

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

YNES DA SILVA FÉLIX

OSCAR SARLO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Oscar Sarlo, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-367-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Filosofia do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

A obra coletiva que ora apresentamos reúne 15 artigos selecionados e defendidos no Grupo de Trabalho intitulado “FILOSOFIA DO DIREITO I”, durante o XXV Congresso do CONPEDI, ocorrido entre 07 e 10 de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba-PR, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, evento realizado em parceria com o Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

Os trabalhos que compõem esta obra revelam rigor técnico e profundidade, fornecendo ao leitor segura e original fonte de pesquisa. Iniciamos com um debate antigo sobre a moral e o direito, porém agora revisto a partir da proposta parlamentar de conceituar família no artigo “A imposição de uma moral por meio do direito: o que diria Hart sobre o Projeto de Lei nº 6.583/2013?” e seguimos com “A unidade do valor como teoria da interpretação”, “Aparelhos ideológicos de estado: a reforma de governo e a desburocratização”, “As sutilezas do poder: revisitando o conceito de estado de exceção à luz de Giorgio Agamben”, “Crítica multiculturalista ao liberalismo igualitário: contribuição a partir do pensamento de Charles Taylor”, “Direito e interdisciplinaridade: o direito das minorias linguísticas na perspectiva da filosofia da linguagem”, “Direitos humanos (pós-humanos)? Aproximações de fundamentação a partir da filosofia da tecnologia”, “Direitos humanos entre universalismo e multiculturalismo: alternativas fornecidas pela pesquisa racional fundada na tradição”, “Ética, moral e direito: um diálogo com Émile Durkheim”, “Lugar epistemológico da coação no Direito”, “O sentido da existência e o papel do direito no projeto de vida”, “Proatividade interpretativa do Judiciário e teoria crítica”, “Thomas Hobbes: um estudo a partir de Norberto Bobbio”, “Tolerância, razão pública e liberdade de expressão em “o liberalismo político” de John Rawls”, findando com “Um acerto de contas entre o Direito e a Filosofia”.

Conforme podemos constatar, todos os trabalhos apresentam grande relevância para a pesquisa jurídica e mostram preocupação em fazer uma leitura da realidade e do direito fundamentada nos mais notáveis filósofos, perpassando por textos e autores clássicos e chegando aos contemporâneos, com desenvoltura para refletir, questionar e propor alternativas.

Nesse sentido, enxergamos nas diversas análises e ideias debatidas no GT que a presente obra contribuirá definitivamente para a pesquisa científica no direito. Tenhamos todos uma excelente leitura!

Coordenadores:

Oscar Sarlo – Facultad de Derecho/Universidad de la República

Ynes da Silva Félix – Fadir/UFMS

O SENTIDO DA EXISTÊNCIA E O PAPEL DO DIREITO NO PROJETO DE VIDA

LE SENS DE L'EXISTENCE ET LE ROLE DROIT AU PROJET DE VIE

Alessandro Severino Valler Zenni

Resumo

O direito contemporâneo evolui na mais alta racionalidade estratégica moderna, disposto a sequestrar a dignidade humana, decidindo sobre a corporeidade e as ações pessoais, enxugando na ambivalência proibido-permitido ou na axiologia ideológica o sentido transcendente de ser pessoa. A formulação proposta é o resgate dos valores culturais caros à humanização do homem, sobretudo a recuperação da metafísica, componente da filosofia clássica, que emprenhou o cristianismo primitivo com insubmissão aos papéis sociais e as formas prontas definidas pelo poder (não não ser). Somente assim, o homo sacer atual, poderá reconquistar a autotranscendência como caris da pessoa e sua dignidade.

Palavras-chave: Direito, Modernidade, Homo sacer, Metafísica, Potência de não não ser

Abstract/Resumen/Résumé

Le droit contemporain promene stratégiquement dans la modernité, prêt à castrer la dignité humaine, de décider de la corporéité et les actions personnelles, flétissure dans l'ambivalence interdite-permis ou pour axiologie idéologique le sens transcendant d'être personnel. La proposition est que les valeurs culturelles chers à l'humanisation, en particulier la reprise de la métaphysique qui fait partie de la philosophie classique et imprégnée du christianisme primitif d'insubordination aux rôles sociaux et formulaires prêts définis par le pouvoir, surtout pas ne pas être . Seulement ce sens homo sacer présente, peut retrouver le transcendence de de personne et de sa haute dignité.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Droit, Modernité, Homo sacer, Métaphysique, Puissance ne pas être

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em testilha visa apresentar as formas de vida designadas pela cultura no processo civilizatório.

