

RIVA SOBRADO DE FREITAS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Série

Direitos Fundamentais Civis

Temas de Direitos Fundamentais Civis II



Editora Unoesc



RIVA SOBRADO DE FREITAS
MATHEUS FELIPE DE CASTRO

ISBN 978-85-8422-059-5

Série

Direitos Fundamentais Civis

Temas de Direitos Fundamentais Civis II

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Talita Varella
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F866t	Freitas, Riva Sobrado de. Temas de direitos fundamentais civis II / Riva Sobrado de Freitas, Matheus Felipe de Castro. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. - (Série Direitos Fundamentais Cívicos) 58 p. ; il. ; 30 cm. ISBN 978-85-8422-059-5 1. Direitos fundamentais. 2. Liberdade de expressão. 3. Desenvolvimento econômico. I. Castro, Matheus Felipe de. II. Título. III. Série
	Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Têo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Glauber Wagner
Eliane Salete Filipim
Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

Comissão Científica

Riva Sobrado de Freitas (Unoesc, Brasil)
Guido Smorto (Palermo, Itália)
Simone Pajno (Palermo, Itália)
Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)
Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)
Daury Cezar Fabriz (FDV, Brasil)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
--------------------	---

CAPÍTULO I

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO: UM EXAME SOBRE AS POSSÍVEIS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	7
---	---

Riva Sobrado de Freitas

Matheus Felipe Castro

INTRODUÇÃO.....	9
-----------------	---

1.1 LIBERDADE E DIGNIDADE HUMANA: A LIBERDADE ENQUANTO UM VALOR ESSENCIAL À CONDIÇÃO HUMANA.....	10
---	----

1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE: LEGALIDADE INFRACONSTITUCIONAL E DIGNIDADE HUMANA.....	12
---	----

1.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE CONVICÇÃO SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES	13
---	----

1.4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERALISMO: TÉCNICAS DE TUTELA PROMOVIDAS PELO ESTADO LIBERAL	15
--	----

1.5 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ESTADO SOCIAL: O RECONHECIMENTO DAS ASSIMETRIAS SOCIAIS	17
---	----

1.6 DISCURSO DO ÓDIO: A BUSCA DE UM CONCEITO OPERACIONAL.....	19
---	----

1.7 DISCURSO DO ÓDIO: TUTELAS DISTINTAS EM DIFERENTES PAÍSES	20
--	----

1.8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
-------------------------------	----

REFERÊNCIAS	25
-------------------	----

CAPÍTULO II

CAPITALISTA COLETIVO IDEAL: O ESTADO E O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO.....	27
---	----

Riva Sobrado de Freitas

Matheus Felipe Castro

INTRODUÇÃO.....	29
-----------------	----

2.1 A CRISE ECONÔMICA E O NOVO DESENVOLVIMENTISMO	29
---	----

2.2 O PAPEL DO ESTADO PARA O NOVO DESENVOLVIMENTISMO.....	36
---	----

2.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS.....	40

CAPÍTULO III

A NATUREZA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A TEXTURA ABERTA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MEIO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS.....	39
---	----

Riva Sobrado de Freitas

Matheus Felipe Castro

INTRODUÇÃO.....	45
3.1 A NATUREZA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PERANTE O MÉTODO DOGMÁTICO	46
3.2 A NATUREZA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	50
3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS	57

APRESENTAÇÃO

Esse trabalho resulta de Projeto de Pesquisa com vistas ao Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Intitula-se: “A Efetivação protetiva das Liberdades Civis”, com sede na linha de pesquisa: DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS.

O livro é composto por três artigos que tiveram por objetivo pesquisar os mecanismos atinentes à proteção e efetivação das LIBERDADES CIVIS na sociedade contemporânea, marcada pelo paradigma da pós-modernidade. Para tanto, revisita a hermenêutica contemporânea, abordando a textura aberta das normas de Direitos Fundamentais e retoma o Estatuto das Liberdades como o fundamento histórico, político e epistemológico dos Direitos Humanos na modernidade.

O primeiro artigo, de autoria de Riva Sobrado de Freitas e Matheus Felipe de Castro trata de uma Liberdade em espécie e procura estabelecer seus limites. Recebe o título: “Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à Liberdade de Expressão”. O artigo procura estabelecer os contornos à Liberdade de Expressão e precisar o seu conteúdo. De outra parte aborda como limite o Discurso do Ódio enquanto manifestação de expressão ofensiva e repulsiva, dirigida em especial a grupos minoritários da sociedade contemporânea.

O segundo artigo: “Capitalista Coletivo Ideal: o Estado e o Direito Fundamental Ao Desenvolvimento”, de autoria de Matheus Felipe de Castro e Riva Sobrado de Freitas tem por tema as relações estabelecidas entre o chamado Capitalista Coletivo Ideal- Estado Capitalista, organizador e gestor das relações político-jurídicas, capaz de garantir a livre reprodução da forma-mercadoria por intermédio da autodeterminação do setor privado.

