

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFES - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-145-6

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Garantias fundamentais. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O II Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”, promoveu a segunda edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 21 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o princípio da dignidade da pessoa humana como força motriz do ordenamento jurídico brasileiro ;a dignidade da pessoa e a necessidade da proteção das minorias; a relativização do direito fundamental à vida e o aborto sentimental: as influências dos setores sociais diante do conflito de direitos fundamentais; cyberbullying: o conceito e a família no processo de prevenção; a proteção de dados pessoais no processo judicial eletrônico como garantia fundamental à privacidade; a liberdade de expressão e o discurso de ódio no brasil; a disciplina legal do direito à privacidade no atual contexto do meio ambiente digital; os direitos da personalidade em colisão com a liberdade de expressão e de imprensa: estudo de caso de remoção de reportagens em prol da honra de ministro do STF; a aplicação do regulamento 2016/679/CE no âmbito da união europeia e Portugal: breve análise sobre o direito a ser esquecido em tempos virtuais; a medida provisória de acesso de dados em tempos de pandemia: o big brother brasileiro; transformação digital e o acesso a internet como direito fundamental; garantia de acesso à informação em casos de tragédias ambientais; capacitismo e reconhecimento em tempos de pandemia: uma análise do biopoder em face dos direitos fundamentais; análise criminal e a reincidência criminal: reflexões para a diminuição da criminalidade; esporte como forma de minimização à violência e a pandemia do covid 19;

direitos fundamentais e a nova lei de abuso de autoridade no âmbito dos policiais militares; direitos fundamentais, teoria e prática: uma análise a partir da forma política estatal do capitalismo; índice de desenvolvimento humano (idh): análise dos direitos fundamentais na seara tributária; a análise econômica do direito aplicada à tributação como forma de concretização dos direitos fundamentais; ativismo judicial e o requisito da incapacidade financeira: análise do tema repetitivo 106 do superior tribunal de justiça; a efetivação do direito fundamental à saúde por meio de decisões do poder judiciário no estado contemporâneo.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2020.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Florianópolis, dezembro de 2020

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>),

conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, TEORIA E PRÁTICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA FORMA POLÍTICA ESTATAL DO CAPITALISMO

FUNDAMENTAL RIGHTS, THEORY AND PRACTICE: AN ANALYSIS BASED ON THE STATE POLITICAL FORM OF CAPITALISM

Marcos Leite Garcia ¹
Victória Faria Barbiero ²

Resumo

O presente artigo tem como objetivo a análise do problema de efetivação dos direitos fundamentais nos Estados atuais, enquanto fruto da lógica da forma política estatal do capitalismo. Para isso, no primeiro capítulo, a pesquisa trata de verificar os direitos fundamentais e o cenário jurídico-político-social que os influenciam, estabelecendo perspectivas reducionistas e questionando sua efetividade. Após, trabalha com a proposta de que a forma política capitalista atual condiciona a existência do Estado como conhecemos hoje, bem como, toda a normatividade constitucional que nele está arraigado. O estudo é realizado por meio de uma abordagem bibliográfica.

Palavras-chave: Capitalismo, Direitos fundamentais, Eficácia, Forma política estatal, Estado de direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the problem of realizing fundamental rights in the current States, as a result of the logic of the state's political form of capitalism. For that, in the first chapter, the research tries to verify the fundamental rights and the legal-political-social scenario that influence them, establishing reductionist perspectives and questioning their effectiveness. Afterwards, it works with the proposal that the current capitalist political form conditions the existence of the State as we know it today, as well as, all the constitutional norms that are rooted in it. The study is carried out using a bibliographic approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Capitalism, Fundamental rights, Efficiency, State political form, Rule of law

¹ Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, mestrado e doutorado, da UNIVALI-SC; Professor do Curso de Mestrado em Direito da Univ. de Passo Fundo-UPF-RS.

² Mestranda em Jurisdição Constitucional e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, da Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES/CNPq. E-mail: 142281@upf.br.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é fazer uma breve exposição dos direitos fundamentais e seu problema de efetividade, analisados sob a óptica do capitalismo e de suas formas sociais.

Em um primeiro momento, busca-se expor elementos da visão dos direitos fundamentais a partir do seu momento (histórico) de constituição e nos fatores que nele subsistem. Ou seja, analisa-se o cenário que essa ideia surgiu, bem como os imaginários e conceitos que permeiam e que andam juntos com o que hoje entendemos por direitos fundamentais, como o contratualismo, liberalismo econômico e o capitalismo, e como esses os condicionam.

