

A PESSOA COMO CAUSA E FIM DE TODO DIREITO
THE PERSON AS THE CAUSE AND END OF EVERY RIGHT

Alessandro Severino Valler Zenni¹
Cláudio Rogério Teodoro de Oliveira²

RESUMO: O artigo se propõe a aproximar direito natural e direito positivo, tomando como fonte de todo o jus a pessoa, emanção de leis para fins, ser que deve ser, cuja memória deve ser traduzida em normas postas. Desde os albores da experiência humana, o Direito, apresentando-se como forma ou poder, constringe o personalismo ético, requestando princípios de justiça para sua libertação e emancipação. O percurso dialético entre direito posto e princípios sinderéticos deságua no reconhecimento da dignidade como centro e irradiação de todo o direito positivo guindado à categoria de norma constitucional e valor universal. O direito contemporâneo passa a ter fundamento e estimular a participação discursiva da comunidade, sendo também resultado do agir comunicativo para fundamentação de valores, supondo a todos os seus integrantes respeito e dignidade .

Palavras-Chave: Direito Positivo. Direito natural. Dignidade Humana. Participação. Justiça

ABSTRACT: The article aims to bring natural law and positive law, taking as the source of all justice the person, emanation of laws for the purpose, be it should be, whose memory must be translated into rules put. Since the dawn of human experience, the law, presenting itself as a form or power, constricts the ethical personalism, requestando principles of justice for their liberation and emancipation. The route between the right post and dialectical principles sinderéticos empties into the recognition of the dignity and irradiation as a center of all positive law rose to the category of constitutional rule and universal value. The contemporary law is replaced by the foundation and encourage participation discursive community, and also the result of communicative action for reasons of values, assuming all its members respect and dignity

Keywords: Positive Law. Natural right. Human Dignity. Participation. justice

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são o resultado de muita luta e conquista social e foram abraçados pelas Constituições democráticas tornando-se garantias fundamentais que ditam o significado de democracia hodiernamente, enfeixando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ Pós Doutor pela Universidade de Lisboa, Doutor em Filosofia do Direito pela PUC-SP, Mestre pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da Universidade Estadual de Maringá e CESUMAR

² Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC-SP, Mestre em Direitos da Personalidade pelo CESUMAR. Professor da PUC-PR, Faculdade Maringá e FAMMA.

O centro de normatividade da do estado Democrático de Direito é o princípio da dignidade da pessoa humana que é extremamente abstrato e com grau axiológico, sendo considerado um supra princípio que há de ser maximamente efetivado.

Entretanto coube ao legislador constitucional definir o conceito de dignidade da pessoa humana, traçando direitos fundamentais na Constituição de 1988 que acabam resumindo o referido princípio a parâmetros legais. A finalidade maior do direito é a emancipação do ser humano ou seja a concretização da dignidade. Abre-se uma dialética entre o direito natural e o direito positivo como propostas emancipatórias do homem.

Será que atualmente em uma sociedade sistematizada em torno de produção e consumo é possível falar em dignidade conforme o trazido no texto constitucional? A idéia do trabalho é fazer uma abordagem do papel do direito, abordando a essência da teoria crítica do direito e notadamente ao método dialético proposto por Habermas para a efetividade do direito por meio do discurso, na tentativa de concretizar o princípio da dignidade da pessoa na contemporaneidade.

2 A DIALÉTICA DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

Ainda muito se debate acerca das duas principais teorias que evolveram o direito ao longo da história e dos principais pontos de argumentação dessas duas correntes: por um lado os positivistas defendem a segurança jurídica e a harmônica lógica do direito positivo e de outro que o Direito natural representaria a natureza das coisas e, portanto, a justiça de dar a cada um o que é de direito.

Na idade média prevalecia o direito natural de essência teológica, pelo qual se atribuía uma explicação última a algo que estava além daquilo que era posto pelos homens (natureza-Deus). Entretanto a burguesia logo tratou de tomar o poder e se utilizou de um “jusnaturalismo” baseado em princípios que atendiam seus próprios interesses, denominado por Roberto Lyra Filho de antropológico, que nas palavras do próprio autor: o *“homem que extraía os princípios supremos de sua própria razão, de sua inteligência”*³

O primeiro passo então para a criação do direito positivo foi a utilização, pela burguesia, do método natural antropológico que colocou o homem na posição de representante da vontade divina por utilização de sua razão, isto é, ocorre a substituição de Deus pela figura do Estado. Se na idade média prevalecia o direito da natureza na idade

³ FILHO, Roberto Lyra. **O que é Direito**. São Paulo: editora Brasiliense, 2006, p. 48

moderna (mais precisamente século XIX) o homem passa a ser o grande responsável pela criação das leis, prevalecendo a racionalidade.