O terceiro artigo: “A Natureza da interpretação jurídica e a textura aberta das normas de direitos fundamentais em meio às Relações Privadas”, de autoria de Matheus Felipe de Castro e Riva Sobrado de Freitas, desenvolve uma discussão teórica acerca dos Direitos Fundamentais como centro gravitacional do ordenamento jurídico constitucionalizado, observando as distinções entre a interpretação tradicional dogmática do direito e a hermenêutica pós-positivista, mais afinada com o Estado (neo)liberal, onde o Judiciário assume o papel de tutoria constitucional, abrindo por demais o leque interpretativo do direito.

Capítulo I

Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: Um Exame Sobre as Possíveis Limitações à Liberdade de Expressão

*Riva Sobrado de Freitas
Matheus Felipe Castro*

INTRODUÇÃO

Tratando especificamente das relações que se estabelecem entre Liberdade de Expressão e discurso do ódio, o trabalho procurou promover, em primeiro plano, um estudo sobre a Liberdade de Expressão, referindo a sua importância para a construção da dignidade humana no Estado Moderno.

Para tanto, buscou estabelecer seu conteúdo a partir do século XVIII, momento em que se afirma definitivamente e passa a tomar parte nas constituições liberais, enquanto um direito fundamental.

Em verdade, a Liberdade de Expressão desdobrada em diferentes modalidades (Liberdade de Imprensa e Liberdade Religiosa), adquire relevância extrema para a afirmação da burguesia no período das Revoluções Liberais, quer como um instrumento de propagação das ideias revolucionárias (Liberdade de Imprensa), quer para a afirmação do Estado Laico, repelindo qualquer subordinação ou influência da Igreja Católica (Liberdade Religiosa).

Entretanto, a Liberdade de Expressão ao lado das demais liberdades, em face da importância de que se revestem para a construção da democracia liberal/burguesa sempre foram passíveis de punição na sua integralidade, com restrições mínimas, aos moldes do *laissez-faire* e da não intervenção estatal.

De outra parte, estas liberdades assim referidas, vão formar o conceito de dignidade humana nos moldes liberais.

Considerada desta forma, a Liberdade de Expressão tenderá a admitir o discurso do ódio como manifestação legítima, ainda que com prejuízo dos ofendidos.

Por outro lado, quando tratamos do esgotamento do paradigma liberal e da afirmação do Estado Social, observamos o reconhecimento, pelo Estado, das assimetrias sociais e o compromisso que se estabeleceu (pelo menos ao nível da retórica) com a justiça redistributiva, necessária à pacificação social.

Assim, num primeiro momento, constatamos que o Estado volta-se para as demandas oriundas do conflito capital/trabalho e posteriormente, para as reivindicações dos movimentos emancipatórios, sempre numa perspectiva de inclusão social, de modo a conferir legitimidade as suas decisões nas democracias contemporâneas.

A Liberdade de Expressão, pelo que observamos, passa então a ser tutelada com maior restrição e o discurso do ódio, por se tratar de manifestação do pensamento com vistas a humilhar e a calar grupos minoritários, passa a ser repudiado e proibido pelos ordenamentos jurídicos, como forma de garantir a expressão das minorias e o exercício da cidadania.

Constatamos ainda, da leitura destas transformações, uma alteração profunda no conteúdo da dignidade humana, que abandona a perspectiva de se circunscrever unicamente às liberdades do século XVIII, para incorporar novos valores.

Considerando as alterações de conteúdo na dignidade humana e ainda os possíveis limites à Liberdade de Expressão, para garantir a participação de grupos minoritários, indagamos também no trabalho sobre a viabilidade de restrições de seu conteúdo com base na defesa da dignidade humana. A este respeito, levantamos as devidas ponderações e ressalvas, por se tratar a dignidade humana de um valor, que poderá ser revestido de conteúdos ideológicos distintos, cambiáveis no tempo e no espaço.

1.1 LIBERDADE E DIGNIDADE HUMANA: A LIBERDADE ENQUANTO UM VALOR ESSENCIAL À CONDIÇÃO HUMANA

Partimos da afirmação de que a dignidade humana equivale a um valor existente em sociedade e que corresponde a uma ideia de justiça e de adequação essencial ao desenvolvimento da vida humana em sua plenitude. Naturalmente, a opção por considerá-la um valor social flexibiliza substancialmente seu conteúdo, possibilitando alterá-lo em conformidade com as transformações sociais no tempo e no espaço em que estiver situado.

