

CONSTITUCIONALIZAÇÃO TAUTOLÓGICA-HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA: LIMITE À EMANCIPAÇÃO DO HOMEM E À DIGNIDADE HUMANA

TAUTOLOGICAL-HYPERTROPHICLY SYMBOLIC CONSTITUCIONALIZATION:
LIMIT TO THE EMANCIPATION OF MAN AND TO THE HUMAN DIGNITY

Gislaine Menezes Batista¹

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; 1 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA: UMA REPRESENTAÇÃO ILUSÓRIA EM RELAÇÃO À REALIDADE CONSTITUCIONAL; 1.1 – LEGISLAÇÃO E REALIDADE CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS: UMA CONTRADIÇÃO; – 1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÕES HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA: UM BREVE CONCEITO; 1.3 – O DESGASTE DO ATUAL SISTEMA (SÓCIO-ECONÔMICO-JURÍDICO-POLÍTICO) BRASILEIRO; 2 – FORMAS ECONÔMICA, POLÍTICA E JURÍDICA E O DIREITO; 2.1 – A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SEUS PARADOXOS INTERNOS; 2.2 – REPRODUÇÕES CAPITALISTA E ESTADO; 2.3 – O DIREITO E A SOCIEDADE CAPITALISTA; 2.4 – CONSTITUCIONALIZAÇÕES HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA ENQUANTO TAUTOLOGIA; 3 – O JURISTA ENQUANTO SUJEITO POLÍTICO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O Brasil estruturado pela extrema perversidade e banalização dos direitos humanos e fundamentais em pleno século XXI, espanta. Esta discrepância entre legislação e realidade constitucionais, conhecida como constitucionalização hipertroficamente simbólica, evidencia-se, principalmente, nos estratos mais baixos de nossa pirâmide social. No presente artigo, busca-se compreender o que acarreta esse paradoxo e chega-se à necessária imbricação entre as formas econômica, jurídica e política, de modo a afirmar-se que a expressão “constitucionalização hipertroficamente simbólica” é tautológica, especialmente no tocante aos direitos sociais. Assim sendo, a luta pela negação dos direitos resta como alternativa na busca pela dignidade humana e pela emancipação do homem.

PALAVRAS-CHAVE: Emancipação do Homem. Dignidade Humana. Luta pela Negação dos Direitos. Constitucionalização Tautológica-Hipertroficamente Simbólica. Direitos Humanos e Fundamentais.

SUMMARY: SUMMARY ; INTRODUCTION; 1 – TAUTOLOGICAL-HYPERTROPHICLY SYMBOLIC CONSTITUCIONALIZATION: AN ILLUSORY REPRESENTATION AS TO THE REALITY CONSTITUTIONAL; 1.1 – LAW AND REALITY CONSTITUTIONAL BRAZILIAN : A CONTRADICTION; - 1.2 HYPERTROPHICLY SYMBOLIC CONSTITUCIONALIZATIONS: A BRIEF CONCEPT; 1.3 - CURRENT SYSTEM WEAR (SOCIO-ECONOMIC AND LEGAL AND POLITICAL) BRAZILIAN; 2 - ECONOMIC FORMS, POLICY AND LEGAL AND LAW; 2.1 - THE BRAZILIAN CONSTITUTION AND ITS

¹ Acadêmica do terceiro ano da Faculdade de Direito de Franca. Ex-bolsista de Iniciação Científica (PIBIC-CNPq/FDF). Membro do Núcleo de Estudos Constitucionais (NECON) da Faculdade de Direito de Franca.

INTERNAL PARADOXES; 2.2 - REPRODUCTION CAPITALIST AND STATE; 2.3 - LAW AND CAPITALIST SOCIETY; 2.4 - HYPERTROPHICLY CONSTITUCIONALIZATION AS SYMBOLIC TAUTOLOGY; 3 - THE JURIST SUBJECT AS POLITICAL; CONCLUSION ; REFERENCES.

ABSTRACT: Still in the XXI century, Brazil scares in how it is structured by the extreme perversity and trivialization of human and fundamental rights. This discrepancy, between constitutional legislation and reality, known as a hypertrophically symbolic constitucionalization, is evident in the lower strata of our social pyramid. In this article, the purpose is to understand what causes this paradox and conclude the necessary overlap among the economic, legal and political shapes, which allows us to state that the term “hypertrophically symbolic constitucionalization” is tautological, especially concerning social rights. Thus, the struggle for the denial of rights left as an alternative to the request for human dignity and the emancipation of man.

KEYWORDS: Emancipation of Man. Human Dignity; Struggle for the Denial of Rights. Tautological-Hypertrophically Symbolic Constitucionalization. Human and Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, com seus duzentos e cinquenta artigos, é reconhecida internacionalmente como uma das mais belas Constituições, com um amplo leque de direitos e garantias fundamentais. Em seu artigo 6^o,² elenca direitos fundamentais sociais, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia e o lazer.