A redução do sentido da vida à corporeidade é produto de cultura recente, remonta à modernidade, e encontra um pacote de instrumentalização à manutenção da pobreza ontológica do humano, ditado pela ciência, seja no método que suscita o conhecimento racional, seja nas mitologias travestidas de teorias que esboroam valores tradicionais que sedimentam o ser do humano.

Se a política coroou o sentido da vida grega, o jurídico figurou como maquinal posto às mãos do soberano romano para decidir, à luz do poder, quem era cidadão e quem era *homo sacer*, o sagrado, insacrificável porém matável.

No cristianismo reluz filosofia de alto valor ontológico na transcendência, no excesso do amor divino, que implicaria no *modus vivendi* dispositivado, ou seja, desconectado de qualquer papel ou atribuição político-jurídica imposto ou engendrado, nos termos "aja como se não" e "faça uso", largamente adotados em Paulo.

Ocorre que os tempos modernos propõem a ruptura com as mitologias e o mítico, sugere um Deus de foro íntimo e no seu lugar alça o Estado como engrenagem de salvação à espécie "a-bando-nada", constituída pela teoria do contrato social. Hobbes, explicitará a estratégia do ajuste e as razões da existência do Leviatã, menos por intenção de contratar, mais por temor da violência.

O direito moderno é consignado, então, como catálogo de normas que incensam desiguais tornando-os uniformes, proprietários, aptos a participar no espaço "social" do mercado. A justiça é reduzida às formas prontas implantadas pela norma, e sob epíteto de que todo o poder emana do povo.

Com a teoria dos direitos fundamentais vislumbrar-se-á uma instrumentalização rija do sistema que coifa pessoas e as reduz à corpos docilizados, inseridos nos cálculos do poder, insacrificáveis diante dos direitos humanos, matáveis nas estratégias do poder, a chamada biopolítica ou tanatopolítica.

O funcionalismo sistêmico trazido pela mais elevada racionalidade social escoimará, de uma vez por todas, o imaterial, os motivos e fins da ação humana, laborando com perturbações e equilíbrio sistêmico, fazendo do direito tecnológica de excelência na manipulação de corpos, seja pela ambivalência das normas (proibido e permitido) seja pela orquestração da hermenêutica ideologizada.

Termina o estudo por apresentar alternativa na metafísica com a potência de não não ser e a violência divina, sugerindo postura de disposição (desconexão) da pessoa em relação ao direito positivo, para, em seu lugar brotar uma physis natural de inclinações ao justo, ético, belo e verdadeiro.

2. A CULTURA DA VIDA E O SENTIDO DO CORPO NA CONTEMPORANEIDADE

Se a história da humanidade apresenta ciclos de cultura em que a vida se subdivide em sentido qualificado e resto de vida, já na Antiguidade Grega, na visão de Aristóteles (2007), o ser humano e o sentido da vida eram partilhados, a vida qualificada, cujo cariz de natureza política constituía-lhe de significado, e a vida desqualificada que se reduzia a corporeidade e a crueza na labuta para a contenção instintiva e as pulsões animais no plano privado.

Portanto, zoé, como pura existência orgânica e biológica, representa a indiferença e a pobreza ontológica do animal humano, enquanto bios definirá o homem político que faz parte da ágora, na esfera pública, participando da administração e os destinos da pólis, complementando o filósofo Aristóteles (2007), que a racionalidade é léxico, discursivo, portanto, e só por essa razão se pode supor a liberdade do ser humano, e à margem do discurso resta-lhe uma situação vegetativa, de pura necessidade física.

A segunda fase da civilização humana é marcada pelo domínio de Roma, ainda na Antiguidade, e que registra, igualmente, uma divisão entre a vida qualificada e significada de sentido e uma vida nua. Como se sabe, os romanos não foram grandes

filósofos ou políticos, aplicando em bloco a sabedoria grega ao espaço de Roma, com as infusões do estoicismo e do epicurismo.

Igualmente, coube aos romanos constituir a autonomia do direito, apartando-o da filosofia e da política, erigindo-lhe com propriedades específicas, que, ao final, repercutiram nas duas maiores escolas de direito que se espargem pelo globo, seja a civil Law seja a Common Law. Conceitos peculiares de jurisprudente (juízes prudentes), regras de Direito (lugares comuns - tópicos jurídicos reconhecidos pela comunidade jurídica) e a codificação (Institutas, Digesto) são algumas das heranças deixadas pelo romanismo.

Mas, conforme Agamben (2010), o que se afigura relevante para definição da vida, à luz do Direito Romano então vigente, é a categoria do homo sacer, o homem sagrado, mas, ao mesmo tempo, matável, que surge no corpo daquele que é desqualificado no projeto de vida e passa a viver a nudez da corporeidade, sem a possibilidade de ser executado pelos Oficiais romanos, a despeito de ter a vida em periclitacão por qualquer integrante da Civitas, sem que aquele que o detraísse pudesse ser processado e condenado pela prática delitativa.