Dessa forma, ao longo da história observamos conteúdos distintos para dignidade humana, consoante as variáveis políticas e sociais, havendo pois diferentes expectativas para dignidade humana, em constante revisão, de modo a corresponder aos novos valores sociais.¹

Uma das primeiras aspirações na modernidade (séc. XVIII), no que se refere à dignidade humana foi a afirmação da liberdade enquanto valor essencial à condição humana. Um espaço sem ingerência de terceiros, de modo a garantir a qualquer indivíduo a realização de seus próprios objetivos, sem o dever de obediência a outrem.

Naturalmente, a consciência da liberdade enquanto um poder de autodeterminação necessário à dignidade do ser humano é contemporânea às concepções ideológicas liberais do século XVIII, marcadas pela afirmação da burguesia frente ao absolutismo da monarquia de então. É importante ressaltar que a liberdade para os gregos era unicamente a prerrogativa conferida aos cidadãos de participar das decisões políticas e nisto diferenciava-se do liberalismo clássico (COULANGES, 1971).

A técnica de tratamento implementada à época, consoante a leitura de dignidade humana promovida pelos liberais consistia na consagração formal das liberdades (em Declarações de Direitos e cartas constitucionais) objetivando unicamente a proteção da autodeterminação individual quase absoluta, oponível somente ao Estado, ressaltando apenas o caráter negativo da tutela.

Várias críticas foram posteriormente empreendidas a esta técnica de tratamento, apontando sobretudo a sua superficialidade por não considerar as reais as condições dos indivíduos inseridos em sociedade. Estas considerações partiram principalmente dos adversários das Revoluções Liberais, destacando-se entre eles os socialistas, tais como: Pierre Joseph Proudhon e Michael Bakunin e posteriormente, Karl Marx e Friederich Engels. De outra parte, também a Igreja Católica formulou objeções à afirmação formal das liberdades e procurou fixar uma doutrina em oposição as teorias socialistas. O Papa Leão XIII, em 1891 divulgou a encíclica *Rerum Novarum* pleiteando uma intervenção ativa do Estado na realidade social, promovendo a proteção dos menos favorecidos e relativizando as liberdades burguesas, apontou também a importância das prestações positivas por parte do Estado com vistas à realização da liberdade.

De qualquer forma, ainda que eivada em sua origem (séc. XVIII) dos aspectos ideológicos do paradigma liberal vigente, as liberdades permaneceram como um direito de escolha até os dias atuais, apenas sofrendo alterações quanto às técnicas de tratamento implementadas pelos Estados contemporâneos. Caracteriza-se o modelo liberal pela tutela preferencialmente negativa,

¹ Martins Costa (2002) com um conceito bem mais restrito de dignidade humana. Para ele, este conceito refere-se apenas à 'última ratio da argumentação', com o objetivo apenas de vedar o que está no limite da inumanidade.

e o Estado Social pela técnica de tratamento mista: restritiva (negativa), mas também protetiva, em termos sociais, buscando compatibilizar o exercício das liberdades com as necessidades da coletividade.

Neste sentido, observamos que a liberdade, quanto ao seu conteúdo, caracteriza-se por não haver submissão a outrem, no fato de não estar sob o controle de terceiros, e de não sofrer restrições impositivas, venham estas do Estado ou de outro indivíduo. Verificamos portanto uma inequívoca conotação de restrição dirigida a todos em sociedade, assegurando ao indivíduo o exercício da sua autodeterminação (BURDEAU, 1972).

Estes aspectos redutivo em relação à intervenção de terceiros é ressaltado por Burdeau (1972, p. 10) quando discorre sobre liberdade: “[...] liberdade é a ausência de todo e qualquer constrangimento.” Salienta o autor que esta poderá ser física ou espiritual, explicando que no segundo caso seria considerada como sentimento de independência. Ressalta também a importância da liberdade como a faculdade de participar da elaboração das normas necessárias à manutenção da ordem social. Para o autor, o homem seria efetivamente livre, à medida que o poder não lhe pudesse impor atitude para a qual não houvesse dado consentimentos.

Neste sentido, Berlin (1981) apresenta duas expectativas para o conceito de liberdade: a liberdade negativa, opositora a todo o tipo de ingerência e nesse aspecto em nada difere da grande maioria dos doutrinadores (*freedom of*) e a liberdade positiva, identificada pela expressão *freedom to*, enfocando a liberdade enquanto participação política, aproximando-se, nesta particularidade a Burdeau.

Estas características acima descritas, estão compreendidas pela concepção liberal de liberdade. Entretanto, para o Estado Social, cuja legitimidade se funda no compromisso de harmonizar as assimetrias sociais, não basta apenas a garantia do poder de autodeterminação limitado por lei, fruto do consentimento geral. Há necessidade de que a fruição da liberdade se dê em conformidade com o interesse da coletividade, ou então tal compromisso não terá eficácia social. Observamos portanto plena compatibilidade entre igualdade formal e o tratamento da liberdade no ideário liberal. De outra parte a total compatibilidade entre igualdade material e o reconhecimento das assimetrias sociais, com as técnicas de tratamento dispensadas à liberdade pelo Estado Social.