Não consegue, contudo, impedir as revoltantes mazelas sociais com que diariamente nos deparamos nas ruas do nosso Brasil: alto índice de analfabetismo, principalmente o funcional; imensas filas nos precários hospitais públicos; seres humanos subnutridos; trabalhadores em condição de escravos; pessoas em situação de rua; além da imensidão de excluídos e oprimidos por sua cor, gênero, orientação sexual ou cultura.

Ainda que estejamos entre as maiores economias globais, a realidade social brasileira apresenta uma das maiores desigualdades sociais mundiais, e isto reflete diretamente nas condições e qualidade de vida já bastante precárias da maior parte da população. Esse contrassenso entre legislação e realidade constitucionais, especialmente no tocante aos direitos sociais, conhecido como constitucionalização hipertroficamente simbólica, torna-se ainda maior para os estudantes de Direito e juristas em geral, que lidam diariamente com uma técnica-lógica normativa perfeita.

² Constituição da República Federativa do Brasil, art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

À vista disso, no presente artigo, analisando a forma jurídica como histórica, compreendendo o direito como um fenômeno real e partindo do abstrato ao concreto, indo do simples — ineficácia dos direitos humanos e fundamentais — ao complexo — sociedade, forma política, forma jurídica e forma econômica —, busca-se compreender essa aparente incoerência.

Assim sendo, mister é buscar a relação entre as formas econômica, política e jurídica, trazendo a natureza e funções do Direito para, a partir de uma visão crítica dele, explicar, de forma radical, o motivo de o problema da ineficácia da Constituição ser estrutural. De tal forma que não adianta almejar uma Constituição perfeita, socialista, que revogue suas contradições internas, mas compreender que o Direito, com seus limites, deve ser utilizado na luta contra o sistema capitalista e, conseqüentemente, devido a sua essência, contra si mesmo.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA: UMA REPRESENTAÇÃO ILUSÓRIA EM RELAÇÃO À REALIDADE CONSTITUCIONAL

1.1. Legislação e realidade constitucionais brasileiras: uma contradição

A linguagem dos direitos, já dizia Bobbio, tem, indubitavelmente, uma grande função prática: emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam, para si e para os outros, a satisfação de novos carecimentos materiais e morais, ainda que ela se torne enganadora ao obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.

Para ele— não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz apologia à era dos direitos proclamados nas instituições internacionais e nos congressos e aquela que denuncia a massa dos sem-direitos —, a esmagadora maioria da humanidade não possui, de fato, direitos, ainda que sejam solene e repetidamente proclamados³.

O problema grave do nosso século em relação aos direitos do homem seria não mais fundamentá-los, mas protegê-los, com a preocupação de descobrir “[...] qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”⁴.

Estamos, aparentemente, diante de uma dupla desolação: é remota uma igualdade material ou de fato entre as pessoas, além de ser evidente a crise do sistema (sócio-econômico-

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13a. re. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.

⁴ *Ibid.*, p. 25.

jurídico-político) e das normas de tratados e declarações internacionais, que sofrem com graves problemas de violação e ineficácia.

Essa normatividade restrita, excludente, particularista — contrária à normatividade generalizada e includente, aparentemente proclamada no texto constitucional —, que deturpa, na prática do processo concretizador, os direitos fundamentais, é conhecida como constitucionalização “hipertroficadamente simbólica”⁵ ou “aparente”⁶.

1.2. Constitucionalizações hipertroficadamente simbólica: um breve conceito

Primeiramente, faz-se necessária a conceituação de constitucionalização aparente como “[...] uma representação ilusória em relação à realidade constitucional”⁷, bem como a delimitação da concepção de simbolismo, no sentido de uma distinção de significados latentes e manifestos, prevalecendo esses sobre aqueles.

No caso da legislação simbólica, contrariada é sua eficácia normativo-jurídica — seu sentido jurídico manifesto —, devido ao fato de as leis acabarem por desempenhar funções políticas latentes.

Segundo a doutrina alemã, especialmente no entendimento de Kindermann, a tipologia da legislação simbólica segue um modelo tricotômico. Uma legislação pode ser simbólica por confirmar valores sociais; por demonstrar a capacidade de ação do Estado; ou, ainda, por adiar a solução de conflitos através de compromissos dilatórios, transferindo-a para um futuro indeterminado⁸.

Ao visar confirmar valores sociais, pode-se falar em uma “[...] política simbólica por gestos de diferenciação”⁹, que busque reconhecer a predominância de uma concepção valorativa, ainda que os efeitos instrumentais da norma fiquem em segundo plano.