No segundo capítulo, passa-se a verificar a forma política estatal constituída na modernidade em sua base, e como o capitalismo cria e condiciona esses instrumentos jurídicos-políticos para a manutenção da própria reprodução capitalista. Assim, tem-se o interesse em relatar a forma política do estatal, assim como analisa o professor Alysson Mascaro em seus estudos, em comparação com as teorias da constituição acima expostas.

Portanto, percebe-se que o problema de efetivação dos direitos fundamentais seguiria a mesma lógica do Estado, assim proposto por Mascaro, em sociedades capitalistas. Um instrumento do capital para que a luta real por direitos fiquem obsoletas, não visualizando totalmente os espaços de dominação e ineficácia. São extremamente necessários, porém, ainda insuficientes se visualizados no seio dos Estados e instituições jurídicas, tomados por uma estrutura castradora e que repele todo o tipo de emancipação e igualdade material.

Trata-se de uma revisão bibliográfica das teorias em análise. Como método de procedimento, optou-se por empregar a técnica de pesquisa de documentação direta e indireta, com revisão de bibliografia nacional e estrangeira.

1. Questões preliminares sobre direitos fundamentais e o cenário jurídico-social nos Estados contemporâneos

A maior dificuldade atualmente no que se refere à temática dos direitos fundamentais e o que ela significa é em relação a sua efetividade. Explica-se: é possível

analisar os direitos fundamentais a partir de três situações, (a) a sua validade ou legitimidade, (b) a sua vigência, no que concerne a sua legalidade no sistema jurídico-positivo, e, por fim, (c) a realidade social, sua prática no dia-a-dia que analisa a efetivação e efetividade de tais direitos na sociedade (GARCIA, 2008, p. 189), e é nesse ponto que o presente ensaio pretende ater-se.

Os direitos fundamentais surgiram após uma série de episódios que marcaram o mundo moderno. Inclusive, não só marcaram o mundo moderno, como também é o próprio objeto incorporado na ideia ou no projeto de sociedade imaginado durante o trânsito à modernidade, que já vinha despertando na idade média e no período da Renascença (PECES-BARBA, 1995, p. 4-7). Comumente, a história atribui à ruptura causada pela Revolução Francesa como o acontecimento central que dá início à modernidade, mas existe uma série de rupturas e revoluções burguesas que nos levaram hoje ao que chamamos de modernidade.

Essas rupturas gradualmente inverteram as relações de soberania e classes dominantes no poder do Estado e da sociedade. Se, por um lado, no Estado absolutista o Rei estava no núcleo do poder, na forma que se expressava a monarquia, por outro, após a Revolução Francesa, às classes burguesas - que detinham a força econômica - passaram a exercer o poder que antes era do rei, em uma lógica capitalista. Enquanto a burguesia permanecia insatisfeita com os benefícios da aristocracia e do rei, sendo que paulatinamente pagavam taxas para satisfazer esses luxos, vivia na França do século XVII uma população empobrecida, doente e com fome. A união de forças insatisfeitas arraigadas em ideias iluministas culminou à revolução (BARROSO, 2013, p. 27).

Claramente, a necessidade histórica de um contraponto político frente ao absolutismo de então, bem como uma busca a uma visão do Estado e da política mais concreta, longe de pressupostos teleológicos, deu vazão à possibilidade de configuração dos Estados de Direito a partir de outra lógica, a contratualista-positivista (MASCARO, 2013, p. 8-9), modelada em um núcleo de direitos e legitimidades dispostos sob a ideia de pacto ou carta político-jurídica fundamental, que, assim, teoricamente, teriam a capacidade de satisfazer os dois lados insatisfeitos.

A partir de um poder constituinte, o constitucionalismo moderno e os direitos fundamentais tiveram como paradigma inicial a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1798, promulgada logo após a queda do rei Luiz XIV na França. O grande paradigma da mudança foi à positivação dessas demandas

jusnaturalistas, ou seja, dos então chamados direitos naturais (PECES-BARBA, 1995, p. 26) por meio da declaração.

Como bem explana Peces-Barba (1995, p. 4-6), os direitos fundamentais também se deram na base de uma ideia de estado de direito, mas não só nisso. Surge uma nova mentalidade do povo, uma nova cultura, uma nova forma de pensar o mundo, em que todos os seres humanos são possuidores de direitos universais e que, em um campo jurídico-político existe uma proteção do cidadão contra o poder do Estado. Dito de outra forma, pela primeira vez na história recente da civilização ocidental a pessoa humana não se enxerga apenas como um subjugado do monarca, do senhor feudal, e até mesmo nas bases cristãs, mas se vê como um indivíduo que aufere certos direitos naturais dentro da sociedade e no campo estatal, que também deveria ser democrático.