Portanto, a visão medieval trazia o direito natural como superior ao direito positivo porque fundado na vontade de Deus, ou como explana Bobbio em referência a São Paulo “como a lei escrita por Deus no coração dos homens”.⁴

O surgimento do positivismo concentra-se no nascimento dos Estados, que trouxeram para si o direito comum, passando a regular as condutas humanas e criando um direito mais simples, compacto e de fácil manuseio pelo magistrado, tendo como características básicas um ordenamento jurídico com completude e coerência, cuja idéia central é trabalhar um direito posto, unindo todas as manifestações de direito, criando-se algo abstrato e universal.⁵

O direito positivo teve sua primeira contribuição efetiva com Hobbes, que trazendo a natureza do bom selvagem, destaca que o ser humano possui paixões e desejos que, caso não regulados pelo Estado, poderão levar a destruição do homem pelo próprio homem. Hobbes analisa primeiramente a natureza do homem, depois passa a imaginar um estado de guerra (ou estado da natureza) caso os homens agissem sem qualquer restrição: “Portanto, enquanto não houver segurança entre os homens para a manutenção da lei de natureza, de um em relação ao outro, eles continuarão no estado de guerra, e nada que tenda à proteção ou à comodidade de um homem lhe é ilícito”.⁶

Por um lado o juspositivismo traz segurança jurídica para toda a sociedade, uma vez que a margem de discricionariedade e interesse dos aplicadores do direito terá um limite a ser seguido, que é justamente aquilo que está positivado e que, em tese, será do interesse de toda a sociedade. Se pelo Estado, que no positivismo monopoliza a criação do Direito, trazendo a chamada segurança jurídica, por outro lado devemos observar que existem situações em que o Direito natural será uma resposta coerente e humana a determinados abusos, como uma resistência a tirania ou como bem ficou demonstrado no julgamento de Nuremberg:

Assim é que, na Alemanha Ocidental, durante o nazismo, para a resistência, ou após ele, para a restauração liberal democrática, o jusnaturalismo ressurgiu com extraordinário vigor. Depois de ficar subjacente a todo o julgamento dos criminosos levados ao Tribunal de Nuremberg (onde foram julgados após a Segunda Guerra Mundial, os dirigentes nazistas), o direito natural serviu de fundamento a sentenças da Justiça Alemã, anulando velhas

⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Icone, 2006, p.15

⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Icone, 2006, p.56 e seguintes.

⁶ HOBBS, Thomas. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. P. 96

decisões, baseadas em leis nazistas, e empolgou cátedras universitárias daquele país.⁷

Como se vê o positivismo teve seu declínio na Segunda Guerra, justamente porque encabeçou a morte de milhões de judeus, uma vez que, sob o manto da lei, “mostrou-se” que o valor vida não era mais importante que o patriotismo ou o ser perfeito descrito por Hitler. De fato, o direito positivo foi utilizado de forma extremamente negativa nessa época, como forma de dominação. Tal fato resultou na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que elevou o valor vida a uma importância superior universal, resgatando assim o enfoque jusnaturalista, desde o julgamento de Nuremberg até a referida declaração de direitos.

E nesse aspecto o direito positivo pode ser um instrumento atentatório a valores fundamentais, como bem mostrou a história durante a Segunda Guerra mundial. A positivação pode atender tão somente os interesses de uma minoria que detém o poder, fazendo com que toda a sociedade cumpra o dever ser elaborado pelo Estado – um dos dogmas do direito positivo é a soberania do legislador, que em tese é a vontade da maioria, mas que diariamente escraviza os seres humanos.