Enquanto legislação-álibi, os diplomas legislativos são elaborados apenas para satisfazer as expectativas dos cidadãos, ainda que inexistam condições mínimas de efetivação

⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011. p. 1.

⁶ GRIMM, Dieter. *Verfassung*. In: GÖRRES-GESELLSCHAFT, *Staatslexikon: Recht/Wirtschaft/Gesellschaft*. 7a. ed. Friburgo/Basileia/Viena: Herder, vol. V, 1989 apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011, p.98.

⁷ Id..

⁸ KINDERMANN, Harald. *Symbolische Gesetzgebung*. In: RÜDIGER; VOIGT (orgs.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988 apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011, p.33.

⁹ GUSFIELD, Joseph R. *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*. 2a ed.. Urbana/Chicago: University of Illinois Press, 1986 apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011, p.35.

normativa, de modo a descarregar o Estado, ou melhor, os governantes, de pressões políticas, e dar-lhes a confiança dos cidadãos.

Ademais, a legislação simbólica pode ter como função o adiamento da solução de conflitos, através de compromissos dilatórios, e isso faz com que aqueles favoráveis às reformas sociais se sintam tão satisfeitos quanto os contrários, posto que os últimos não enxergam a efetivação da nova ordem legal evidentemente impraticável.

A legislação simbólica diferencia-se da constitucionalização hipertroficamente simbólica, todavia. Na primeira, o problema fica restrito a relações jurídicas específicas; na última, envolvido é o sistema jurídico como um todo, que é atingido em seu núcleo, abrangendo mais fortemente as dimensões social, temporal e material.

Nos dizeres de Marcelo Neves,

Fala-se de constitucionalização simbólica quando o funcionamento, hipertroficamente político-ideológico, da atividade e texto constitucionais, afeta os alicerces do sistema jurídico-constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a separação de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada nas práticas dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população¹⁰.

Mais que isso, para estar-se diante dessa hipertrofia simbólica, não somente os órgãos estatais precisam agir de forma a desviar a finalidade da Constituição —anunciando algo que somente poderia ser realizado mediante uma radical transformação social, ou seja, “[...] ao texto constitucional simbolicamente includente, contrapõe-se a realidade constitucional excludente”¹¹—, mas, sobretudo, precisam violá-la corriqueiramente.

Muito se diz, no Brasil, que direitos sociais são normas programáticas, ou seja, “[...] normas de eficácia limitada, não servindo à regulamentação imediata de determinados interesses, mas estabelecendo a orientação finalística dos órgãos estatais”¹², e que, nos dizeres de Pontes de Miranda, “[...] a legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames que são como programas dados à sua função”¹³.Essas normas são, no caso do Brasil, pseudoprogramáticas.Na verdade, porquanto não há nenhuma normatividade programático-finalística: o diploma constitucional é utilizado por esses agentes políticos apenas como álibi,

¹⁰ NEVES, 2011, p. 100.

¹¹ Ibid., p. 101.

¹²SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 126.

¹³PONTES DE MIRANDA, [F.C]. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. 2a. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, vol. I, 1970, p. 127.

afinal, “[...] os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem ‘letra morta’ em um sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social”¹⁴.

Alguns afirmam que o grande problema trazido pela constitucionalização hipertroficamente simbólica é que, além de os direitos sociais já serem ineficazes, o sistema político, quando posterga falsamente a solução desses problemas, acaba por imunizar o sistema contra alternativas, por desmobilizar a população. Outros acreditam não haver uma Constituição obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica¹⁵, não concretizadora, portanto, podendo levar, “[...] nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais”¹⁶.

1.3.O desgaste do atual sistema sócio-econômico-jurídico-político brasileiro

No mês de julho do ano de 2013, aconteceram levantes por todo o Brasil. Mais de 300 cidades mobilizaram cerca de um milhão de brasileiros. Os protestos, a princípio, eram de movimentos de esquerda, lutando contra a precarização e o alto custo do transporte público. Com a violência desproporcional utilizada pela polícia contra os manifestantes, a quantidade de pessoas nas ruas aumentou assustadoramente, e a pauta única dos atos transformou-se em uma pluralidade reivindicações.

Não cabe aqui analisar os rumos das mobilizações. O que ficou claro é que, independente do objetivo mediato — seja pela estatização do transporte público, pelos 10% do PIB para educação e saúde públicas, contra a Copa do Mundo no Brasil, contra a cura gay, contra a PEC 37, contra a corrupção etc. —, ou de quem estava se manifestando — mulheres, homens, queers, pobres, ricos, índios, orientais, negros, brancos, lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros, heterossexuais, assexuais, cristãos, agnósticos, ateus, jovens, adultos etc. —, o desígnio imediato era um só: a concretização de seus direitos!