Com o Estado Social observamos ainda a emergência de um novo conteúdo para a dignidade humana. Nesta nova leitura as expectativas a serem contempladas apontam outros valores como forma de garantia de justiça. Então, para além das liberdades, na busca para contemplar os setores menos favorecidos da sociedade, foram incorporados os direitos sociais.

Para Laski (1945, p. 17), a liberdade é “[...] ausência de coação sobre a existência daquelas condições sociais que, na civilização moderna, são as garantias necessárias da felicidade individual.”

Verificamos que Laski também faz referência ao aspecto restritivo da liberdade, opondo limites à intervenção de terceiros, muito embora nos moldes já de um paradigma de Estado Social.

Muitos outros autores ainda poderíamos relacionar, mas, com certeza, verificaríamos a presença de ambas conotações atinentes à liberdade: a) o aspecto de negação a qualquer coação ou intervenção e b) a possibilidade apenas de submissão a normas para as quais diretamente ou por intermédio de seus representantes houvesse dado consentimento, no Estado Liberal. Veríamos de outra parte no Estado Social, além destas características elencadas, restrições à própria fruição

da autodeterminação, tais como: função social da propriedade, para além da realização do poder de polícia condicionando as liberdades de maneira geral.

Concluimos pois, que a liberdade consiste em um direito de escolha, exercido em determinada situação, circunstância ou espaço social, na qual o indivíduo ou um segmento social (para os casos de liberdade coletiva) exercem plenamente a sua autodeterminação. De outra parte, observamos que a liberdade é por definição limitada. Exclusivamente pela atividade legislativa, nos moldes liberais, com a indicação das condutas ilícitas e, no Estado Social, com restrições outras (além das já elencadas para o Estado Liberal) tendo em vista as necessidades sociais.

1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE: LEGALIDADE INFRA-CONSTITUCIONAL E DIGNIDADE HUMANA

Compreendendo a liberdade como um poder de autodeterminação, reconhecido pelo Estado e positivado em suas constituições, por se tratar de um direito fundamental, cumpre-nos indagar sobre as reais possibilidades de opor limites ao seu exercício.

Certamente, em qualquer circunstância, a liberdade ou as liberdades em espécie deverão respeitar os contornos da esfera de autodeterminação traçada pelo ordenamento jurídico, convivendo em harmonia com outros preceitos constitucionais, de modo a não discrepar da unidade sistêmica pretendida e, de outra parte, não deverão incorrer em condutas ilícitas, preestabelecidas pela legislação infraconstitucional.

Desta forma a lei, enquanto decisão oriunda da soberania popular teria legitimidade incontestável para lhe oferecer restrições, indicando as condutas ilícitas quanto ao seu exercício. Entretanto, para os casos em que a legislação ordinária fosse silente, poderíamos invocar o princípio da dignidade humana para opor limites à fruição das liberdades de maneira geral? Nos casos em que o princípio da dignidade humana tem previsão constitucional, como é o caso brasileiro (art.1º,III, da Constituição Federal), pela natural irradiação que os preceitos constitucionais devem proporcionar às situações concretas em sua interpretação, esta possibilidade seria defensável, todavia, nem sempre haveria consenso a respeito, especialmente para os casos de não previsão constitucional.

Considerando, por outro lado as possibilidades de restrição ao exercício das liberdades promovida pela legislação ordinária, forma tradicional prevista pela maioria dos ordenamentos jurídicos de tradição romano/germânica, haveria maior consenso a respeito, desde que não fosse colocada a liberdade em tela como um valor de hierarquia superior aos demais direitos fundamentais.

Assim, passamos então a discorrer sobre o mecanismo acima referido, numa tentativa de melhor compreender a natureza das restrições impostas à fruição das liberdades em espécie, por meio de legislação infraconstitucional.

Entre as variáveis de comportamento em face do dever ser estatal, identificamos apenas três possibilidades de ação para o indivíduo: ou ele está obrigado ao cometimento de um ato; ou está proibido a empreendê-lo; ou, ainda, para aquela circunstância estabelecida por lei existe a garantia de escolha da conduta mais adequada. Trata-se, este último caso, da liberdade: um direito à autodeterminação reconhecido pelo Estado.

Entretanto, mesmo havendo previsão legal para escolha, a liberdade não poderá ser exercida de forma ilimitada. É fundamental o entendimento de que a escolha, por definição, apresenta

limites quanto ao seu exercício. Qualquer conduta que ultrapasse os limites dessa esfera de auto-determinação poderá ser objeto de repressão. Assim, por exemplo: a liberdade de Manifestação do Pensamento estabelecida pelo ordenamento jurídico, não autoriza a calúnia ou a injúria, condutas estas situadas para além da possibilidade de escolha garantida pela liberdade de expressão. Nesse sentido, poderíamos observar ainda outro exemplo: a liberdade de Culto Religioso. Esta não é compatível com o sacrifício de criancinhas, ainda que este esteja previsto em algum ritual religioso. São, pois, condutas inadmissíveis, reprovadas pela sociedade, que teriam ultrapassado os limites da liberdade de culto religioso, passível portanto de ação repressiva estatal.