Kelsen caracteriza o direito natural como algo ideal, imutável e invariável, que tem a natureza como autoridade legiferante” ou seja, normas anteriores à fixação pela vontade humana⁸. Mas critica o direito natural por diversos motivos e dentre eles a possibilidade de existir impulsos bons e ruins no ser humano e, portanto, o dever do Estado de regular as condutas sociais, pois se o homem tem o impulso natural para em certas situações conservar sua vida, “não poderemos nos recusar a concluir, do fato inegável de que o homem em dadas circunstâncias tem o impulso de pôr termo à vida .⁹

O direito positivo poderia seguir duas linhas: a primeira no sentido de que está desvirtuado do direito natural ou de acordo com este; e uma segunda linha no caminho de ser uma criação totalmente independente do direito natural, como o único criador de direitos.

Segundo Javier Hervada existem coisas que estão atribuídas ao homem pelo simples fato de ser pessoa, como a vida e a integridade física, e que nenhum fato cultural ou direito positivo pode ser criado sem ter por base um dado natural; para o autor, os direitos não são criados pelo legislador, pois o homem é pessoa e portanto “não é vacuidade, mas plenitude de ser, não é indigência, mas domínio e exigência”.¹⁰

⁷ FILHO, Roberto Lyra. **O que é Direito**. São Paulo: editora Brasiliense, 2006, p. 49

⁸ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 71

⁹ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 79

¹⁰ HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Porto- Portugal: RÉ-S-Editora, 1982. P. 79

Para o autor a lei natural seria “o conjunto de leis racionais que exprimem a ordem das tendências ou inclinações naturais aos próprios fins do ser humano, aquela ordem que é própria do homem como pessoa”. As inclinações naturais seriam para a conservação da vida e integridade física e moral, para a união conjugal de homem e mulher e educação dos filhos, para a relação com Deus, para o trabalho, para a sociedade política e associação, para a comunicação e para o conhecimento, cultura e arte.¹¹

Assim, o referido autor vê uma complementaridade entre o direito positivo e o direito natural, mas aquele deverá respeitar este. O direito natural pré existe ao direito positivo e não deverá se fechar para aquilo que a pessoa tem apenas pelo fato de ser pessoa. Fala o autor em dignidade da pessoa humana como uma lei natural ínsita em todo ser humano, ou seja, uma ordenação para a perfeição.¹²

Parece pouco provável seguir a linha de que não existe um direito natural e que o direito positivo seria fruto da razão que cria uma enorme gama de direitos que regula as condutas humanas, uma vez que todo ser humano possui uma inclinação para o que entende ser uma conduta boa. Entretanto pode-se dizer que todo direito posto (positivo) pode ser bom, desde que fundado em leis naturais, princípios de justiça e valores realmente postulados pela sociedade.

3. POSITIVAÇÃO E IDEOLOGIA

Após a abordagem da dialética que envolve o direito natural e direito positivo, passa-se à análise do direito positivo como ideologia e instrumento de dominação por parte de uma classe elitizada, que se utiliza da razão para a criação de normas que matem no poder aqueles que dominam o mercado econômico (o Estado substituiu Deus nesse “processo legislativo”).

Hervada ensina que a lei natural se manifesta “em forma de dever as exigências naturais do ser homem, que se resumem, em definitivo, na obtenção dos seus fins naturais, isto é, a realização do indivíduo e o desenvolvimento humano da sociedade”. Para ele, não seguir a lei natural é inserir um “fator real de perturbação social”: “o enfraquecimento da lei

¹¹ HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Porto- Portugal: RÉS-Editora, 1982. P. 132 e 133

¹² HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Porto- Portugal: RÉS-Editora, 1982. P. 140

natural degrada o homem que a enfraquece e, no que respeita aos aspectos sociais dessa lei, produz perturbação e desumanização na vida social”.¹³

Conforme mencionado quando os burgueses utilizam da razão para criar as suas leis, inicialmente baseados em um suposto direito natural antropológico, ocorre uma separação entre a lei superior, natural, e que fora deixada de lado, para a atividade racional e lógica de um sistema coerente e prático que é o Direito Positivo. Nesse momento a burguesia não mais indagou sobre essa Lei Superior porque o Direito passava a ser instrumento que servia a seus interesses e com a desculpa de ser interpretação da lei natural e posteriormente legalizada por meio da teoria contratualista de Hobbes.

Hitler apoderou-se do sistema positivo e conseguiu ceifar a vida de milhões de judeus. O positivismo entra em crise após a Segunda Guerra, mas ainda sobrevive entre nós, merecendo uma crítica justamente por sua ideologia.