O direito, neste momento, teoricamente tenta exercer uma função (que não é a única, sendo objeto análise no próximo capítulo) de singularizar o indivíduo, de desmitificar certas concepções estagnadas do ser (seja qual for sua colocação na sociedade) enquanto pessoa. Torna-se, aos mais positivos e esperançosos, um ponto de resistência e de igualdade geral. Uma promessa de um novo modelo de Estado e de sociedade.

A base liberal dos direitos fundamentais¹ é a primeira, no tempo. Os interesses da burguesia são os preponderantes e o marco teórico tem uma dimensão principalmente negativa, enquadrados em uma função liberal de garantia a uma não interferência na livre autonomia da vontade individual: os direitos individuais e civis, liberdade de pensamento, garantias processuais a fim de proteger a liberdade individual contra o direito penal e processual da monarquia absoluta, e o próprio direito de propriedade, como expressão dos interesses econômicos. O poder é baseado em um contrato cujo limite são os direitos do homem e do cidadão, e a este eixo ainda se encaixa uma afirmação genérica de que “todo poder é inerente ao povo”, ideia e prática que

¹ Nesse sentido, o autor opta pelo termo direitos fundamentais em detrimento de outros, na mesma linha que segue o presente ensaio, no sentido de que expressão é a única capaz de abarcar todo o fenômeno que estamos analisando, em sua integralidade. Ou seja, diferentemente do que ocorre com os direitos humanos que por vezes podem não expressar uma pretensão subjetiva protegida por uma norma jurídica, e de outros termos como liberdades públicas ou direitos políticos, que não abarcam todas as dimensões de direito já inseridas na sociedade, ou de direitos morais e direitos naturais que negam a faceta jurídica dessa classe de direitos, a expressão direitos fundamentais manifestam uma característica moral básica, como também um aspecto jurídico de proteção, e não negando as dimensões de direitos já constituídas na temporalidade dos Estados. A questão não é apenas terminológica, já que essas expressões também condizem com o que se pensava sobre esse fenômeno direitos fundamentais durante os séculos, na época que eram utilizados, até hoje se consolidarem tal como o vemos (PECES-BARBA, 1995, p. 37-38).

teoricamente introduziria a soberania residente na nação (PECES-BARBA, 1995, p. 61-62).

A soberania popular funda o sistema democrático atual, determinada por um poder constituinte, e dispõe um núcleo rígido/duro de vontades/anseios da população que se materializam na categoria dos direitos fundamentais. O núcleo dos direitos fundamentais concedidos na Constituição, enquanto texto, direito posto, é uma estrutura que deve ser interpretada a partir de fundamentos teóricos que condizem com aquilo que a ideia do constitucionalismo na modernidade pretende dispor, inclusive em relação à sua evolução histórica que a cada passo os tornam mais abrangentes e inclusivos. Os direitos fundamentais foram se readequando às reivindicações sociais, e ganharam em seu bojo categorias sociais e mais assistencialistas, com o intuito de promover uma certa redistribuição social, ideia essa que não obteve eficácia total no contemporaneamento.

As negações aos direitos fundamentais que hoje persistem na estrutura estatal política-jurídica vigente são exatamente essas que surgem a partir da lógica liberal. Conforme afirma Peces-Barba (1995, p. 61-67), a incorporação do conceito a cultura política e jurídica acarretou em rejeições aos direitos fundamentais pelo ponto de vista ideológica. O autor se refere aos direitos usados contra os direitos, considerado um “destrutivismo jurídico” servindo como um veículo para desmontar dos direitos fundamentais. Com isso, assinala negações principalmente a partir da própria interpretação doutrinária que se dá a essa categoria de direitos: as liberdades públicas e igualdade formal, garantias necessárias à burguesia, acabam sendo mais importantes do que a análise da igualdade material, como exemplo (PECES-BARBA, 1995, p. 67).

Dito de outro modo, é notável as maneiras de barrar ou deixar menos expostos direitos que não seriam tão interessantes para as classes dominantes, e potencializar os mais relevantes.