Conclui-se, em decorrência disso, que, aparentemente, a constitucionalização, no Brasil, é hipertroficamente simbólica, de forma a levar grande parte da população a deixar de acreditar no sistema político e nos agentes estatais brasileiros.

Quando a população se levanta exigindo seus direitos e uma reforma no país, clamando por uma reforma política que “purifique” o governo de imoralidades, principalmente no tocante

¹⁴ NEVES, 2011, p. 116.

¹⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2a. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 7-8.

¹⁶ NEVES, 2011, p. 101.

à corrupção — que, na visão de muitos, é a maior causadora de todas as mazelas da população brasileira — significa um progresso. Contudo, será que são desejadas radicais transformações sociais ou apenas que se reorganizem as peças no tabuleiro, continuando o mesmo jogo a ser jogado?

2. FORMAS ECONÔMICA, POLÍTICA E JURÍDICA E O DIREITO

2.1.A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SEUS PARADOXOS INTERNOS

Não é sempre que o direito exerce uma função hipertroficamente simbólica. Muitas vezes há uma concretização normativo-jurídica, da mesma forma como uma atividade legislativa, cuja função primária era simbólica, pode vir a ter intensa força de legislação instrumental, sendo que a recíproca é verdadeira. Assim, inapropriada é qualquer idealização sobre a capacidade de o comportamento ser dirigido normativo-juridicamente, bem como seria simplificador demais supervalorizar o caráter simbólico do direito.

O sujeito de direito, não por acaso, pode não ter “[...] 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 privado quase nunca é expropriado em sua total extensão”¹⁷.

Se as diretrizes sociais da Constituição, cujas normas são da mais alta hierarquia jurídica do Direito positivo, são cotidianamente rasgadas, dificilmente se rasgam, todavia, as do Código Civil: “[...] o núcleo da forma-sujeito se mantém como razão estrutural de preservação da forma-mercadoria, o que é também a razão estrutural de preservação da própria forma política estatal”¹⁸.

Ferraz Junior acredita que, quando se fala de eficácia social ou efetividade de uma norma, é importante também distinguir de sua observância. O autor afirma que

Existem exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante isso, podem ser consideradas socialmente eficazes. São normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam insuportável tumulto social. Sua eficácia está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disso, produzirem o efeito de satisfação ideológica¹⁹.

¹⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.43.

¹⁸ *Ibid*, p. 43.

¹⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7a. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 167

Um dos exemplos dessas normas seria a norma constitucional que dispõe sobre o salário-mínimo²⁰. Nas condições brasileiras atuais, a lei salarial não cumpre, nem de longe, o valor exigido constitucionalmente. Outro exemplo seria a função social da propriedade privada²¹. Já disse Márcio Bilharinho Naves, de forma brilhante: “É uma ilusão. Se o Estado, continua ele: pudesse obrigar cada proprietário a cumprir a função social destinada à sua propriedade, teria de imediato simplesmente expropriado esse mesmo proprietário”²².

Como desejar que esses atributos sejam públicos, gratuitos, de qualidade, socialmente referenciados para todos, se, ao mesmo tempo em que a Constituição dispõe, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa²³? Se, ao mesmo tempo em que a Constituição dispõe sobre a inviolabilidade do direito à igualdade, ela exige a reverência à propriedade privada²⁴?

A Constituição é internamente paradoxal, ao proteger normativamente ambos os lados da moeda. Necessariamente, um não será socialmente eficaz ou nenhum o será plenamente. Não há como proteger a propriedade privada ao mesmo tempo em que se busca garantir sua função social. E a história mostra que os hipossuficientes são sempre prejudicados; raras são as vezes em que o direito os protege em detrimento dos interesses da classe dominante, ainda que essa seja uma minoria quantitativamente.

2.2.Reproduções capitalista e Estado

Quando são feitas as análises e exposições anteriores, costuma-se chegar a uma conclusão: a principal causa das desigualdades sociais e, portanto, da miséria que acomete grande parte da população brasileira, é a ineficácia dos direitos fundamentais, em especial os sociais, constitucionalmente garantidos.

²⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

²¹ Ibid., art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”

²² Ibid., art. 6º.

²³ Ibid., art. 1º, inciso IV: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

²⁴ Ibid., art. 5º, *caput*.

Se a Constituição não consegue ser socialmente eficaz por suas normas serem contraditórias — a aplicação de umas exclui, necessariamente, a das outras —por que não cria uma nova, cujas normas garantam uma estrutura judiciária popular e permitam a utilização das formas do direito de acordo com os interesses de classe, mas da classe não detentora dos meios de produção?

Pensa-se em renunciar uma visão puramente formal e “[...] ver no direito não uma categoria eterna, mas um fenômeno social que se modifica com a luta de classes”²⁵, em transformar e aperfeiçoar o aparelho Estado, no sentido de permitir sua apropriação e controle pela classe trabalhadora, em a gama de direitos subjetivos, elaborar um novo direito que exija, no domínio do direito, a intervenção do Estado de forma intensificada que leve às últimas consequências no limite da igualdade entre os seres humanos, ou seja, no socialismo.