Marilena Chauí discorre de forma bastante esclarecedora sobre a ideologia e aponta na sociedade duas principais causas que podem ocasionar a mudança de paradigma do direito na atualidade: a primeira é chamada de causa final; a segunda é a causa eficiente. Esta última ou força motriz é um simples meio de se obter o resultado final. O escravo é a causa eficiente porque o trabalho é um “simples meio ou instrumento para satisfação da vontade ou desejo de um outro, o usuário do produto do trabalho”.¹⁴

A sociedade está então estruturada em um sistema (capitalista), no qual os empregadores detém os meios de produção, que juntamente com a classe trabalhadora formam a causa eficiente; o trabalhador é ao mesmo tempo o instrumento do resultado final e o consumidor no resultado final. O que é pior, atualmente, é que os produtos entram no mercado e são substituídos por uma rapidez impressionante; os preços são muitas vezes maior que aquele do momento da fabricação e o trabalhador, esquecendo-se que é parte dessa produção, compra e troca esses produtos em uma verdadeira cultura do descartável.

Marilena Chauí explica em que consiste a ideologia: as teorias devem explicar a realidade em um determinado momento histórico; ocorre que muitas vezes o estudioso não consegue perceber a raiz histórica de suas idéias e pensa que são verdadeiras em todos os lugares e tempos e assim corre o risco de tomar o falso pelo verdadeiro mascarando a realidade. A professora, impulsionada pelas características da ideologia descreve o quadro do homem valorizado pela ética protestante na qual não vale por seu sangue ou linhagem mas pelo seu esforço perante Deus, descrevendo o indivíduo moderno:

¹³ HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Porto- Portugal: RÉS-Editora, 1982. P. 134

¹⁴ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Editora Brasiliense. 2012. P. 13

o homem honesto que trabalha, poupa e investe sua poupança em mais trabalho, pois, como dizem os teólogos protestantes, ao perder o Paraíso, o homem foi posto na terra para trabalhar e honrar a Deus pelo trabalho. Trabalhar, poupar e investir: a ética protestante ordena que a riqueza se transforme em capital.¹⁵

Portanto a sociedade ficou dividida em: os detentores dos meios de produção e os trabalhadores escravos que fornecem sua mão de obra em troca de sua subsistência, adquirindo os produtos que eles mesmos produzem e por um preço muitas vezes maior, sendo que a liberdade e a dignidade são supostamente concretizadas pelo trabalho.

O homem moderno está envolto de uma liberdade baseada no individualismo; a sociedade tornou-se egoísta e o ser humano subjetivo e eleitor de sua moral particular. Essa possibilidade de subjetivação da moral, rompendo com a ordenação universal natural, faz com que a na modernidade priorize os bens externos em detrimento da ética.¹⁶

A sociedade passa a ficar subserviente a um pequeno grupo que domina e monopoliza o saber, produzindo normas com sanções para manter o status. Nesse sentido Zenni explica:

A propósito do jus, considera-se um arsenal de normas jurídicas logicamente concatenadas e hierarquizadas, representando a vontade do contrato social, que, por ficção, decorre da vontade da maioria, merecendo uma interpretação restrita diante dos mitos da certeza e segurança jurídica que procuram encampar via positivação. Quando não, captam-se fatos e o tornam, por si só, direito, sem um compromisso ético e valorativo, também fixados racionalmente por meio de um sistema autopoietico descomprometido com fins, senão com as fórmulas racionais engendradas à padronização dos comportamentos sociais.¹⁷

A lei emana do Estado e permanece ligada à classe dominante porque os que comandam o processo econômico e os meios de produção estão no controle estatal; as leis aparecem como manifestação da vontade popular, mas na realidade é expressão dos interesses daquela classe, não se podendo afirmar “ingênua ou manhosamente, que toda legislação seja direito autêntico, legítimo e indiscutível”.¹⁸

Assim identificar Direito e lei faz parte do “repertório ideológico do Estado”, porque este tenta fazer o povo acreditar que não existe mais contradições e que a lei representa a

¹⁵ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Editora Brasiliense, 2012. P. 17-18

¹⁶ ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A Crise do Direito Liberal na Pós- Modernidade.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006. P. 15

¹⁷ ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A Crise do Direito Liberal na Pós- Modernidade.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006. P. 15

¹⁸ FILHO, Roberto Lyra. **O que é Direito.** São Paulo: editora Brasiliense, 2006, p. 8

vontade da sociedade em geral, não podendo procurar algo acima das leis, devendo a legislação ser examinada criticamente.¹⁹