Pérez Luño (2013, p. 105-126.) também expôs essa questão ao analisar a fundamentação positivista dos direitos fundamentais. A definição de Constituição parte da lógica de Estado de direito. Esse tipo de Estado tem como objetivo prioritário a garantia, por meio da ciência jurídica, da liberdade dos cidadãos ante o governo, mediante a separação de poderes, o respeito ao princípio da legalidade e a independência dos juízes. Ademais, a estrutura dura e teoricamente inflexível e estável, está arraigada na narrativa básica de salvaguardar a ordem econômico-social. Assim, a Constituição deve ser lida em uma chave de garantia, ou seja, como um instrumento

legal para manter o *status quo* econômico e social. Ademais, o Estado de Direito também está apoiado na proteção dos direitos à propriedade. A manutenção desse sistema enquanto garantia (lida como instrumento legal para garantir bens privados e a ordem econômica), insere a leitura no modo de produção capitalista, que pretende-se destrinchar no capítulo a seguir.

Diante disso, apesar de estarem evidentes como base jurídica da maioria dos Estados ocidentais, além de uma ideia presente no imaginário social, os direitos fundamentais não se efetivaram com o passar dos anos. É evidente o distanciamento entre o que é prescrito na teoria, seja ela doutrinária ou positivada, com a sua prática real. Os direitos fundamentais não são garantia de dignidade humana, liberdade ou igualdade, não garantem educação, alimentação e saúde. Pelo contrário, os abismos sociais progridem, e dividem-nos cada vez mais em uma ínfima classe dos que têm muito, e em muitos outros que quase nada possuem.

Portanto, “o fato é que a validade e a vigência dos direitos não têm sido suficientes para tornar verdadeiramente efetivos os direitos fundamentais” (GARCIA, 2008, p. 197). Ademais,

[...] Ainda que existam algumas teorias contrárias aos direitos fundamentais, na prática poucos têm tido coragem de ir abertamente contra o consenso em torno aos direitos fundamentais, o resultado prático é que muita demagogia se tem feito em nome dos direitos e assim a realidade da efetividade dos mesmos é uma lástima para grande parte dos seres humanos que habitam o planeta (GARCIA, 2008, p. 197).

A ordem jurídica vigente, que tem como base proteger e resguardar a ideia dos direitos fundamentais, não é suficiente para solucionar o caso da efetividade de seu conteúdo, subsistindo a diferença abismal entre o que se diz e o que se faz. No próximo capítulo, pretende-se explorar o que significaria essa ordem, para além de explicações positivistas, a fim de dar respostas aos fenômenos que freiam e estancam o projeto de sociedade que outorga os direitos fundamentais em sua base.

2. A forma política estatal do capitalismo

As dominações que formam a base da constituição social da subjetividade se reproduzem em uma lógica excludente e que garante a hegemonia de certas classes, mas isso não alcança a explicação das estruturas em sua totalidade social: a base do Estado e

todo o fenômeno político decorrente. Por esta razão, prognósticos que não se atenam às clássicas bases liberais-contratualistas do Estado e da política, incluindo aqueles que vão além do imaginário juspositivista, podem contribuir à análise ou reformulação desta problemática. Afinal, o que é o Estado moderno, que se forma por meio de um pacto (constituição) e teoricamente teria a intenção de proteger o fenômeno dos direitos fundamentais e reinventar a forma precária que o poder era conduzido a partir de uma separação estrutural daqueles que detêm a política, aos que dominam a economia?

Mascaro (2013, p. 8-9) procura expor, em caminho diverso ao tradicional pensamento jurídico, a relação que direito e o Estado têm com uma forma jurídica-política específica, ou seja, a realidade da política no seio das crises da reprodução do capital e das dominações. O Estado moderno se apresenta como um fenômeno totalmente novo, e nunca antes visto, como um fruto da exploração do capital, desenvolvido neste específico formato a partir da consolidação da produção e reprodução capitalista.

A continuidade da falha compreensão jurídica tradicional a respeito da existência da autonomia estatal dá força à manutenção do fenômeno estatal, a partir da qual o Estado é deslocado como organismo autônomo em relação à totalidade, considerado soberano na legitimidade simbólica presumida socialmente, vetor principal da força e violência sistematizada, dotado de instituições, funções e manifestações concretas de poder conjuntural (MASCARO, 2013, p. 45). Assim, o capital sincroniza as teorias nas quais o Estado repousa, como o juspositivismo, tornando uma excelente lógica para a manutenção dessa dinâmica

[...] o Estado é o que juridicamente se chama por tal. Via reversa, para o juspositivismo, o direito é o que o Estado chamar por tal. Nos termos das ciências sociais e da ciência política, erigem-se então o esquadramento e a quantificação do já dado. Nessa chegada ao chão da explicação analítica sem horizonte histórico e social, o Estado deve ser presumido como entidade perene, sem tomá-lo como resultante de um devir histórico nem considerá-lo enredado em estruturas sociais específicas, dinâmicas e contraditórias [...] tais padrões médios não dão conta de avançar no entendimento causal, estrutural, relacional e histórico dos fenômenos da política e do Estado, nem de seus problemas, contradições e crises (MASCARO, 2013, p. 10-11).