A liberdade, quando inserida e tutelada pelo ordenamento jurídico faz contraponto com a legalidade, por ele mesmo estabelecida, que lhe oferece os limites de atuação e escolha. Objetiva-se que o indivíduo poderá, no exercício da liberdade, escolher livremente até encontrar uma lei que lhe imponha uma obrigação ou uma proibição. Deverá então autodeterminar-se até que uma lei disponha em sentido contrário a sua escolha. A proibição e a obrigação quando objeto de lei (espécie normativa originada do legislativo) constituem os limites ao exercício da liberdade.

Dessa forma, temos o núcleo da liberdade tutelada diretamente pela Constituição, por se tratar de Direito Fundamental. Entretanto, os contornos que lhe estabelecem limites estão disponibilizados mediante leis do ordenamento jurídico que impõem obrigações ou proibições.

É importante entretanto ressaltar que estes limites deverão se originar em leis em sentido estrito, ou seja ato normativo originado do Congresso Nacional. O sentido para este entendimento é preciso: a limitação para o exercício da liberdade somente poderá advir de decisão para a qual houve consentimento popular. Assim, somente a lei enquanto decisão oriunda da soberania popular (diretamente ou mediante seus representantes) teria legitimidade para opor limites ao exercício da liberdade. Por extensão, consoante Ferreira Filho (2000) outros atos normativos primários seriam capazes também de estabelecer tais limites: medidas provisórias e leis delegadas.

Verificamos, pois, que os limites ao direito de escolha somente poderão ser interpostos pela vontade popular, expressa por intermédio de leis, buscando sempre a defesa do interesse da coletividade, na proteção do direito de todos. Decretos regulamentares, portarias e outros dispositivos não teriam legitimidade popular para tanto e seriam tentativas infrutíferas em face da legalidade exigível para o caso em tela.

1.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE DE CONVICÇÃO SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES

A Liberdade de Pensamento enquanto modalidade de liberdade considerada em si mesmo, antes de sua comunicação dirigida à sociedade, pouco interesse tem despertado para a diversidade dos doutrinadores na área do direito. Em verdade compreende-se tratar de matéria unicamente atinente ao próprio indivíduo e sua esfera intelectual, sem interesse à sociedade e ao ordenamento jurídico.

Em que pese esta afirmação desconsiderar a importância dos formadores de opinião (proselitismo), ou da mídia, ou ainda a força da propaganda, para além de eventuais manipulações dos fatos veiculados, capazes de condicionar o pensamento, ainda hoje tal entendimento é ensinado de forma recorrente. A preocupação com a tutela da liberdade na própria elaboração do pensamento tem sido relegada a segundo plano.

Entretanto, parece não haver dúvidas no que se refere à tutela do pensamento quando ele se desloca do foro íntimo, ou simples função psíquica, para a palavra manifesta. Tutela-se, portanto, a Liberdade de Manifestação do Pensamento quando dirigida ao público, ou em caráter sigiloso. De igual maneira esta proteção alcança a palavra escrita, ainda quando veiculada pela imprensa.

Observamos então que a Liberdade de Pensamento ganha expressão enquanto uma liberdade primária, da qual outras liberdades são derivadas (COLLIARD, 1972). O Ser Humano, social por excelência, sente a necessidade de transmitir seu pensamento, de forma direta e imediata, quando se encontra em presença de outro homem. Temos então a Liberdade de Pensamento que poderá ter caráter público ou sigiloso. Entretanto, quando houver entre o Ser Humano que emite o pensamento e a pessoa que o recebe, um veículo de comunicação (imprensa, televisão, rádio, etc.) temos para o caso descrito o desdobramento de mais um aspecto da proteção: a Liberdade de Imprensa, ou a tutela do Direito de Informar, essencial à consolidação da democracia nos Estados contemporâneos. Consistem ambos no direito de veicular livremente o pensamento e os fatos, sem submetê-los à censura de qualquer natureza.

Como decorrência do Direito de Informar (liberdade individual) afirma-se o direito da coletividade à informação. Observa-se, portanto, o deslocamento da liberdade individual (liberdade de imprensa) para o direito de caráter difuso: o Direito da coletividade à informação (GRECO, 1974).

