemporâneo (certo-errado), ou o anseio da fuga do *cogito* socrático de uma metafísica dos valores perenes e transcendentais transformados em legalidade humana, ou o sofisma epistemológico de Protágoras a anunciar o relativismo absoluto das coisas do mundo e das inventadas pelos homens, onde ele incluía a lei. Assim, estamos submetidos a toda a sorte de argumentos válidos, mas que mais do que elucidar, confundem-nos entre a busca da “verdade” e “validade”. Obviamente que nem tudo pode deixar de ser objetivo (a defesa da integridade física do cidadão, ou a segurança jurídica), assim como igualmente não se pode deixar de privilegiar a justiça (enunciado eminentemente subjetivo). A dificuldade aqui é que se toma, de acordo com a epistemologia objetivista clássica, a “verdade” como possível, e a “validade” de uma preposição, argumento ou norma, como consequência inevitável dessa verdade real. Uma posição existencialista não pode, nestes termos, abdicar de refutar tal normativismo objetivista no mesmo íterim em que observa que o relativismo absoluto é impossível (como no caso da soberania absoluta, liberdade absoluta, igualdade absoluta, leis absolutas, o bem e o mal de forma absoluta etc.).

O relativismo de Protágoras não é efetivamente uma alternativa dual ao absoluto ético de Sócrates. Este leva ao medo, à insuficiência do espírito, ao esvaziamento da autorregulação, ao descarte da intersubjetividade humana, da escolha, da vontade, da potência de agir e à preponderância do Estado, do poder superior, da assimetria legal e de validade de um privilégio normativo e epistemológico anterior (tradição prático-teórica de Sto. Agostinho, Hobbes, Comte, Kelsen, Schmitt). Naquele, por outro lado, corre-se o risco de uma liberalidade desautorizante, da banalização dos valores e, por que não,

dos sentimentos, leva à confusão entre autoridade e autoritarismo, com visível predominância deste, o risco de comportamentos irrecusáveis e de ilícitos inimputáveis, e, conseqüentemente (e isto é o perigo de se aceitar um subjetivismo de quietude), escolhas danosas para quem escolhe e para quem não quis escolher (partindo-se do princípio que a não escolha é igualmente um ato de liberdade e um direito), aonde poderá, em tais condições, prevalecer a lei do mais forte, a força do mais poderoso (tradição prático-teórica de, Stirner, Nietzsche, Weber, Foucault).

A subjetividade inquieta e desobediente tem por simetria o fato de que uma conduta ética exemplar não o é porque adivinha ou apregoa condutas únicas inquestionáveis, mas porque seja qual for a conduta ética ela tem que ser questionável do ponto de vista da possibilidade de cada indivíduo desenvolver a potencialidade de seu espírito humano sem agredir como condição para isso o mesmo valor e potencialidade do Outro. Eis, em última análise, a que se propõe o enunciado e o discurso de uma *desobediência da personalidade ética*, a tese deste livro.

Em Immanuel Kant, por exemplo, o homem se “desumaniza”, se perde a ética como prática, visto que a ética é ontológica; em Friedrich Hegel, o homem se “desumaniza”, se pratica a liberdade irrestrita, haja vista que a intersubjetividade é irrecusável; para ambos, o homem se “desumaniza” sempre que faz ao Outro o que não gostaria que fosse feito com ele mesmo. Nestes casos, o que separa tais autores do objetivismo recalcitrante é o fato da “crítica à razão” ter como condição a aproximação com o Outro. O que os separa do relativismo infrontereiro é que nessa aproximação irrecusável a escolha do indivíduo é ética.

Por outro lado, temos problemas do tipo: se realmente não é possível obter a “verdade” das coisas e dos fatos, como propõe a argumentação kantiana, vez que entre o objeto real e a sua descrição existe a interpretação, como o raciocínio avaliativo objetivista chega à “verdade”? E se esta “verdade” é impossível, qual a “validade” do juízo avaliativo objetivista, qual, por exemplo, a “validade” do sentido que damos à justiça, e qual, objetivamente, o significado de “obrigação”, “dever”, “direitos”, julgar com base em que compreensão dos fatos, como imputar um fato social e valorar determinada conduta como ilícita? Ainda que fosse possível esquecer ou deixar de justificar atos

humanos pelas circunstâncias (atenuantes ou agravantes) contexto e independentes dos sujeitos, como o raciocínio chega objetivamente à legitimidade de inquirir, denunciar, indiciar, julgar e sentenciar? Entretanto, é sabido que Kant via no Estado o maior exemplo civilizatório e depreendia deste fato o papel fundamental da Lei em pelo menos equilibrar o exacerbamento do mundo material com o espiritual, ou dando à ética ontológica (imperativo categórico) a chance de não ser completamente subjugada pelo espírito mercantil (imperativo hipotético).