A anexação do Estado aos tecidos sociais existentes é simultaneamente tão robusta e sutil que o dado social produzido é visto como natural. Esta visão tradicional pode ser sintetizada pelo foco no estrito efeito do fenômeno estatal, deixando de lado a

causa de seu desenvolvimento, que é derivada do surgimento da reprodução capitalista. O capitalismo origina o Estado, e não contrário, sendo um fenômeno típico da sua estrutura (MASCARO, 2013, p. 45) e não afetando a reprodução geral do capital, pelo contrário, assegurando-a. A autonomia do Estado é estritamente relativa.

Observa-se que o mundo capitalista visa construir um ser humano plenamente satisfeito e unificado. O cálculo econômico é absorvido em todas as atividades humanas, sendo os interesses humanos constituídos pelos interesses do capital. É neste ponto que, com as revoluções liberais burguesas, Estado e direito surgem (PINTO NETO, 2010), como formas acopladas uma à outra, efluídos essencial e exclusivamente do circuito pleno da forma mercantil. Seguindo-se estes ideais, já mencionados, forma-se o Estado como organismo soberano, dotado de um poder acima de todos na sociedade.

O símbolo da liberdade é também um reprodutor importante dessa lógica. A partir da análise de Ruiz (2004, p. 103-104), a fabricação da liberdade está sempre correlacionada a um projeto de poder. A busca incessante pela verdade culminou na justificação da liberdade pelas leis da natureza. A liberdade desponta como um agir externo, sempre relacionada a poder fazer/ realizar uma conduta, não obstante, respeitando os limites impostos pela natureza. O Estado de natureza (Locke, Rousseau, Hobbes) serve como condão para, ao mesmo tempo, outorgar a liberdade como essência natural dos indivíduos e, por distintos argumentos, justificar a criação do Estado (liberdade cedida a um soberano), com intuito de salvaguardar a própria liberdade individual. Nos discursos, a liberdade e a Estado estão principalmente associados ao símbolo da propriedade privada e ao do poder político.

Por sua vez, essa independência instaura-se com o Estado a partir de específicas relações sociais, sendo que a “autonomia estatal é estruturalmente havida só e sempre em razão da própria derivação de sua forma a partir dos mecanismos de derivação capitalista” (MASCARO, 2013, p. 45). O Estado é um autônomo e um terceiro em relação ao capital e o trabalho, e essa separação dos aparatos estatais das classes e indivíduos se torna útil para a própria relação capitalista. Se torna a garantia para a mercadoria, da propriedade privada e dos vínculos jurídicos de exploração, inclusive com seus meios de repressão.

O fenômeno político não é produzido, fornecido ou garantido pelo Estado, apenas se condensa nele. Da mesma forma que o núcleo da forma jurídica, o sujeito de

direito – noção e indivíduo, deveres e obrigações, vinculado à vontade livre e à igualdade formal – também não se realiza pelo Estado, sujeito cujo surgimento advém das relações de produções capitalistas (PINTO NETO, 2010).

A exemplificar tal concepção, o autor fornece o exemplo da constituição dos escravos como sujeitos de direito antes mesmo de sua emancipação jurídica, quando se portaram como proprietários ao se inserirem no fluxo das dinâmicas econômicas. Cabe à forma jurídica apenas normatizá-lo:

[...] esse sujeito já se impunha na estrutura social por derivação direta da forma-mercadoria. A manifestação social do sujeito de direito advém estruturalmente da própria dinâmica da reprodução capitalista. A institucionalização normativa do sujeito de direito, os contornos da capacidade e as garantias a essa condição jurídica é que são estatais (MASCARO, 2013, p. 41).

Pelo fato do Estado ser um terceiro (que não está acima de ambos) na relação entre capital e trabalho, há momentos de crises e conflitos contra as classes integrantes do ideal capitalista (MASCARO, 2013, p. 18). Terceiro este, que não está acima do capital e do proletariado, pois, por exemplo, existem conglomerados econômicos maiores que muitos Estados (MASCARO, 2013, p. 44). Da mesma forma que não se pode compreender o Estado, ente soberano, como criador do modo de produção capitalista, o contrário também não se constitui uma verdade: inexistente núcleo central ou dirigente maior criador e, conseqüentemente, administrador das rédeas da circulação do capital e dos bens e mercadorias. O Estado pode ser contrário a inúmeros interesses imediatos da burguesia, bem como cancelar a perpetuidade da exploração ao sancionar reivindicações da classe trabalhadora, já que não é um gestor dos interesses burgueses, mas uma situação fundamental para o desenvolvimento capitalista. Dito de outro modo, o estado se torna uma estrutura que conforma e recebe constantemente as lutas de classes e a crise do capitalismo (FRASER, JAEGGI, 2020, p. 20-25).