De outra parte, entre as liberdades que focam o pensamento, ressaltamos a necessidade ainda de uma distinção. Esta refere-se aos casos em que o pensamento abandona a singeleza de um simples pensar, sem grandes comprometimentos, para transformar-se em uma convicção de cariz filosófico ou religioso. Nesses casos, as repercussões são profundas e transformadoras na órbita do comportamento humano. Uma convicção, tenha ela natureza filosófica ou religiosa, não se restringe apenas ao foro íntimo, implica a externalização de um agir em sociedade, consoante a ideologia adotada. Torna-se inclusive muito difícil a identificação de uma convicção. Invariavelmente, aquele que a possui evidencia um comportamento pertinente ou uma atitude intelectual consoante a convicção de sua escolha.

Assim, por exemplo, aquele que adotou por convicção a filosofia Vegan,² terá o hábito de alimentar-se sem a ingestão de alimentos derivados de animais, por convicções éticas de respeito a estes. Também vai apresentar-se vestido com tecidos não especistas, como couro, seda, lã, etc. Verificamos, portanto, que a convicção não constitui apenas um pensamento fortuito, facilmente cambiável, mas, ao contrário, implica a reprodução de hábitos comportamentais próprios a esta convicção. Não se trata de proselitismo, ou do simples ato de manifestar o pensamento. Falamos de uma interação em sociedade pautada pela convicção.

Situação equivalente há de ser observada quando a convicção recai sobre as religiões em geral. É comum encontrarmos padres fora de seus templos católicos envergando vestimentas sacerdotais, como batinas e crucifixos; judeus exibindo em festas ou em público, nas ruas, sua Kipa e a utilização das burcas por mulheres muçulmanas.

² Vegan é a terminologia utilizada na língua inglesa; no português utiliza-se a palavra vegano. Porém, termo esse bem menos conhecido do que o primeiro citado. Para saber mais sobre essa filosofia acessar o *site* <www.americanvegan.org>.

Ao observarmos tais fatos somos levados a concluir que o respeito à liberdade de convicção (filosófica, política ou religiosa) não pode se restringir apenas à Liberdade de Culto Religioso ou à Liberdade para a criação de partidos políticos ou agremiações para a veiculação de ideologias. Sem dúvida, a tutela dessas liberdades é fundamental à garantia da liberdade de convicção. Entretanto, o que se ressalta aqui é a necessidade de uma proteção mais ampla para a Liberdade de Convicção. Esta deve compreender o respeito à exteriorização de um comportamento, para além dos templos religiosos, consentâneo com a convicção, como forma de garantia da dignidade de cada um, em sua diversidade.

Ainda, como Liberdade de Convicção, apontamos também a importância do direito de criar a sua própria religião, bem como de não seguir nenhuma, adotando o ceticismo.

1.4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERALISMO: TÉCNICAS DE TUTELA PROMOVIDAS PELO ESTADO LIBERAL

Com vistas a desenhar uma estrutura organizacional para os Estados modernos, afastar definitivamente os regimes absolutistas e estabelecer as bases para a implementação das democracias modernas, ganha força na segunda metade do século XVIII o movimento social conhecido como: “Constitucionalismo”.

Com pretensões jurídico-políticas, este movimento teve por objetivo implantar através das cartas constitucionais escritas, um sistema que ao mesmo tempo pudesse estabelecer limites irreversíveis ao exercício do poder do Estado e garantisse, em contrapartida, os direitos essenciais do cidadão.

Tratou-se portanto de um movimento em defesa das constituições, mas sobretudo uma proposta política de cunho ideológico/revolucionário com vistas a promover limites ao exercício do poder da monarquia absolutistas, para garantir em contrapartida, o mais amplo poder de auto-determinação para a burguesia emergente.

Desta forma, quando consideramos a dimensão social e política do movimento constitucionalista, a partir de meados do século XVIII, devemos sobretudo ressaltar sua importância para as Revoluções Liberais e ascensão da burguesia que constituíram referências relevantes para a derrocada do absolutismo e a definição do paradigma liberal clássico.

Para o segmento social burguês, expressivo em termos econômicos, a referência central foi a luta em defesa das liberdades como valor essencial à dignidade humana e a construção de um Estado com ingerência mínima quanto ao poder de autodeterminação de seus cidadãos: o Estado Gendarme.

De outra parte, a criação do Estado moderno representou também, e de maneira inequívoca, a opção por uma racionalidade laica, baseada em ideias iluministas que, entre tantas propostas, também repeliam qualquer subordinação aos preceitos religiosos afirmando a autonomia entre o pensamento político e o religioso.

O Estado moderno situa-se portanto ligado a esta nova racionalidade política que ganha expressão no século XVIII e surge laico, em oposição ao Estado Confessional.

Quanto ao Estado Moderno laico é interessante notar também que ele não adota uma ideologia irreligiosa ou antirreligiosa, A convivência entre as esferas temporal e espiritual traduz-se em autonomia e reciprocidade e não significa confronto entre Estado e Igreja.