A ideologia é o ocultamento da realidade social, atualmente de exploração econômica e dominação política, embora inicialmente a corrente ideológica pregasse uma observação da realidade e por meio de conhecimentos científicos baseados em fatos e na experimentação tentassem lançar explicações, analisando as causas naturais físicas e as ações humanas.²⁰ Foi com Napoleão que veio o sentido pejorativo da ideologia na França, quando em uma declaração em 1812 afirmou que todas as desgraças que afligiam a França deviam ser atribuídas à ideologia, que segundo ele era uma tenebrosa metafísica que não adaptava as leis ao conhecimento do coração humano à história. Essa declaração juntamente com a ideias de Marx sobre a ideologia alemã, para o qual ideólogo é aquele que inverte as relações entre ideal e real, é que taxaram a ideologia como um “sistema de ideias condenadas a desconhecer a sua relação real com a realidade”.²¹

Deixando de lado o sentido do termo ideologia, a verdade é que, com o início da sociedade industrial, a exploração da mão de obra abafa conceitos de personalismo e a realidade registra a coisificação do ser humano, de tal arte que, novamente, a inspiração cristã aclarará o sentido da existência no mundo do trabalho, revigorando o postulado ético da existência da pessoa no ser do trabalhador e o irrenunciável respeito que se lhe deve observar nos contratos de emprego.

Mas em pouco tempo, os regimes totalitários se sedimentam e passam a cooptar cidadãos para atingimento dos fins dos Estados fortes e rijos, e a instituição que era meio para atingimento de fins pessoais, torna-se fim em si mesmo.

Com a derrota dos regimes totalitários, a resposta alemã à sede de justiça exsurge do Tribunal de Nuremberg, já que por meio de tal Corte de Exceção, e exortando um valor que seria superior a todo o direito instituído, foram acusados e condenados os algozes que enfileiraram o regime nazista.

A escola de Frankfurt, que trouxe a teoria crítica, foi uma das grandes tentativas de alertar a sociedade do processo de alienação em que vivia, num mundo onde havia uma confiança cega na ciência, num juiz neutro que vai aplicar a lei tal qual ela foi formulada sem o estigma da vontade. Tal escola somente criticava sem apresentar uma satisfação ou resposta

¹⁹ FILHO, Roberto Lyra. **O que é Direito**. São Paulo: editora Brasiliense, 2006, p. 8-9

²⁰ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Editora Brasiliense. 2012. P. 28

²¹ CHAUI, Marilena. **O que é ideologia?** São Paulo: Editora Brasiliense. 2012. P. 31

ao problema. A teoria crítica parava na denúncia da ideologia, da alienação, da inconsciência como ato de escolha e vontade e não neutralidade.

Os integrantes da escola de Frankfurt, em especial Adorno, Horkheimer e Marcuse, nas palavras de Ricardo Castilho, “consideravam que a sociedade alemã havia atingido o que se poderia chamar de sociedade de massas – ou sociedade totalmente administrada com as pessoas voltadas para o individualismo, acomodadas e presas à rotina”.²²

Adorno escreveu sobre a indústria cultural, manifestando que as artes poderiam ser um instrumento de emancipação do povo desde que não estivessem sob o monopólio de empresários que visavam exclusivamente o lucro. Acreditava que o rádio e o cinema não passavam de negócios. Longe de ser arte, os chamando de elementos de “indústria cultural”, e que serviam para uniformizar a forma de agir e pensar, ou seja, instrumentos de massificação.²³

Segundo Elias Canetti o homem teme o desconhecido, por isso evita o contato com tudo o que lhe parece estranho. Tal medo desaparece quando os indivíduos estão em massa na medida em que o outro se transforma em um prolongamento dele próprio. Neste panorama todos se igualam e “subitamente, tudo se passa então como que no interior de um único corpo”²⁴. Nas palavras do autor:

Talvez essa seja um das razões pelas quais a massa busca concentrar-se de maneira tão densa: ela deseja libertar-se tão completamente quanto possível do temor individual do contato. Quanto mais energeticamente os homens se apertarem uns contra os outros, tanto mais seguros eles se sentirão de não se temerem mutuamente²⁵

O Direito permanece como um amontoado de normas que teoricamente são fruto da vontade social. O pacote legislativo faz parte do repertório ideológico do Direito, que na sociedade dividida em uma classe que domina os meios de produção e, portanto, centraliza o processo racional de criação das leis e de outro o trabalhador que faz parte de uma cultura massificada cujo sentido da vida é o consumo de produtos descartáveis.