Com efeito, está no Direito Romano a possibilidade de aquisicão de vida qualificada, porquanto lhe cabe reconhecer o ente humano como personalidade, capaz de contrair direitos e assumir obrigações, ou seja, ser sujeito na esfera jurídica é ter consideracão de sujeito vivente significado. Mas é em nome do mesmo Direito que o Poder Soberano, pode determinar a perda da característica de sujeito àquele ser humano, pondo-o na condicão de homo sacer, um corpo nu que perambula aos arrabaldes de Roma, submetido à periculosidade da subtraçã da vida por qualquer cidadão, sem que isso pudesse representar crime, afinal, como sacer, tornava-se "matável" na expressã peculiar de Agamben (2010).

Quando Michel Foucault (2005) registra a historiografia da civilizacão, e procura trabalhar o conceito de biopolítica, supõe a administracão dos corpos dos cidadãos do contrato social pelo poder soberano do Estado, a guisa das imprecações ao homo sacer do Direito Romano, embora o filósofo francês amplie as teias do poder trabalhando-o como rede em que todos são ao mesmo tempo detentores e submetidos ao poder.

Agamben (2010, p.89) explica que um aspecto digno de consideração, a propósito, a origem desse poder de destituir a personalidade, tornando um cidadão de vida qualificada em mera corporeidade em nudez, matável e insacrificável, algo que parte do Poder Soberano, já se encontrava na própria estrutura da família romana, quando o pater, responsável pela gestão do lar, destituía o filho de sua qualificação jurídica, podendo exterminá-lo, e a fonte dessa deposição se faz presente nos costumes e no reconhecimento jurídico de tal expediente no vetusto direito romanista (*vitae necisque potestas*).

A filosofia cristã, outrossim, vai fundar um novel modelo absolutamente antípoda aos paradigmas até então sedimentados. Se se mantém a cultura de vida repartida, uma prehe de sentido e outra sem maiores significados, a formulação crística é de inclusão entre todos os seres, fundando-se a noção de pessoa numa acepção diversa da *persona* garantida pelo direito romano, típica figura criada pelo direito a partir da máscara no teatro, e que destaca o papel social a partir do qual o sujeito contrairá direitos e obrigações.

O sagrado será conotado ao corpo, como templo do Espírito, uma espécie de suporte da divindade sobre o qual não se pode tocar, embora a qualificação da vida esteja, sob o auspício da *parusia*, na espera do retorno de Cristo, e, portanto, é na devoção à espiritualidade que se encontra a sublimação do existir, a reivindicação do amor de Deus, enquanto que a carne, como modelo de vida (plena dedicação à materialidade) apresentará a vida empobrecida, nos ensinamentos de Agamben (2016). Não se pode confundir, entrementes, vida da carne, como a propriedade físico-corporal, e por si só, uma vida marcada pelo vício. A vida de pecado não se assemelha à mundanidade, senão pelo existir sem ocupar-se, angustiar-se em face à reivindicação do amor divino. É a convocação à transcendência da Deidade na espera do retorno do Cristo que plenifica e confere sentido à vida.

Há se ressaltar na leitura agambeniana (2016) que esse amor divino recruta toda humanidade e uma lei cristã perpassa o direito judaico fazendo a inserção dos indiferentes, da prostituta, publicano, sequelado, não circuncidado, de sorte que na

convocação ao sentido da vida nada garante a plenitude do existir, tanto que, aludindo à carta de Paulo aos Romanos, suscitam-se duas expressões emblemáticas daqueles que ouvem a revocação: "aja como se não" e "faça uso", a primeira no sentido de que qualquer posição social ou condição conduz à transcendência, ser judeu, homem, fariseu, ter posses são inscrições da mundanidade que não implicam, automaticamente, em vida repleta, assim como a propriedade, os títulos e as honras não de ser utilizadas sem vocação dominial, porquanto, igualmente, não dirigem à sanção da angústia existencial.

Em realidade, em Cristo há uma tripla ruptura com a cultura tradicional até então enfeixada. A sabedoria grega à luz do cristianismo é loucura e escândalo, *a fortiori* pela afirmação de que o mandamento do amor se dirige, também, ao inimigo e que Deus, na sua oblatividade, deixou-se matar. O judaísmo e sua dogmática são refundados pelas ensinanças cristãs, à medida que justiça e perdão são adjungidos a inclusão de todos, os não judeus são parte da *eclésia*, a comunidade dos chamados, que tem como premissa o pacto, a confiança, antes de qualquer lei. Finalmente, em relação à tradição romanística, a pequenez do Messias é que constitui a sua fortaleza em assimetria com o poder e a grandeza do soberano romano, como esclarece Agamben (2016).