O Estado, tal qual se apresenta hoje, é uma manifestação especificamente moderna, capitalista. Ele não é uma forma de organização política vista em sociedades anteriores da história. Nos anteriores modelos de produção, de um modo geral, as mesmas classes, grupos e indivíduos (senhores de escravos ou senhores feudais) que dominavam economicamente, estavam no comando também do setor político de suas sociedades.

Há, no capitalismo, uma separação entre os domínios econômicos e políticos. Essas figuras aparecem, a princípio, como distintas. Esse “[...] desdobrar do político como uma instância específica em face do econômico não é um acaso. Somente com o apartamento de uma instância estatal é possível a reprodução capitalista. Esta dá causa àquela”²⁶.

Em decorrência disso, surge uma questão: qual seria o motivo causador de certa relação social adquirir, sob determinadas condições, uma forma jurídica específica? Pachukanis indaga:

[...] por que é que o domínio da classe não se mantém naquilo, que é, a saber, a subordinação de uma parte da população a outra? Por que é que ele reveste a forma de um domínio estatal oficial ou, o que significa o mesmo, porque é que o aparelho de coação estatal não se impõe como aparelho privado da classe dominante, por que é que ele se separa desta última e reveste a forma de um aparelho de poder público impessoal, deslocado da sociedade? ²⁷.

A organização social, nas relações de produção capitalistas, separa os produtores diretos dos meios de produção, estabelecendo uma rede necessária de trabalho assalariado. A chave

²⁵ NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito*. Um estudo sobre Pachukanis. 1996, p. 15. Disponível em

<<http://www.facebook.com/l.php?u=http%3A%2F%2Fwww.bibliotecadigital.unicamp.br%2Fdocument%2F%3Fcode%3Dvols000107486&h=BAQEUKGqD>>.

²⁶ MASCARO, 2013, p. 19.

²⁷ PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovitch. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 95.

para desvendar essa especificidade é a troca de mercadorias. Somente levando isso em consideração é que se consegue “[...] apreender a natureza real do fenômeno jurídico na circulação mercantil”²⁸.

No capitalismo, diferentemente de outros sistemas econômicos, a apreensão do produto da força de trabalho e dos bens não é mais feita mediante violência física. Há uma intermediação universal das mercadorias, que é garantida por uma entidade apartada: o Estado.

Ele surge como terceiro necessário na relação capital-trabalho, devido à circulação mercantil e à posterior estruturação de toda a sociedade sobre parâmetros de troca: “[...] as instituições jurídicas que se consolidam por meio do aparato estatal – o sujeito de direito e a garantia do contrato e da autonomia da vontade – possibilitam a existência de mecanismos apartados dos próprios exploradores e explorados”²⁹.

Necessário, portanto, à própria reprodução capitalista, afinal, sem ele, o domínio do capital sobre o trabalho assalariado seria direto, como na escravidão ou servidão. É esse apartamento que dificulta a percepção da conexão entre capitalismo e Estado e que possibilita, também, a própria reprodução do capital, por ser “[...] a garantia da mercadoria, da propriedade privada e dos vínculos de exploração que jungem o capital e o trabalho”³⁰.

2.3.O Direito e a sociedade capitalista

É a existência deste nível político distinto dos agentes econômicos individuais, o Estado, que possibilita a ele influir na constituição de subjetividades e, àqueles, atribuir garantias jurídicas e políticas que permitam a reprodução da circulação produtiva e mercantil. Ao constituir o espaço de uma comunidade (pátria, nação), o Estado contribui para tornar explorador e explorado sujeitos de direito, sob um único regime político e um território unificado normativamente.

Não é, todavia, o Estado que incide no núcleo da forma jurídica —o sujeito de direito. A dinâmica do advento do sujeito de direito está, necessária e diretamente, vinculada às relações de produção capitalistas. O que constitui, socialmente, o sujeito portador de direitos subjetivos é a exploração da força de trabalho livre e assalariado como base da circulação mercantil e da produção.

²⁸ NAVES, 1996, p. 7.

²⁹ MASCARO, 2013, p. 18.

³⁰ Ibid., p. 18.

Quando essa sociabilidade geral se torna jurídica é que o Estado, enquanto forma política, estabelece-se definitivamente: “O Estado de direito assim o é porque opera em conjunto com as relações sociais permeadas pelo direito”³¹,

[...] é a partir da forma burguesa, a forma mais evoluída do direito, que é possível a compreensão das formas jurídicas da sociedade pré-capitalistas, particularmente, a compreensão das razões porque nessas sociedades o direito permanece ‘contido’ e intrincado com outras formas sociais³².