O consumo está diretamente relacionado com o trabalho. Em uma sociedade composta essencialmente do labor para a realização das necessidades da pessoa, o ser humano torna-se escravo do consumo, não só de necessidades inerentes ao corpo, mas de outras que acabam sendo guinadas à categoria de fundamentais mas que, em realidade, são descartáveis e supérfluas:

²² CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. P.188

²³ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. P.189-190

²⁴ CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. Tradução: Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 13.

²⁵ CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. Tradução: Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 14.

Diz-se frequentemente que vivemos em uma sociedade de consumidores, e uma vez que, como vimos, o trabalho e o consumo são apenas dois estágios do mesmo processo, imposto ao homem pela necessidade da vida, isso é somente outro modo de dizer que vivemos em uma sociedade de trabalhadores.²⁶

A autora destaca que, ao contrário do pensamento Marxista, o tempo livre do ser humano é utilizado para o consumo, e quanto maior é o tempo que ele dispõe mais desejos são emergidos; o resultado é que esses desejos são cada vez mais requintados, fugindo das necessidades básicas da vida mas nas “superfluidades da vida”.²⁷

Portanto, o direito serve a um sistema capitalista de consumo, no qual as pessoas acabam escravizadas em papéis direcionados cada vez mais para o consumo de coisas que não fazem parte da necessidade básica da vida. O consumo volta-se para aquilo que efetivamente não faz parte da natureza humana, mas de coisas supérfluas que equivocadamente aderem às necessidades diárias de um número cada vez maior de pessoas.

As normas facilitam a aquisição: o ser humano participante de um processo de produção não consegue identifica-se no produto final. O resultado é que ele acaba adquirindo o produto por um preço bem mais elevado que o custo de sua produção. A facilitação de aquisição por mecanismo de crédito e financiamentos, aliada às normas que supostamente protegem os consumidores no negócio jurídico, acabam alimentando a sociedade capitalista. Tudo é rapidamente descartável.

4. A DIGNIDADE HUMANA COMO ENCONTRO DE SER E DEVER SER

Sabe-se que o texto constitucional fixa o valor da dignidade da pessoa humana como centro de toda a normatividade jurídica, compondo o signo fundamental dos Estados Democráticos de Direito, inclusive o brasileiro.

Ocorre que o conceito de dignidade humana está associado ao personalismo ético, cujo enunciado foi desenvolvido pela doutrina cristã, já com Agostinho, e posteriormente, de forma portentosa, com Tomás de Aquino.

Na modernidade o conceito de dignidade humana foi explorado nas teorias de Kant que, a despeito de professar o valor da pessoa humana, considerando a sua singularidade e salientando que o preço não poderia avaliar uma pessoa, fazia uma abrupta divisão ente o

²⁶ ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 156

²⁷ ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 166

mundo do ser e o mundo dos valores, ao seu juízo, alocado no campo das ideais (da razão universal).

Para Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade é a

Qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁸.

Basta ser pessoa para que se tenha dignidade, sendo um valor intrínseco ao ser humano. “O ser do homem é exigente, sim, mas é-o sendo um ser finalista, isto é, um ser que tende para a perfeição, que é o fim. O Fim está no ser, em forma de ordenação para o fim, como o seu princípio constitutivo”.²⁹

Para Kant:

O homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado ao mesmo tempo como fim. Todos os objetos das inclinações têm somente valor condicional, pois que, se as inclinações, e as necessidades que delas derivam, não existissem, o objeto delas seria destituído de valor.³⁰

A finalidade do direito é a emancipação do ser humano. A dignidade então se apresenta ao ser realizado ou em vias de realização. “quando a dignidade do homem se estabelece no ser – sem relação ao ser melhor, ao fim – destrói-se a dignidade, pois fica vazia de conteúdo”.³¹ Todo homem é um ser digno, portanto, se tiver uma tendência para a perfeição.

O homem quando foge do seu fim, isto é, de sua tendência para a perfeição, conseqüentemente abandona o processo de emancipação em busca de sua dignidade e, dessa maneira, à margem dessa ordem existe apenas indignidade.³²

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

²⁹ HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. RES editora, p. 139

³⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 28.