Efetivamente, diante de duas (ou mais) proposições, como escolher uma como verdadeira em detrimento da outra? O objetivismo que acredita ser ontologicamente correto precisa pressupor em seu *cogito* que sempre haverá o certo e o errado em duas proposições jurídico-argumentativas. Neste caso a justiça é algo objetivo, formal e prosaico, baseado na “certeza” que o bem se revela por si mesmo, ou por força de uma intervenção divina ou então através da demonologia do portador da “mentira” no sentido em que seu discurso ou argumento não pode ser verdadeiro já que, obviamente, o meu o é. Esta demonologia como fator de revelação da “verdade”, repousa ou na “fé” da verdade transcendental ou na “revelação” epistemológica ou, então, apenas pode repousar no arbítrio de julgamento extrajurídico, em essência que o contraditório se resolve alegando que a outra pessoa é um demônio, um doente, um tolo ou um incapaz. Este mecanismo de desconsideração do cidadão em pessoa demoníaca ou inábil é a base do excludente jurídico a favor da verdade e sanidade – a meu ver duvidosa – dos argumentos objetivistas jurídicos. A desconsideração da pessoa é política antes de ser jurídica, quer dizer, é um ato de poder arbitrário que justifica uma posterior transitoriedade do fato social para um ato sentencial.

Isto não quer dizer que não existam argumentos e proposições falaciosas ou situações de inimputabilidade legítimas. Nestes casos, a subjetividade ético e contingencial não poderá ocorrer em erros ou prejudicar o processo jurídico ou comprometer o contraditório e a decisão do juiz ou juíza, exatamente como o objetivismo nestes casos não terá problemas fora do normal para conseguir resolver a lide ou o problema a que o Judiciário é chamado a solucionar. Mas a pensar pelo objetivismo avaliativo, no entanto, estamos sempre a precisar o discurso do poder para viabilizar sua própria racionalidade,

ou seja, em última instância, o contexto e a plasticidade práticas-filosóficas humanas (práxis) se curvam à assimetria de que uma ordem superior e anterior deve justificar e legitimar as decisões que transformam fatos e fenômenos em situações de direito como atos jurídicos perfeitos (argumentação juspolítica muito pouco objetiva de fato), mesmo nos casos em que uma configuração *topoi* é real (aquela em que duas alegações e proposições são igualmente válidas e legítimas e que derivam do embate dialético, como em Aristóteles e resgatado por Viehweg).

A questão colocada pela racionalidade valorativa não objetivista deste trabalho é que a assimetria se funda no fato contingencial de que cada situação concentra em si mesma uma infinidade de determinações não passíveis de uma causalidade absoluta, que a racionalidade objetivista é vazia e obscurantista, muitas vezes autoritária (ainda que não necessariamente intencional), na medida em que depende de fato de causas e intenções objetivas dos agentes sociais e de quem profere resoluções. Uma proposição objetivista é vazia e obscurantista, independente de quem a profere e em que circunstâncias, porque a vida humana é a própria circunstância e o universal é a possibilidade de escolha, a seu modo, da conduta mais apropriada e correta mesmo diante das circunstâncias mais complexas e inverossímeis. Contudo, isto significa que a subjetividade encontra um limite em si mesmo: todos podem escolher a decência por autorregulação e livre-arbítrio. E claro que é possível “beneficiar pessoas com argumentos não-objetivos e não-prosaicos”, ainda que, ou apesar de, eticamente desobedientes.

No corte axiológico deste livro, os autores estudados orientam para a “emancipação” como antagonismo político da “regulação”. A regulação do Estado pós-moderno está para a continuação das ideologias cartesianas vigentes desde o século XVIII; o Direito é instrumento destas ideologias e está a sustentar esses poderes. Primeiro, o conceito de dever-ser jurídico está na perspectiva objetivista para o cumprimento inquestionável da lei, conforme a leitura dogmática de Kelsen, normatividade que deve ser obedecida. Carlos Cossio demonstrou que o dever-ser jurídico é apenas uma “flecha existencial”, um ponto de partida em um “cone” de circunstâncias e fatores pré e pós-fato onde a prescrição normativa pode apenas auxiliar na tipificação do ato ilícito, se o for (*El Derecho En El Derecho Judicial*; 2002).