Sobressai da filosofia de Cristo o emblema do amor, sopro do Espírito, que adiante, na explicação da Trindade, no Concílio de Niceia, exprimirá a implicação entre Pai, Filho e Amor, onde a Deidade se fará presente nas três Pessoas, porém só poderá esclarecer Deus Pai na relação, de acordo com Cesaréia (2002). Se todos os humanos são *Imago Dei*, razão e liberdade de criar plasman-lhes dos atributos da divindade, sem embargo de que na inclusão de todos na comunidade dos eleitos, o elo de confiança e a relação de amor, como *supra eticidade*, face à característica *dadivosa*, marcam a solidariedade humana - a *causa amoris* - de que são imantados como elucida Aquino (2006).

Ocorre que a modernidade subtrai à espécie humana a tradição e a vereda da transcendência até então sedimentadas. A razão, segundo Villey (2007), pautará a conduta do homem no sentido de consolidar-se um mundo ordenado a partir do caos, portanto o recurso à imanência e a substituição do *ethos* pela lei, de Deus pelo Estado, e uma racionalidade dirigida ao progresso da espécie humana.

Mas, o recorte mais radical que se pôde vislumbrar a partir da modernidade marca o hiato ideal e real, racional e corporal, inaugurado com Descartes (2005) na divisão res cogitans e a res extensa. Além de o racionalista francês conspurcar a verdade confinando-a à certeza metódica, relega ao ocaso a corporeidade que, imediatamente é tomada como plenitude de sentido à vida na teoria empirista, marcando os flancos do Leviatan Hobbesiano.

Sem descurar do projeto moderno arquitetado pela ideologia burguesa de progresso e inserção social, Locke proporá que a corporeidade que desenvolve o trabalho lança a centelha à aquisição da propriedade privada e, conseqüentemente, legitima o lucro, até então classificados pelo catolicismo como pecado capital. Aliás, o social que sublima o humano é cambiado em mercado (relações de mercancia) onde os negócios são celebrados pela manifestação da liberdade no ato de contratar, segundo Ferraz Junior (2007).

O trabalho do animal faber, na alusão de Hanna Arendt (2014), suporá uma dimensão de propriedade de energia de trabalho ao laborista, embora fique evidenciado no exercício da faina uma práxis que se esgota no puro suprimento orgânico e corporal das necessidades vitais. Ou seja, o trabalho moderno não fará mais do que marcar relevo à corporeidade e o esgotamento das necessidades vitais na ação.

Reforçando a matriz da corporeidade, Agamben (2010, p. 104) alude à Hobbes e sua teoria de que o homo lupus perverso e egoísta frui de liberdade e é proprietário do seu corpo, cuja corporeidade é demovida por desejos e instintos gerando o caos e a violência que conclamam a razão à fundação do contrato social conferindo ao soberano o poder de gerir o homem ferino inserido na cidade, ou seja, do estado de exceção e vida nua da natureza, passa-se a homo sacer na cidade controlado pelo soberano.

Diferentemente dos outros contratualistas, sobretudo Locke e Rousseau, Hobbes articulará o contrato social mais a partir do medo do cidadão, do que propriamente de sua autonomia e liberdade. A violência potencial preme os homens a admitir uma gestão do soberano, com renúncia quase absoluta às liberdades, ressalvada a vida como bem intocável sobre o qual o Leviatan não dispõe de poder algum.

Ferraz Junior (2009, p. 172) complementa que o interesse do Estado na vida corporal do cidadão passa a ser a pedra de toque do mundo moderno, inicialmente para conquistas geográficas com a profusão dos exércitos empreendidos nas disputas territoriais. A alimentação e a integridade física da comunidade passam a ser inserida nos cálculos do soberano e gestor do Estado moderno.

Posteriormente, o positivismo sociológico aprofunda a dimensão do progresso histórico da humanidade, com o coroamento da ciência, desencadeando a industrialização no mundo do trabalho e o controle da máquina sobre o corpo e os movimentos do trabalhador. Os resultados expressivos das experiências científicas vão precisar o *modus vivendi* da sociedade dirigindo-lhes as ações, controlando-lhes ações, projetos e estimativas.