Os conflitos sociais produzem crises, que reconstróem as posições das classes em sua relação com o Estado. Portanto, o Estado sustenta a luta de classes em seu interior para configurá-la a partir de termos políticos, e essas tensões constantes perpetuam a situação de exploração do capitalismo. Todas as funções que o Estado assume na sociedade, explicam-se a partir da dinâmica da luta de classes. Ao passo que as classes lutam para configurar o Estado dentro dos moldes já fornecidos pelos meios tradicionais de luta, são elas próprias reconfiguradas por ele (MASCARO, 2013, p. 19).

Concebido como um terceiro entre o domínio econômico e o domínio político, a forma estatal proporciona, a partir da instituição de conceitos jurídicos, a troca de mercadoria e a exploração da força de trabalho assalariado. Todas as instituições são criadas por meio da lógica do capital, as instituições jurídicas (como o sujeito de direito, a força vinculativa dos contratos, dentre outros) asseguram mecanismos próprios de relações de produção.

O indivíduo é essencial para a relação de trabalho e, assim sendo, o Estado cria, por intermédio de institutos de natureza jurídica, os sujeitos de direito, autônomos, capazes de se submeterem a vínculos jurídicos, fundamentais à concretização da forma capitalista (FRASER, JAEGGI, 2020, p. 30-31). Dessa forma, os indivíduos sentem-se livres em buscar a satisfação de seus interesses, e, de certa forma, encobrindo a luta de classes já que não percebem a ocorrência dessa exploração, tornando-se um ambiente natural e não uma exploração unilateral. O núcleo da forma-sujeito é sempre mantido, mesmo que todos os outros institutos jurídicos estabelecidos sejam postos abaixo, como forma de preservar a forma política estatal:

O sujeito de direito pode perder, por intervenção extrema do Estado, o direito ao voto, o direito à dignidade da identidade cultural, religiosa, de sexo ou raça, mas não perde o núcleo da subjetividade jurídica, que é dispor-se contratualmente ao trabalho assalariado, bem como o capital nunca é expropriado em sua total extensão. Os Estados do mundo constituem, modificam ou negam, ao bel-prazer, desde as constituições até os códigos ou a normas infralegais. Tratando de modo simbolístico, se os Estados do mundo rasgam as diretrizes da Constituição, que é a norma mais alta hierarquia jurídica do direito positivo, não rasgam, no entanto, as diretrizes do Código Civil (MASCARO, 2013, p. 42-43).

A estrutura capitalista pressupõe a existência de mercados de trabalho com base na suposição que os trabalhadores são livres e iguais. Isso delinea o retrato das classes: o trabalhador vende a força de trabalho, como um bem, por meio de um contrato, ao empregador, proprietário dos meios de produção, que visa acumular bens e auferir lucro. O acúmulo de bens e capitais e o mercado de trabalho livre tem por base a liberdade individual garantida pelo direito e pela estrutura do Estado. Nesse sentido, o capitalismo não funcionaria sem a dinâmica do contrato de trabalho e dos trabalhadores juridicamente livres e iguais (FRASER, JAEGGI, 2020, p. 30-31), bem como, do Estado.

As pessoas que estão fora deste “pacto social” (que pretendia ser supostamente igualitário e originário) são, ao mesmo tempo, os mais passíveis de ação do poder do Estado – com, por exemplo, presidiários, miseráveis, moradores de rua etc, que sentem a força de extermínio do Estado normalmente através do poder de polícia. Teorias usualmente justificam que o problema decorre da falta de intervenção do Estado nessas relações (mais polícia, mais Estado). Todavia, é difícil imaginar que esta seja uma justificativa inteiramente válida já que são justamente esses indivíduos que não viram nem sequer os direitos de primeira geração efetivamente existirem. Estão em um limbo, aquém do direito e das construções jurídicas. “São sujeitos que não têm direito aos direitos” (PINTO NETO, 2010, p. 140-141).