Em um tempo virtual que se estende do antes até o depois do fato, há que se entender o sentido da conduta humana, e suas contingências, daí decorre que cai por terra toda a pretensão de “coisificar” o social, o comportamento humano e o próprio jurídico. O medo em relação à insegurança jurídica, dogma de uma lógica positivista objetivista, é o despertar revolucionário do Ser que acredita no poder da intersubjetividade, como exemplo de ética e capacidade de se humanizar no relacionamento com o semelhante. Portanto, é a ética a serviço do Ser e do jurídico como instrumento desta emancipação e humanização. A “conduta compartilhada” – à *la* intersubjetividade de Hegel – é a emancipação em relação à regulação. Mas se tal conduta está na consciência e vontade de escolha existencial de cada Ser, o Direito se interioriza no Eu e por esse mecanismo ele deixa de ser um direito para se tornar um dever, por exemplo, o dever de aceitar os direitos dos outros tão iguais e válidos como os meus. A “nuvem” que a agenda normativa de leis proporciona deve ser entendida, então, como um conjunto finito de expectativas jurídicas e um conjunto infinito de escolhas e condutas possíveis. Dessa “nuvem” de possibilidades objetivas – jurídicas apenas no sentido que o ordenamento jurídico-estatal expõe uma série prescritiva de intenções e argumentos a favor da sua dominação – os sujeitos escolhem de acordo com os benefícios e desgostos em relação às consequências mais ou menos claras comportadas no entendimento da lei. Esta escolha é um “colapso quântico” de verdade: como na flecha existencial de Cossio, o cidadão, pelo menos nas sociedades livres, imagina *a priori* o momento relacional sujeito-norma.

O existencialismo, nomeadamente o de Jean-Paul Sartre, não é saudosista e tampouco romântico. É a constatação de premissas ético-existenciais a desvendar os níveis de consciência e as razões dos homens a abdicarem do peso de suas consciências e responsabilidades. Karl Marx já havia demonstrado que o pensamento se engendra a partir da existência concreta, e a produção concreta dessa existência é que determina esse pensar. Em termos existencialistas, a existência precede a essência. A grande questão é que essa existência ao longo do século XX, mais fortemente a partir da Segunda Grande Guerra, se reproduz de forma em que cada vez maiores contingentes de indivíduos estão sujeitados por práticas subliminares de consciência. Não são práticas reacionárias nem tampouco conservadoras: elas

avançam na eliminação total do Ser volitivo. Alimentam o pauperismo do autoconhecimento e da consciência crítica, mediante a supressão do pensar, refletir, decidir. Seus instrumentos são os mecanismos de controle do mercado mundial e o controle dos modernos meios de comunicação de massa. O pior, convertendo as máquinas desejantes humanas em um sistema de controle logístico do tipo cibernético.

Aparentemente paradoxal, a emancipação está para o dever enquanto o Direito está para a regulação. Regula-se o direito, deixado de o ser, é obrigação. Dever e obrigação são opostos: o dever como opção do Ser é liberdade e desregulamentação. Em Hannah Arendt (*A Condição Humana*; 2004) o tema a demonstrar esta tese é a ocupação do espaço público. Esta ocupação pode ser por participação prepositiva ou por omissão – esta um tipo de participação reativa –, característica indolente do homem pós-industrial. Sem ocupação desse espaço que é de direito, logicamente se abrem possibilidades para exercício de poder ilegítimo, ainda que legal. Logo, o autoritarismo desse poder usará doses maiores de violência até o ponto em que possa parecer normal a necessidade de mais e mais violência, até pela resposta omitida da sociedade, com exceção de alguns poucos que heroicamente estarão dispostos a enfrentarem o despotismo, e que por isso mesmo, também alimentarão a violência legal ou admitida, talvez em grandes doses despercebida. Eis que o sistema totalitário se instala e então nenhuma legalidade mais será necessária.

O oposto sugerido é então a participação prepositiva, aquela capaz de consolidar os direitos de cidadania e soberania, única possibilidade de bloquear a prepotência e truculência do Estado e de seus prepostos. Por isso, fundamental é operar a necessária transmutação de direitos em deveres: obviamente a participação prepositiva é agora um dever, mais do que um direito, um dever ser do homem político, como proposto pela filósofa Agnes Heller (*Além da Justiça*; 1998). Ora, o homem pós-industrial aprendeu a clamar por todos os direitos e a exigí-los do Estado. Quanto mais este mecanismo de transferência para fora de si opera a fuga do dever ser, mais o Ser se aliena de si mesmo e mais e mais reforça a violência e arbítrio da “força de polícia” do Estado. Já não são mais direitos que são oferecidos ao cidadão, mas obrigações sem possibilidade de discussão, obediência inegociável. Fogem do dever, convencidos de que a felicidade e o bem-estar é tarefa do Estado e que não exige luta. Quando se dá conta da perda