A ciência absorverá completamente os valores da humanidade e consorciada ao capitalismo orquestrará o comportamento humano, fazendo surgir a expressão celebre de Agamben de que no Estado Soberano o cidadão é um *homo sacer* insacriável, digno de proteção pelos direitos humanos e, a um só tempo, matável, derrelicto e atomizado na massificação social. (ZENNI, 2008, p. 82)

O corpo define a vida, e a razão instrumental, presente a um só tempo no sistema capitalista e na burocracia do Estado, estabelece qual a ação humana conforme o projeto de bem comum arquitetado pelo poder. A universalização dos direitos humanos, projeto político assumido pelas revoluções burguesas retira a humanização do homem em virtude da uniformização coletivizada a que é submetido com a neutralização ideológica empregada pela teoria dos direitos subjetivos que arrefecem os ânimos na distribuição equalizada de supostos direitos exurgidos das normas, a fortiori constitucionalizadas.

3 O PROBLEMA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE O HOMO SACER

Como se anotou alhures, a modernidade resume a vida ao corpo e torna o Estado, na filosofia da propriedade e da livre iniciativa, típicas no fenômeno burguês, gestor do *homo sacer*, instituindo nos cálculos e nas estratégias do soberano as vidas insacriáveis, porém matáveis.

A articulação da teoria dos direitos humanos, sob matiz metafísico kantiano, cujas características basilares se opõem radicalmente ao humanismo integral de metafísica clássica, enseja um controle absoluto dos indivíduos sob ideologia das liberdades públicas e das gerações-dimensões dos direitos fundamentais.

Está no projeto kantiano do formalismo jurídico a possibilidade de enxertamento de quaisquer conteúdos nas normas e conceitos de direito, cuja extensão ou dimensão podem ser feitos pela hermenêutica ao sabor da equalização sistêmica. A renúncia ao conhecimento *nomenum* e os apriorismos da racionalidade, como válvulas de organização da realidade, associados ao imperativo categórico da ética universal de Kant marcam a absoluta extrusão entre ser e dever ser, fazendo com que a teoria dos direitos humanos não passe de suporte ideológico para manter as profundas e ominosas injustiças no plano da realidade como demonstra Zenni (2008).

Pois bem, a proposição do bem comum sob o mitologema do contrato social, definindo a vontade popular e o ponto culminante da ordem, paz e segurança, descamba à administração dos corpos docilizados, cujo apontamento de Foucault desperta atenção à animalidade do homem a partir da técnica empregada pelo Estado e o soberano.

Sob o auspício dos direitos humanos, convertidos em direitos fundamentais pelo fenômeno da constitucionalização dos direitos, esses corpos dóceis são insacrificáveis vez que protegidos por liberdades públicas e seus desdobramentos em inúmeras gerações, entrementes no sítio da realidade não passam de seres matáveis por olvido do próprio Estado. A biopolítica contemporânea imprime uma conduta soberana curiosa em que se faz viver e se deixa morrer nos ensinamentos de Foucault (2005).

Relevante trazer à colação a indiferença à política denunciada por Arendt (1999), do cidadão do Estado moderno, que vindica mais uma postura negativa do ente público que uma intromissão nas discussões sobre administração da polis. Essa anemia política permite o surgimento de regimes totalitários e atitudes de banalização do mal e perversidades infligidas contra a humanidade, como, por exemplo, o nazismo e seus algozes que, sem assumir responsabilidades pelas atrocidades praticadas referiam-se ao cumprimento estrito de dever legal e dever de subordinação.

Uma vida nua e descomprometida com os fins essencialmente humanos se afigura ideal para o controle do soberano, dando dimensão contemporânea do homo sacer, ou seja, o moderno que seculariza o homem e no lugar da deidade excogita de um Estado que, precedendo o pacto de confiança, fixa a lei implacável e a definição do bem comum, também retira da práxis humana a eudaimonia na política, a participação na praça pública e a liberdade participativa, fazendo-o ser indiferente aos destinos da Polis.

Se o soberano decide sobre a vida dos súditos, resgatando-se em Agamben (2010) as formulações schmittianas sobre a exceção como marca indelével do poder soberano, talhando o direito a partir de um estado de natureza (anteposta à cultura) caótico e violento como mecanismo de controle da pulsão do "bando" para incluí-lo no bojo do Estado, é esse poder que decide sobre a vida que está, a um só tempo, dentro e fora da ordem jurídica.

A razão que configura o mito do contrato valeu-se do artifício do ajuste de vontades, quando em realidade, a situação de notada ausência de normas dá ao soberano o poder de instituir o direito, e a partir disso, configurar a ordem estatal, decidindo sobre as condutas dos súditos, estabelecendo, mesmo, estado de exceção, suspendendo a vigência das normas jurídicas válidas nas hipóteses por ele configuradas. (AGAMBEN, 2004, p. 61)

Na inauguração do contrato o soberano apreende os corpos dos súditos e os projeta para dentro da ordem jurídica conferindo-lhes dimensão política, ressaltada a situação de renúncia metafísica moderna em que o cidadão se conforma com os limites do Estado, em postura de liberdade negativa, ao invés de reivindicar participação no mesmo poder exercido pelo soberano.