³¹ HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. RES editora, p. 140

³² HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. RES editora, p. 140

A dignidade foi trazida nos textos constitucionais, tendo previsão no art. 1º da CF/88. Entretanto sua amplitude é maior que o conceito jurídico. A realização do homem em busca de sua perfeição constitui verdadeiro fim do direito, que é o fim do próprio homem. Esse fim somente deverá ser buscado se o homem deixar sua posição não participativa compositiva da cultura massificada e deliberar socialmente para sua evolução.

O direito, assim, deve estar centralizado na ontologia humana e não simplesmente servir como manutenção do status de exploração social na realidade dividida entre os que dominam o meio de produção, e portanto o Estado, e aqueles que apenas comem produtos descartáveis e vêem como único sentido esse consumismo, deixando de lado sua própria emancipação como ser humano em busca de perfeição.

Nas palavras de Stuart Hall:

O ser humano sociológico refletia a uma crescente complexidade do mundo moderno e a consciência de que este núcleo interior do sujeito não era autônomo e autossuficiente, mas era formado na relação com outras pessoas importantes para ele, que mediavam para o sujeito os valores, sentidos e símbolos - a cultura – dos mundos que ele/ela habitava.³³

O ser humano, ainda que tenha um núcleo interior ou uma essência, nessa busca por sua perfeição é formado e modificado num diálogo permanente com “mundos culturais exteriores e as identidades que esses mundos oferecem”; quando projetamos em nós as identidades culturais, simultaneamente “internalizamos seus valores e tornando-os parte de nós”, contribui para alinhar nossos sentimentos subjetivos com os lugares objetivos que ocupamos no mundo social e cultural”.³⁴

Importante, assim, é o discurso no processo emancipatório do ser humano, isto é, por meio de uma participação popular nos processos legislativos teríamos uma possibilidade de fazer um direito mais efetivo. Surge a teoria da ética do discurso, que é uma forma de o sujeito, por meio de um diálogo, escolher situações que podem mudar o panorama social e concretizar valores morais.

Um dos filósofos que trabalha o agir comunicativo é Habermas. Para o estudioso existe um novo panorama social, dividido em mundo da vida e sistema. O mundo da vida é um ambiente social formado por uma sociedade complexa, que possui uma série de demandas (religiosas, sexuais, genéticas etc). O Mundo da vida não pode correr riscos e o direito através

³³ HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2011. P. 11

³⁴ HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.p. 12

dos diálogos consensuais seleciona comportamentos condutas que vão garantir a facilitação da comunicação entre as diversas complexidades. O agir comunicativo abre oportunidades para um “entendimento em sentido abrangente, não restritivo”.³⁵

Ao lado do mundo da vida está o sistema capitalista: o sujeito perde o real sentido de sua existência – de emancipação (e para qual existe o direito) para fazer parte de uma engrenagem composta de produção e consumo de bens descartáveis.

O direito é a estrutura na qual as pessoas possam ter uma certeza de que o permitido e o proibido são fruto de sua vontade, por meio do diálogo. A norma jurídica é o equacionamento por meio de sistema daquilo que devemos ou não cumprir. Todo processo de seleção é uma exigência de um consenso comunitário. Entre os conflitos estabelece-se mecanismos racionais de diálogo que chamado por Habermas de esfera pública. Mas para que essas pessoas cheguem à esfera pública, é necessário que tenham capacidade de se comunicar; ou seja, deve ter autonomia privada, sem vícios de qualquer parte.

Habermas propõe então uma maior participação social por meio da sua teoria Ética do discurso: pressupõe que todos os interlocutores venham imbuídos de muita ética para discursar. Ele queria detrair a ideologia porque devemos ser éticos. Partindo-se da idéia de que existe previamente um respeito recíproco entre os sujeitos que integram uma mesma comunidade, baseados em regras de boa convivência, o discurso passa a ser um método de socialização e conseqüentemente produção efetiva do direito.³⁶

O renomado autor sofreu inspiração de Kant e por isso também acredita em condutas e normas de caráter universal, sendo que as pessoas deveriam agir de tal forma que sua conduta fosse considerada como um princípio universal. Se todos devem ser éticos todos chegarão a universalização da ética - Imperativo categórico: valores éticos que transcendem aspectos culturais.³⁷