Assim, já se apresentam na estrutura social capitalista como sujeitos de direito os agentes de produção, quando os Estados os definem formalmente como tais e lhes dão seus contornos peculiares. Antes, o sujeito já se impunha na estrutura social por derivação direta da forma-mercadoria.

Sua institucionalização enquanto sujeito de direito, o contorno de suas capacidades e a garantia dessa condição jurídica são estatais, é que o Estado conforma normativamente. Ele modela uma forma já dada: a troca de mercadorias e o trabalho feito mercadoria. Desse modo, o “[...] direito é uma expressão desse mesmo processo de trocas de mercadoria”³³.

Assim como a forma política estatal, “[...] a forma jurídica – que constitui os sujeitos de direito, afastando as velhas relações sociais que jungiam uns aos outros pelo arbítrio, pela força, ou pelo acaso”³⁴ é uma das engrenagens capitalistas necessárias à forma-valor, porquanto os indivíduos sejam tomados juridicamente como sujeitos de direitos, de modo que possam contratar livremente.

Da condição de existência da liberdade e da igualdade necessárias às trocas mercantis e, por conseguinte, da figura do proprietário privado dos bens objetos da circulação, decorre a forma-sujeito de que se reveste o homem. É o ato de vontade que cria a possibilidade das trocas mercantis e, ao mesmo tempo, permite revelar todo o segredo da forma jurídica, além de estabelecer as premissas do modo de produção capitalista³⁵.

³¹ Ibid., p. 40.

³² NAVES, 1996, p. 39

³³ Ibid., p. 7.

³⁴ MASCARO, 2013, p. 25.

³⁵ Márcio Bilharinho Naves discorre bem sobre isso quando diz que “[...] o homem transforma-se em sujeito por meio de um ato volitivo: é a expressão do seu ‘querer’ que permite a ele estabelecer com outros homens, portadores de uma vontade igual à sua, uma relação consensual de reciprocidade” e continua: “se a liberdade, esse atributo da personalidade, existe por e para a troca, isto é, para que se constitua um circuito de transações mercantis, então o homem só é livre na esfera da circulação. Se, portanto, é a troca que constitui a liberdade do homem, podemos dizer que quanto mais se alarga a sua esfera de comercialização, mais livre então pode ele ser, de tal modo que a expressão mais ‘acabada’, a mais completa, a mais absoluta de sua liberdade, é a liberdade de disposição de si mesmo como mercadoria” (NAVES, 1996, p. 61).

Marx enfatizava que, sem a presença da condição de subjetividade jurídica, que permite a circulação de vontades livres e iguais, não se daria a troca de mercadorias. A forma jurídica reveste, em seu universalismo, diversas relações sociais. Isso não deve, entretanto, impedir o exame das relações que constituem o seu fundamento real.

A gênese da relação jurídica é a relação de troca. É inevitável, portanto, que a forma jurídica seja o reflexo da relação dos proprietários de mercadorias entre si. Se o princípio da subjetividade jurídica decorre necessariamente das condições da economia mercantil-monetária, essa é, portanto, a condição fundamental e determinante, a fonte do direito.

Se o direito está relacionado às formas da economia mercantil, ele tem uma história real paralela, na qual o homem se transforma, por força da mesma necessidade que transforma uma mercadoria em valor, em sujeito de direitos. É a relação de equivalência entre a troca de força por salário que permite compreender-se a especificidade do próprio direito. Sua natureza é intrinsecamente burguesa.

Se somente na sociedade burguesa a forma jurídica alcança seu mais alto grau de abstração, sendo possível apenas nesse modo de produção; se é justamente essa forma econômica, capitalista —em que alguns detêm os meios de produção, enquanto os outros se oferecem enquanto mercadoria —que cria a desigualdade social, que afeta, desse modo, tão diretamente as condições de vida da esmagadora maioria da população, então não há que se mirar um “socialismo jurídico”.

O socialismo, entretanto, implica a busca de uma igualdade de fato, exatamente a gradativa superação das formas mercantis, “[...] então um direito que se quisesse ‘operário’ seria tanto uma impossibilidade teórica como um objeto a ser combatido politicamente”³⁶. A ideia um “direito socialista” é, destarte, desprovida de qualquer sentido, como “[...] o aniquilamento das categorias do direito burguês significará nestas condições o aniquilamento do direito em geral, ou seja, o desaparecimento do momento jurídico das relações humanas”³⁷.

2.4. Constitucionalizações hipertroficamente simbólica enquanto tautologia

Sendo o direito uma forma imprescindível e prescindida da economia mercantil, é evidente sua função para a reprodução do capital. Seu posto é garantir a propriedade privada, a livre iniciativa, a livre concorrência. Não há como, portanto, ele querer afiançar, ao mesmo tempo, os direitos sociais.