Para Agamben (2008), isso configurará o que Benjamim exortou como permanente vivência em estado de exceção, mesmo em regimes democráticos, a fortiori se pensar no formalismo jurídico que admite quaisquer conteúdos de direito, típica formulação kantiana e neokantiana que desaguou no purismo kelseniano e se estende presentemente no funcionalismo sistêmico, cujos conteúdos normativos escoimam de análise os motivos e os fins da ação, dando ênfase exclusiva ao permitido e ao proibido descrito nas leis nas palavras de Zenni (2008).

4. O FUNCIONALISMO JURÍDICO NO SISTÊMA ECONÔMICO-POLÍTICO E A POTÊNCIA DE NÃO ÀS FORMAS PRONTAS

A teoria dos direitos fundamentais que garante a inalienabilidade e irrenunciabilidade dos valores caros à humanidade incrementou-se de artifícios ainda mais portentosos com a plenitude do funcionalismo jurídico.

Os conceitos éticos de que são imantados os dispositivos constitucionais, figurando como esponjas porosas no cenário do sistema social - meio ambiente da vida - têm função capital de produzir resiliências às perturbações sistêmicas, resultantes de tensões entre os sistemas comunicacionais, equacionando grandes lacerações vislumbradas no seio comunitário; trata-se de espécie de assepsia que Luhman imputa ao sistema jurídico, no acoplamento estrutural aos outros sistemas sociais (Luhmann, 1983).

A lógica estratégica do direito, funcionando com esquema binário do permitido e do proibido seleciona as contingências comunicacionais, fixando na sanção o remédio para sanção das tensões sistêmicas. Trata-se de direito hipertrofiado que se antecipa aos males sociais, impede o conflito porque já se antecipa a ele, desestimulando o descumprimento da norma pelo efeito psicológico pujante da hipotética extensão ao caso.

Relativamente aos mandamentos constitucionais, face o halo conceitual de que são formados, o recurso à hermenêutica jurídica opera-se como grande aliada para facilitar a comunicação conflituosa que perambula pelo meio ambiente social, decidindo por axiologia ideológica, uma magia da racionalidade¹, que faz murchar ou expandir o

¹ Na dialética do esclarecimento há denúncia contundente ao esclarecimento e toda sua guinada ao amadurecimento da sociedade racional, que, em tese, erigiu-se para retirar do limbo a humanidade mitologizada. Ocorre, todavia, que os autores apresentam sucessivos artifícios da racionalidade para contornar problemas incontornáveis, cuja válvula funciona à guisa de mito, cimentado pelas teorias da razão, como, por exemplo, o contrato social e a origem popular do poder, o controle que o direito exerce sobre o poder e os limites que o marcam. ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. (1985), *Dialética do Esclarecimento*. Tradução de Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro, Zahar Editores.

sentido e o significado dos valores, como se se produzisse valor a partir do valor (FERRAZ JUNIOR, 2.009).

Também não pode passar incólume a teoria dos direitos fundamentais aventada como modismo na atualidade. Erigido o Estado e o direito a partir do poder constituinte originário, que, na prática, corresponde a um fato político não raro violento, toda dinâmica da criação normativa daqui é subsequente. Bem de ver que nossa Constituição brota de um poder constituinte eleito, entretanto, o poder derivado que encontra contenção nas cláusulas pétreas, passa a operar com axiologia ideológica, e os valores funcionam ao sabor da conveniência e engrenagem sistêmica.

Como produto de decisão do poder, à luz da abordagem de Ferraz Junior (2007), também os direitos fundamentais, positivados, faz uma inclusão excludente, na ambivalência típica do homo sacer, porquanto parte considerável da sociedade (cidadãos) não goza senão de uma existência corporal nua, abandonados ao matável do cárcere, do gueto, dos vícios, embora concebidos portadores de direitos pela racionalidade universalizante.

Agamben (2004) designará o fenômeno de tanatopolítica cuja conceituação diz com a habilidade com que o poder decide sobre quem deve ser mantido em existência e qual haverá de ser deixado ao abandono sob plena égide dos direitos humanos constitucionalizados.