[...] o Estado de Direito e seu contrato social mostram-se claramente como um mito que encobre as verdadeiras relações de poder que estão em jogo. O direito jamais vai explicar porque há um hipergarantismo em casos penais de famosos banqueiros ao mesmo tempo em que indivíduos são assassinados pela polícia no Complexo do Alemão sem que isso gere sequer um processo penal. Esse mito é uma alucinação que projeta sobre a realidade o suposto contrato e fica criando aporias para resolver seus problemas: por exemplo, o de que onde não há direito – em um presídio, num morro carioca, numa sala de audiências, no interior rural, etc. – lá simplesmente falta direito, ou seja, há um “não-ser” (ou seja, como se isso simplesmente não existisse realmente ou fosse de importância diminuta) (PINTO NETO, 2010, p. 140-141) .

O direito não chega, não contempla a maioria da população. Esse não-direito, a falta da forma jurídica para determinados indivíduos é proposital. O direito se torna a única via de escape, uma forma de emancipação, criadora, contempladora de direitos fundamentais, e o (mórbido) poder judiciário como regulador e fornecedor desses direitos, caso o estado não cumpra. Mas os desvios criados pela própria teoria jurídica condensa essa luta do proletariado.

Os direitos fundamentais estariam inseridos no núcleo da forma política de que o Estado é um terceiro em relação ao capital e o trabalho, que não trabalha para um, ou para o outro, mas mantém-se nessa estrutura, ao máximo, com o intuito de estabelecer diretrizes e uma aparente estabilidade ao regime de produção capitalista. As mais importantes garantias individuais, extraídas do núcleo da forma jurídica estatal, constituem nada mais do que a redução dos sujeitos à condição de sujeito de direito, livre e igual, intacto contra terceiros e contra o próprio Estado. Isso reproduz crise, que é própria do capitalismo. O problema da efetivação, então, dos direitos fundamentais decorre disso. Explica-se.

Conforme o juspositivismo, o Estado, por meio da soberania popular, institui o direito, através da norma jurídica. Por outro lado, o Estado, diferencia-se dos demais poderes da sociedade porque suas competências se esgotam nas normas jurídicas. As normas jurídicas conferem o poder ao Estado e a ação estatal é necessariamente uma ação jurídica. O Estado atua como o próprio direito, garantidor dos direitos fundamentais, e seus atos são sempre atos jurídicos - ou do direito administrativo ou dos demais ramos do direito (MASCARO, 2013, p. 39).

No entanto,

há um nexó íntimo entre forma política e forma jurídica, mas não porque ambas sejam iguais ou equivalentes, e sim porque remanesçam da mesma fonte. Além disso, apoiam-se mutuamente, conformando-se. Pelo mesmo processo de derivação, a partir das formas sociais mercantis capitalistas, originam-se a forma jurídica e a forma política estatal. Ambas remontam a uma mesma e própria lógica de reprodução econômica, capitalista. Ao mesmo tempo, são pilares estruturais desse todo social que atuam em mútua implicação. As formas política e jurídica não são dois monumentos que agem separadamente. Elas se implicam. Na especificidade de cada qual, constituem, ao mesmo tempo, termos conjuntos (MASCARO, 2013, p. 39).

Porém, por um lado, a base da forma jurídica é o sujeito de direito, do dever e da obrigação, bem como à vontade autônoma e à igualdade formal no contrato. Por outro lado, a forma política capitalista é um poder autônomo aos agentes econômicos diretos, que se reproduz por meio dos aparatos específicos do Estado (que garante a própria dinâmica da mercadoria e da relação entre capital e trabalho).

Se o Estado e o direito são concepções distintas de uma mesma manifestação, sendo a ação estatal necessariamente uma ação jurídica, e a forma política age por meio do Estado, então, “o contorno do jurídico é constituído pelo político” (MASCARO, 2013, p. 39). O direito se efetiva por meio da política.

É a decisão política que cria meios para a concretização desses direitos fundamentais. Porém, a forma política se caracteriza por meio de um aparato político (estatal) que seria, a princípio, estranho ao domínio econômico do capital e do trabalho, contudo, ao mesmo tempo, performando como um garante necessário da reprodução econômica capitalista. Tanto a forma política como a forma jurídica advém da forma-mercadoria.

Assim, quando se afirma que os direitos fundamentais, bem como o Estado, são terceiros ao capital e o trabalho, que não pretendem favorecer um ou outro, mas manter

a estrutura do capitalismo e da forma-valor, é porque sua concretude fática, sua existência no mundo real, depende de uma política que o efetive. O problema da efetivação dos direitos fundamentais, está, então, na própria crise do capitalismo e do aparato política vigente, que divididos em “esquerda” e “direita”, dando espaço a uma maior concretização a partir dos que defendem os trabalhadores, e de uma menor, ou até mesmo uma aniquilação desses direitos, aos que detém o domínio econômico.