³⁶ NAVES, 1996, p. 85.

³⁷ PACHUKANIS, p. 27.

A Constituição, a princípio e como já dito, difunde ter uma normatividade generalizada e incluyente, mas é manifesta a contradição entre a legislação constitucional e a realidade constitucional no tocante aos direitos sociais —fenômeno conhecido por “constitucionalização hipertroficamente simbólica”.

Se essa contradição se dá necessariamente em decorrência da natureza do direito, pode-se concluir que constitucionalização e “constitucionalização hipertroficamente simbólica” nada mais são que expressões sinônimas. “Constituição hipertroficamente simbólica”, por conseguinte, é uma expressão tautológica³⁸.

3. O JURISTA ENQUANTO SUJEITO POLÍTICO

Um jurista que perceba a essência do direito, e, igualmente, acabe tendo que negá-lo como meio efetivo de se buscar a emancipação da humanidade, também entenderá sua atuação profissional no mundo do direito como limitada. Contudo, não é necessário que ele abra mão de sua formação, de sua profissão.

Tem ele também um importante papel transformador na sociedade; sociedade essa que, formada por e para o capital, não permite que nenhuma profissão se afaste muito de sua lógica. O jurista tem, de tal forma, dois importantes papéis a cumprir: um dentro dos limites de sua profissão, enquanto profissional do Direito, e outro fora dessas balizas, enquanto sujeito político.

No primeiro caso, cabe ao *jurista revoltado*³⁹ ver o direito como um determinante instrumento de resistência e lutar pelos direitos humanos dentro do alcance que o próprio sistema permite; levá-los ao limite de sua eficácia social, e, portanto, garantir, tanto quanto possível, que o absurdo das desigualdades e das injustiças, dentro mesmo dessa superestrutura do capital, seja atenuado.

³⁸ Entre os filósofos do século XX, Wittgenstein se encontra entre os que mais insistiram na noção de tautologia. As proposições empíricas, enquanto estados de fato, serão verdadeiras ou falsas em virtude de determinadas condições contingentes que as verificam ou as falsificam. Se uma contradição é uma expressão sempre falsa, a tautologia, pelo contrário, será sempre e necessariamente verdadeira.

Uma proposição é tautológica quando ela é verdadeira para todas as proposições de verdade das proposições elementares. Assim, tautologia será um termo que expressa a mesma ideia de formas diferentes. Como um vício de linguagem, pode ser considerada um pleonasma, uma redundância. A origem do termo é grega: *tautó* (o mesmo) mais *logos* (assunto). Desse modo, tautológicas são expressões distintas que versam sobre um mesmo assunto.

³⁹ Antônio Alberto Machado diz que “[...] o jurista revoltado é aquele que toma consciência da própria condição absurda ao vivenciar as experiências injustas que sua práxis reproduz sob o mito da neutralidade”. MACHADO, Antônio Alberto. O direito e a ética do absurdo: uma leitura de Albert Camus. São Paulo: *Revista Justiça & Democracia*, n.3, 1997, p. 118.

No segundo, e talvez mais imprescindível, cabe ao jurista se perceber enquanto sujeito político e agir no sentido de atingir a práxis social, com um intenso conteúdo político, buscando engajar os indivíduos em uma prática libertadora, que resulte na construção de outra sociedade, verdadeiramente democrática, igualitária, libertadora, justa⁴⁰.

[...] e o meio de expressão no Estado, sob a fora de interesse geral, dos diversos e contraditórios interesses particulares, se chocam na sociedade civil, e, por força dessa ‘ultrapassagem’, negam a sua determinação particular, tudo se passa, portanto, como se o Estado, anulando as classes, anulasse com isso a sua própria contradição, se erigindo em lugar da não contradição, onde se realiza o ‘comum’⁴¹

Que os juristas tomem um partido, e tomem o partido pela classe oprimida, de modo a contrariar essa neutralidade que o Estado quer assumir e formar. Ela interdita a política à classe operária e a luta de classes. A luta de classes deve ser fomentada⁴².

Ao jurista cabe, como bem ensinou Paulo Freire, ser sensível à realidade que o cerca e inserir-se nela. Seu basilar papel é empoderar o povo, não apenas no sentido de dar ou adquirir poder, mas de reconhecer sujeitos, criar oportunidades, fomentar a capacidade criativa de cada um, lutar, com e por ele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se fala que o ser humano, por ser um fim em si mesmo, diferente das coisas, não tem preço, tem dignidade, e que essa dignidade é, hoje, elevada a princípio estruturante das ordens jurídicas, que vêm positivando vultoso catálogo de direitos humanos. De forma que possamos afirmar que vivemos em uma “era de direitos”, ainda que nominais e ineficazes. Quando nos questionamos, entretanto, sobre essa ineficácia dos direitos fundamentais, importante é, primeiramente, buscar-se o complexo: o que é o direito?