A tese da sacralidade dos direitos fundamentais é inequívoca. Os halos conceituais que exortam uma hermenêutica otimizante, dando preenchimento interpretativo às normas constitucionais e o recurso retórico a teoria do desdobramento em dimensões de direitos humano-fundamentais reforça os argumentos aqui mencionados de que há uma banalização da vida, no plano empírico, já pela indiferença que, em inúmeras circunstâncias o Estado demonstra em relação à pessoa supostamente dotada de dignidade, já pelo murchar axiológico do conceito de pessoa digna adjungido à existencialidade mínima, ou seja, pura manutenção de corporeidade como evidenciam os autores Zenni e Andreato Filho (2010), com fixação de início e fim do existir (vide casos de julgamento da constitucionalidade do art. 4o., da Lei de Biossegurança em que embriões não são vida, ou da inserção de novel hipótese de abortamento em razão de

anencefalia, do art. 128, do CP, ou conjecturas acerca da morte doce por sofrimento ou falência física).

A conjugação entre vida e corpo, pondo à margem e como resto o plano metafísico e contemplativo, a redução da filosofia à ciência, a instrumentalidade sistêmica migrando do econômico ao político, a mitologia do contrato social e a engrenagem ideológica dos direitos fundamentais e suas múltiplas dimensões sem fundamento ontológico, permitem uma analogia entre o homo sacer do direito romano, vivente na exceção declamada pelo poder soberano, e o cidadão contemporâneo anódino e uniformizado, vida nua e sem sentido, malgrado blindada pela Constituição que a galga à sacralidade, sem vedar que o Estado-Poder deixe morrer ou faça viver quando houver conveniência ao equilíbrio sistêmico.

O direito divorciado da metafísica clássica não passará de artefato tecnológico de ideologização das formas de vida e antecipação de mortes corpóreas. Alonga-se o fluxo de tempo da corporeidade que interessa ao sistema econômico-estatal, cuja vida é de pura nudez, reduz-se a expectativa de vida corpórea quando os cálculos de engajamento social se revelam desinteressantes ao mesmo sistema. Eis a tanatopolítica evidenciada em Agamben..

Mais do que isso, está no direito formal a possibilidade de manutenção do *status quo*, porquanto a presunção de igualdade consignada na modernidade associada à liberdade proprietária, faz de todo corpo potencial proprietário, que, no mercado, levado pelas categorias - proprietário meios de produção, proprietário de energia de trabalho, proprietário de prestação de serviços, proprietário do dinheiro para consumir - dilua-se na técnica racional e seja utilizado pela engrenagem do sistema sócio-político-econômico com presumida segurança, ordem e paz por força dos vínculos supostamente assumidos no contrato social.

Ao mesmo instante, com o primor da técnica, no ápice, a tecnologia, todo meio se estabelece para um fim que se converte em meio, para uso, e se nota uma frenética utilidade para o agir no mundo, muito ligada, segundo Agamben (AGAMBEN, 2014, p. 97), a ideia de serviço (servir a - servilidade), próprio do uso do corpo do escravo, na civilização clássica, o que o faz objeto, e, completamos, com todo arsenal da sistêmica

jurídica a garantir essa estratégica, tendo como baldrame princípios éticos entronizados nas normas jurídicas constitucionais, máxime a dignidade da pessoa humana.

O desafio da filosofia do direito, em última *ratio*, está na disposição do direito, amarra tecnológica de manutenção do uso dos corpos, esse aparato notadamente racional, que criado pela modernidade como imanente privilégio da razão humana, faz da espécie prisioneira da própria criação.

Agamben oferece a poiese em substituição ao fazer da práxis, servil, referindo-se ao sentido grego de develamento, arte, ou seja, "*Questa è, a sua volta, spiegata come un pro-durre dalla latenza all'illatenza, dalla non-verità alla verità, nel senso greco di a-letheia, «svelamento, non-nascondimento.»*" (Agamben, 2.014, p.. 98).

No uso do corpo, põe-se o humano como instrumento de utilidade a servir outro humano, na relação tecnológica entre servir e utilizar, e a possibilidade de liberar-se dessa servilidade exige a disposição (no sentido de desligar) da técnica, recorrendo a uma *ars* grega. Enquanto se vislumbra na eficácia instrumental a operação (ação) humana como meio utilitário, "come già Marx aveva notato, ha avuto come conseguenza lo svilimento del lavoro dell'artigiano, che, perdendo la sua abilità tradizionale, si trasforma in uno strumento della macchina" ... "trasformando il celebrante in uno strumento animato, lo separa di fatto dall'impegno personale e dalla responsabilità morale, che non sono più necessarie all' efficacia della prassi sacramentale e restano confinate nella sua interiorità."(AGAMBEN, 2.014, p. 109).

A própria diluição do direito, como pura instrumentalidade, faz do jurista um praxista sacramental cuja operação satisfaz as exigências estatísticas do sistema, retirando-lhe e ao próprio direito sua capacidade transformadora e poiética da construção do mundo pelo valor da justiça. Esvazia-lhe, por conseguinte, o sentido de develamento de pessoa como ente responsável ao mesmo tempo que empobrece o fenômeno jurídico tornando a pessoa um número, dado ou estatística do sistema.