Desta forma podemos observar que a construção histórica de afirmação das liberdades tem início com a proteção da liberdade religiosa numa tentativa de demarcar os espaços ocupados pelo pensamento político e o ideário religioso. No século XVIII a grande maioria dos Estados reivindicam princípios laicos, como forma de afastar a Igreja Católica de qualquer ingerência política.

No que se refere a reciprocidade e autonomia entre religião e política, John Locke manifesta-se em sua obra “Epístola sobre a tolerância”, afirmando que o poder político não deve emitir juízos sobre religião, por não ter legitimidade ou competência para elaborar conceitos em matéria de fé. De outra parte indica que a Igreja deve se restringir ao campo exclusivamente espiritual, por meio do culto a Deus, sem qualquer ingerência em bens terrenos e sobretudo não utilizar-se da força enquanto elemento de persuasão. A adesão à fé, segundo o autor, deve advir espontaneamente, pela formação livre de uma convicção religiosa.

Milton, em 1644, em sua obra “Areopagítica” defende a Liberdade de Expressão enquanto livre discussão de ideias e expõe suas críticas à coação como forma de impor uma vontade externa. Também aponta os livros como repositórios da sabedoria da vida, considerando a censura um homicídio à própria razão.

Voltaire (2000) redige o “Tratado da Tolerância” baseado no assassinato de Marc Antoine, filho de Jean Calas, pelo seu próprio pai, para impedi-lo de converter-se ao catolicismo.

Voltaire é ainda responsabilizado por autores como Lee (1990) e Brugger (2007) inclusive por ter estabelecido argumentos para o discurso do ódio, na defesa da Liberdade de Expressão e Convicção Religiosa.

O que nos parece interessante ressaltar neste momento é a importância que a defesa das Liberdades de Expressão e de Convicção Religiosa adquirem para a edificação do Estado moderno e afirmação do paradigma liberal: a liberdade de Expressão do Pensamento, torna-se essencial como forma de garantir a vinculação e propagação dos ideários das Revoluções Liberais e, de outra parte a Liberdade de Convicção Religiosa opõe limites ao poder político da Igreja Católica procurando afastá-la de qualquer ingerência nesta área.

Assim, descartada a monarquia absolutista com a construção do Estado mínimo e a divisão das funções do poder estatal, estabelecidas em cartas constitucionais, e ainda afastada a ingerência da Igreja em assuntos políticos, pode então a burguesia ascender de forma irreversível ao cenário político da modernidade.

Estas transformações, como forma de evitar eventuais retrocessos, aparecem firmadas nas Declarações de Direitos posteriores às Revoluções Liberais.

A Revolução Americana de 1776 proclama as Declarações de Direitos dos Estados Americanos de 1776 e dá lugar à edição da Declaração da Virgínia de 1776. A Liberdade de Convicção Religiosa, acha-se mencionada no seu artigo 16. A Igualdade formal também vem garantida na seção 4, e o artigo 12, por sua vez positiva a Liberdade de Imprensa como garantia à Liberdade de Expressão.

Em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão lança os fundamentos para a afirmação da ordem liberal, conclamando a relevância das constituições para este propósito (artigo 16). Nesta oportunidade evidência também clara opção pelo laicismo, estabelecendo (artigo 10) a Liberdade de Opinião, inclusive a religiosa, desde que a sua manifestação não confronte a ordem pública.

Observamos ainda nesta declaração a consagração do princípio da igualdade na sua dimensão formal, ao lado das afirmações das liberdades enquanto direitos fundamentais do Homem.

Entre as principais características do paradigma liberal firmado à época pelas Revoluções Liberais e Declarações de Direitos, destacamos algumas que nos parece contribuir para o tema desenvolvido:

- a) A defesa das liberdades enquanto poder de autodeterminação oponível ao Estado, cuja afirmação torna-se essencial à garantia da dignidade humana, consoante as expectativas da burguesia no século XVIII;
- b) As Liberdades de Expressão e de Convicção Religiosa ganham especial destaque no período revolucionário, consolidando o espaço apropriado à implementação da liberdade econômica e seus derivativos, necessários ao desenvolvimento da economia nos moldes burgueses;
- c) A igualdade é formalmente declarada como um atributo próprio da Humanidade, sem as necessárias considerações sobre assimetrias reais da sociedade. A igualdade formal contempla perfeitamente as necessidades do segmento burguês em ascensão, mas exclui os setores subalternos da sociedade;
- d) A defesa de um Estado de mínima ingerência na vida econômica e social, sem o compromisso com as demandas dos setores subalternos da sociedade. Tal proposta, atende perfeitamente à necessidade plena de autodeterminação propugnada pelo segmento burguês em ascensão.