O que verdadeiramente diferencia o capitalismo das formas de produção anteriores, como o feudalismo e o escravismo, não é o trabalho em si, mas a relação entre a força de trabalho e a apreensão de seus bens e produtos, e essa relação é a jurídica.

No capitalismo, diversamente de outros sistemas econômicos, essa apreensão não se dá mediante violência física: há uma entidade apartada, o Estado, que garante e intermedeia essa

⁴⁰ SARTRE, A Engrenagem.

⁴¹ NAVES, 1996, p. 81.

⁴² Sobre a luta de classes: “[...] o papel da política, das classes burguesas e das classes trabalhadoras é bastante relevante, na medida das possibilidades de legitimação, consolidação, resistência ou confronto em face da própria reprodução do capital. Por isso, a compreensão da luta de classes é também fundamental para dar conta das diversas relações havidas no seio das sociedades capitalistas. A luta de classes revela a situação específica da política e da economia dentro da estrutura do capitalismo”⁴² (MASCARO, 2013, p.20).

troca, sendo intrinsecamente necessária a essa troca mercantil (capital-salário) a figura de um proprietário privado dos bens objetos da circulação, ou seja, a forma “sujeito de direitos” (subjetividade jurídica) de que se reveste o homem.

É o ato de vontade que cria a possibilidade das trocas mercantis, e, ao mesmo tempo, permite revelar todo o segredo da forma jurídica, além de estabelecer as premissas do modo de produção capitalista. Para que o ato de vontade e a troca sejam possíveis, carece-se, porém, da liberdade burguesa e da igualdade formal. São elas as condições de existência da forma “sujeito de direitos”, sendo, desse modo, as premissas do modo de produção capitalista, já que, sem a presença da condição de subjetividade jurídica, que permite a circulação de vontades livres e iguais, não se daria a troca de mercadorias.

Se o princípio da subjetividade jurídica decorre necessariamente das condições da economia mercantil-monetária, essa é, portanto, a condição fundamental e determinante, a fonte do direito. Assim, a natureza do direito não pode ser outra que não burguesa.

Não há que se abismar, conseqüentemente, por o direito ser tão socialmente eficaz quando garante a mercadoria, a propriedade privada e os vínculos de exploração que jungem o capital e o trabalho, sendo, inversamente, quase que absolutamente ineficaz no que se refere aos direitos e garantias sociais. Essa é sua essência, esse é seu limite.

A triste realidade nos mostra que, se uma visão mais radical permite afirmar que é tautológica a constitucionalização hipertroficadamente simbólica, os direitos humanos são violados de forma abissal ainda para os padrões burgueses de liberdade e igualdade. A emancipação do homem e a dignidade humana são aspirações assaz longínquas. O homem está longe ser visto como fim em si mesmo, ou seja, ainda é muito coisificado pelo próprio homem. Sua emancipação não se dará pelo e dentro do direito.

Se ter direito significa necessariamente decompor a dignidade humana em mercadoria, coisa, objeto de troca, já que ele tem natureza e função bem claras: garantia e reprodução do sistema capitalista, se e é justamente essa forma mercantil que cria a desigualdade social, que afeta tão diretamente as condições de vida já tão miseráveis da esmagadora maioria da população, que aproveitemos seu resquício, não transformador, mas combativo.

O Direito é um importante instrumento de resistência na luta pela proteção das minorias e contra esse sistema e suas barbarias. Lutemos pela negação dos direitos. Não careçamos de direito à liberdade, sejamos livres; não careçamos de direito à igualdade: sejamos iguais; não careçamos de direitos humanos: sejamos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13a. re. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de Carlos Nelson Coutinho

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm;

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. 2a. ed. São Paulo: Boitempo, 2012. Tradução de Lívia Cotrim e Márcio Bilharinho Naves.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 7a. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2a. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MACHADO, Antônio Alberto. O direito e a ética do absurdo: uma leitura de Albert Camus. São Paulo: *Revista Justiça & Democracia*, n.3, 1997.

MARX, Karl. *Para a questão judaica*. 1a. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009. Tradução de José Barata-Moura.

_____. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. 2a. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus.

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

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito*. Um estudo sobre Pachukanis. 1996. Disponível em <<http://www.facebook.com/l.php?u=http%3A%2F%2Fwww.bibliotecadigital.unicamp.br%2Fdocument%2F%3Fcode%3Dvtls000107486&h=BAQEUKGqD>>.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2011.

_____. Teoria do Direito na Modernidade Tardia. In: KÁTIE, Arguello (Org.). *Direito e democracia*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovitch. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 2a. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, vol. I, 1970.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2a. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1982.