Agamben assinala com a potência do não, ao recordar a metafísica aristotélica lida por Averrois, (AGAMBEN, 2015), quando no personagem de um escritório em Wall Street o escrevente, em sua posição de não agir, dispositiva (dispõe, desconecta) as ordenações recebidas, não não sendo, como se evidenciasse um poder de não fazer algo,

postura ética sintomática para enfrentar as questões contemporâneas à servilidade sistêmica.

Pensamos que a denúncia do uso dos corpos, intermediada pela teoria do direito, , notadamente o funcionalismo jurídico, associada à potência de não, apresenta uma vereda para libertação do aprisionamento que o humano demasiadamente humano impingiu-se ao arvorar-se, na pura imanência da racionalidade, engenharia e instrumentalidade de todas as formas de vida e solução dos problemas humanos.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou apresentar um panorama de sequestro do direito pela razão emancipadora que, operando com a racionalidade sistêmica, trazendo mitos teorizados como o poder popular, a limitação do poder pelo direito, a isonomia entre sujeitos, alimenta uma engrenagem praxista que ocupa-se da centralidade do capitalismo selvagem, ou seja, o fluxo econômico e a apresentação de números, dados e estatísticas travestidos de pessoas dignas, no *locus* comum designado de mercado.

A exposição não aponta para uma sociedade comunista, tampouco supõe que o melhor regime estatal fosse o liberal, senão que informa um direito ressentido de seu fundamento de validade, a justiça, a proporção na divisão de bens sociais, como, ainda, deprava a sua ontologia, medrada na dignidade humana, porquanto ilide qualquer responsabilidade pessoal na descrição normativa, facultando aos sujeitos de direito projetados nos papéis sociais mera adesão, sem qualquer influxo participativo (político discursivo) e mesmo liberdade negativa, conquanto não há aquele que possa resistir ao consumo, ao negócio, ao trabalho e o lucro, as particulares categorias da selvageria capitalista.

Se o ser humano é transcendente por ser pessoa, amplia-se nas relações que estabelece até com o Infinito, supõe confiança e *fide*, aponta ao bem, o belo e a verdade, esse direito funcionalista que apresenta sujeitos abstratos e uniformizados no espaço comum do mercado como proprietários (dos bens de produção, de energia de trabalho), há de ser desmarcado.

A aplicação de castrações axiológicas ao paladar do movimento sistêmico, ora enxugando, ora inflando conceitos ético-jurídicos positivados, labora com a vida corporal - ideologizada de dignidade subsumida à existencialidade mínima - há se ser combatida pela potência de não, ou seja, dispositivar-se do processo de acoplamento que se faz do instrumental ao corporal, negar-se a vestir papel social impostado pelo Estado-Direito, naquilo que Benjamin, seguido por Agamben, designará de violência divina, um resistir sem lutar violentamente.

É contra as formas prontas e a captura dos corpos dóceis pela instrumentalidade jurídica que se pretende opor a resistência não violenta da potência de não ser o que se decide, dispositivar categorias mitologizadas pela razão, que esvanecem o sentido mais profundo de ser pessoa e sublimar sua dignidade.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento. Tradução de Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1.985.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção- Homo Sacer, I, II. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha [Homo Sacer, III]. Coleção Estado de Sítio. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua I. 2. ed. Coleção Humanitas. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

_____. L uso dei corpi. Homo sacer, IV, 2 Vicenza: Neri Pozza, 2.104.

_____. Bartleby, ou da Contingência. Bartleby o Escrevente. Uma História em Wall Street. Tradução de Tomas Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2.015.

_____. O Tempo que Resta: um comentário à carta aos romanos. Coleção: FILO. Tradução de Claudio Oliveira e Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

AQUINO, Tomás. Suma Teológica. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. A condição Humana. 11ª ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARISTÓTELES. Política-Texto Integral. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

CESARÉIA, Eusébio de. História Eclesiástica. Século IV, Livro 3, Capítulo 6. Tradução de Wolfgang Fischer. São Paulo: Novo Século, 2002.

DESCARTES, René. Discurso do Método. Coleção L&PM POCHE. Porto Alegre: L&PM Editores, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Direito Constitucional. São Paulo: Manole, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de Filosofia do Direito. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. 16. ed. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Graal, 2005.

HABERMAS, Jurgen. Discurso Filosófico da Modernidade. São Paulo: Martins e Fontes, 2002.

LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1.993.

VILLEY, Michel. O Direito e os Direitos Humanos. Coleção Justiça e Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2.008.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. ANDREATA FILHO, Daniel Ricardo. A Dignidade da Pessoa Humana na Perspectiva do Direito. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2.010.