É nesse binômio que o indivíduo fica preso, se frustra e, ao mesmo tempo, reproduz o capitalismo. Porque as crises do capitalismo são suas características estruturais. A aparente estabilidade se mostra apenas como uma alicerçamento parcial de toda a reprodução social, uma exceção (MASCARO, 2013, p. 125). É seu *modus operandi*, enquanto reproduzimos essa crise constante, continuamos a não perceber uma real concretização de uma estrutura política que realmente seja capaz de efetivar uma sociedade mais igual e redistribuída.

Ademais, nos dias de hoje, para além de concepções políticas e econômicas, o neoliberalismo constrói uma nova racionalidade do mundo que consiste em difundir a subjetividade neoliberal, ao autoafirmar-se. Por isso que o neoliberalismo é um fenômeno totalmente novo. A nova sociedade está impregnada nos padrões de consumo e de forma de vida do capitalismo, como no liberalismo (LAVAL; DARDOT, 2016). Mas, essa forma é totalmente mais agressiva. Para Díez Gutiérrez (2017), o neoliberalismo é a razão instrumental do capitalismo contemporâneo, ancorado em uma construção única de Estado, política, luta de classes e preponderância do capital, principalmente enquanto capital financeiro.

Diante desse quadro, o contexto de submissão e exploração está em movimento e expansão. Portanto, as crises do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, nas suas falhas de representatividade e distribuição de renda da vida social, seriam uma característica inata do capitalismo, ameaçando sua existência e concomitantemente propiciando-a.

Considerações Finais

As considerações trazidas neste trabalho, de modo geral, tiveram como escopo entender o problema da efetivação dos direitos fundamentais a partir da forma política estatal do capitalismo, assim compreendido por Mascaro (2013).

Se, por um lado, os direitos fundamentais foram uma das mais importantes inovações teóricas a fim de perfectibilizar uma existência menos precária, as teses trazidas nesse breve estudo, de modo geral, pretenderam analisar fatores que confrontam esse fenômeno positivado, bem como, sua iniciativa no imaginário social, como eixo central dos Estados ocidentais e na sociedade em si.

Ao se vislumbrar as bases e o nascedouro do Estado moderno, sem olvidar sua transição ao momento contemporâneo, em acareação à instituição da ordem jurídica, o sistema econômico em desenvolvimento instigaria a formação desta estrutura assimiladora dos fenômenos sociais que culminaria na forma política estatal que se expande diante dos nossos olhos. E, nesse mesmo sentido, também estariam contidos os direitos fundamentais dos Estados capitalistas.

Desse modo, a reprodução capitalista dos estamentos sociais proporcionaram a forma política estatal que hoje vislumbramos, e, principalmente, sua dinâmica de crise. A crise dos direitos fundamentais e o modo que se pode concedê-los e minimizá-los nas instituições políticas estatais tem a intenção de tirar o foco da base central do próprio sistema em si, mantendo a própria lógica capitalista. Esse sistema vai muito além de uma ordem meramente econômica e já ocupa todos os espaços, não existindo um não-lugar. A forma-valor, em que tudo se torna valor e quantificação econômica, nos aprisionou em modelo de dominação, tanto relacional em uma perspectiva mais foucaultiana, como no centro das instituições políticas, como Mascaro pretende expor.

Pelas razões acima expostas, o tema de efetivação e direitos fundamentais é tão complexo. Portanto, é necessário um horizonte de luta dos direitos fundamentais, e principalmente, uma visão mais intersubjetiva de altruísmo para que possamos vislumbrar uma sociedade menos excludente, corrompendo a lógica do capital.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUTLER, Judith. **Corpos em Aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo Editorial, 2016.

FRASER, Nancy. JAEGGI, Rahel. **Capitalismo em debate**: uma conversa na teoria crítica. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 30-31.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GUTIÉRREZ, Enrique Javier Díez. La construcción educativa del nuevo sujeto neoliberal. **Nuestra bandera**: revista de debate político, n. 236, p. 104-115, 2017.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

NETO, Moisés Pinto. **A matriz oculta do Direito Moderno**: crítica do constitucionalismo contemporâneo. São Paulo: Cadernos de Ética e Filosofia Política, n. 17, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos IU, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales (1984)**. Madrid: Tecnos, 2013.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos:** de emancipações, libertações e dominações. 1ª ed. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

RUIZ, Castor Bartolomé. **Os labirintos do poder:** o poder (do) simbólico e os modos de subjetivação. Porto Alegre: Escritos, 2004.