O desenvolvimento do direito é feito pela comunicação segundo Habermas. O homem se comunica e tem consciência de que se comunica, mas a comunicação é fruto da diferenciação das funções dentro do sistema. A comunicação é fundamental como processo de evolução do próprio existir do homem; é uma questão necessária, sendo que o homem possui

³⁵ SCHAFER, Walter Reese. **Compreender Habermas**. Tradução Vilmar Schneider Petrópolis: Vozes: 2012. P. 46

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991. P. 146-148

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991. P. 35-39

estágios morais (consciência moral) e por meio da comunicação poderá ocorrer uma homogeneização de pensamentos.³⁸

A liberdade deixa de ser pensamento e passa a ser liberdade substância. Ou seja, na fala, na participação, no debate, o sentido da liberdade adquire uma substancialização que é a liberdade participativa e emancipatória.

O processo legiferante é o consenso deliberativo, sendo que o discurso é o fundamento de validade e efetividade do direito. Existe uma democracia no processo de socialização dos indivíduos. Portanto, há um compartilhamento dos mesmos valores, o reconhecimento do outro, o mesmo mundo da vida que é a solidariedade: “há uma preocupação com o bem estar do próximo”.³⁹

Habermas desenvolve uma teoria da argumentação para dar validade ao Direito, a partir da participação popular na elaboração normativa. Como herança de Kant, é adepto de uma moral universal, mas sem deixar de considerar as éticas de determinada cultura:

O ponto de vista moral distingue-se dos costumes concretos, em função de um alargamento idealizante e inversão das perspectivas de interpretação ligadas a formas de vidas particulares, culturalmente estabelecidas e resultantes dos processos individuais de formação.⁴⁰

Destaca-se que apesar do processo participativo da sociedade, efetivado por meio do discurso, Habermas não menciona sobre a possibilidade dos meios de comunicação influenciarem negativamente a opinião popular, o que contaminaria o discurso.

Sendo assim, o homem criou a técnica e agora ele está trágico pela sua própria criação. Sem assumir a responsabilidade pelo artifício que criou. O sistema jurídico deveria ser a ligação entre o mundo da vida e o sistema, mas ele passou a fazer parte do sistema, porque os detentores dos instrumentos do saber utilizam da criação racional de leis para atender seu próprio interesse. O direito é a ponte entre a práxis comunicativa e o sistema procedimental. A sociedade deverá emancipar em liberdade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existem princípios gerais do direito que são princípios sinderéticos e devem ser seguidos em qualquer ordenamento jurídico. Entretanto o ser humano não tem a plena capacidade de conhecer plenamente os referido princípios, mas ele vai traduzir isso em direito

³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991. P. 51-55

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.p. 69-70

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.p 152

positivo. O grande problema do direito positivo é que nem sempre representam a transcrição dos valores da natureza, seja por incapacidade de alguns ou até pela falta interesse nessa tarefa pela classe dominante.

Na pessoa há o centro, a causa e o fim de todo Direito. O Direito existe para o fim de emancipação da pessoa que tende para sua perfeição. O direito positivo é uma tradução, e não uma criação, da natureza, e o ser humano deve transcrever isso para o direito positivo. Daí a importância de ambos os direitos: natural e positivo.

A finalidade do direito é no sentido do justo e portanto para a construção da dignidade. É necessário que a comunidade tenha reservado a esfera de participação para relevar valores comunitários e da própria natureza, evitando-se que seja um produto de poder e de uma ideologia.

A sociedade encontra-se massificada em volta de uma cultura consumista, alienado quanto seu próprio sentido de existência, que por medo e pela manipulação da mídia permanece nessa alienação. Deve-se, portanto, reservar um espaço para a participação popular no processo de tradução do direito, pois somente assim será possível aliar uma conduta moral com as éticas de cada cultura, concretizando-se a justiça.

6 REFERÊNCIAS

ARENT, HANNA. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Icone, 2006

CHAUÍ, Marilena. **O Que é Ideologia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2012

CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. Tradução: Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2011

HERVADA, Javier. **Crítica Introdutória ao Direito Natural**. Portugal: RES editora

HOBBS, Thomas. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LYRA FILHO, Roberto. **O Que é Direito**. São Paulo: editora Brasiliense, 2006

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça** Tradução: Jussara Simões. Revisão Técnica e da Tradução: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (Coleção Justiça e direito),

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001,

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006