Dentro deste cenário, no qual se desenvolve o paradigma liberal clássico, as técnicas de tratamento implementadas para a tutela das liberdades serão extremamente permissivas, na medida em que o Estado que as garante se abstém de qualquer intervenção, consoante o princípio do *laissez-faire*. De outra parte, para o segmento burguês, a defesa das liberdades de forma irrestrita está intimamente ligada ao exercício da sua cidadania enquanto ator social: plena, livre e sem restrições.

Desta forma, dentro da perspectiva liberal/burguesa, as liberdades em geral e em especial a Liberdade de Expressão devem ser fruídas sem restrições, justificando inclusive a exclusão social de setores subalternos da sociedade.

Em face dos argumentos apontados haveria, no que se refere à Liberdade de Expressão, plena justificativa para a proteção do discurso do ódio, discriminatório que é na sua essência, ainda que pudesse significar a exclusão social de grupos sociais minoritários.

1.5 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ESTADO SOCIAL: O RECONHECIMENTO DAS ASSIMETRIAS SOCIAIS

Com a afirmação das concepções liberais seguiu-se um período extremamente propício, à concentração de capital e desenvolvimento tecnológico, entretanto é forçoso reconhecer que a evolução gerada pela implementação do ideário liberal não se deu de forma linear. Ao contrário, a capacidade para a concentração de riqueza criou condições favoráveis ao surgimento das crises

cíclicas na economia do mundo ocidental, que desencadearam as Guerras Mundiais do século XX, evidenciando as contradições do sistema econômico liberal.

A partir de então foi possível observar a afirmação do paradigma de intervenção estatal em substituição à ordem liberal de intervenção mínima e a emergência do Estado Social de corte intervencionista com escopo de solucionar as falhas da liberdade de mercado.

Para tanto, o Estado passou ao reconhecimento das assimetrias sociais, promoveu o controle da economia (incentivando seus setores vitais) e procurou implementar a justiça redistributiva necessária à pacificação dos conflitos sociais.

O reconhecimento pelo Estado Social de novos atores, com expectativas específicas, distintas das tradicionais demandas burguesas (o proletariado) levou à reconfiguração do conteúdo da dignidade humana pela incorporação de novos direitos (direitos sociais) oriundos das reivindicações dos grupos sociais subalternos.

Assim, constatamos a incorporação paulatina dos direitos trabalhistas e previdenciários ao rol das liberdades já assimiladas pelo conteúdo da dignidade humana, como forma de administrar o conflito capital/trabalho.

Posteriormente, já na década de noventa do século XX, mais conhecida como a época do “pós-socialismo”, observamos uma realidade bastante distinta no que toca à esfera social. A fragmentação do tecido social tornou-se evidente com a emergência de grupos organizados, com reivindicações próprias, que imprimiram modificações profundas à sociedade contemporânea.

Em verdade, estas novas expectativas geraram solicitações que privilegiaram sobretudo as diferenças existentes entre os vários setores sociais, confrontando-os com os valores tradicionais que atribuíram ao Estado a responsabilidade pela minoração das desigualdades, deixando em segundo plano a diversidade (ROSANVALLON, 1997).

Este descompasso entre o valor básico que fundamentou o Estado Social, qual seja: a diminuição das desigualdades sociais e os valores denominados “pós-materialistas”, que buscam sobretudo qualidade de vida (ecologia, lazer, etc.), muito contribuiu para a transformação dos Estados intervencionistas de cunho social.

Desta forma, outros tipos de injustiças, para além da luta do proletariado se fizeram presentes e buscaram seu reconhecimento, pontuando descontentamentos e distorções que não seriam solucionados unicamente por meio da justiça redistributiva.

De outra parte, a ideia do reconhecimento dos mais variados grupos sociais implicou na necessidade de garantir a liberdade de expressão para estes segmentos minoritários como forma de viabilizar sua participação política, como vistas à construção de uma democracia pluralista, numa perspectiva de inclusão social.

As lutas e as exigências de justiça destes movimentos libertários estão referidas na importância do reconhecimento de suas diversidades, secundarizando para tanto muitas vezes inclusive dimensões ontológicas relevantes que poderiam ativar reflexões políticas mais abrangentes (ex: construção de um projeto comum emancipatório contra a opressão), do que uma simples retórica de conteúdo moral e apelo ao reconhecimento das diferenças.

Quando observamos esta dinâmica própria dos movimentos sociais contemporâneos, constatamos a importância da qual se reveste a Liberdade de Expressão para a construção da democracia pluralista que se afirma na atualidade. O novo imaginário da era “pós-socialismo”, quando fez emergir movimentos emancipatórios renovou as expectativas quanto ao exercício

das Liberdades de Pensamento. Estas transformaram-se em veículos relevantes à propagação das ideias necessárias à construção de um novo referencial para a dignidade humana, possibilitando a formação da identidade de grupo, intercâmbio de opiniões e experiências, e ainda a exposição de suas reivindicações.

Para fazer frente às novas demandas, especialmente aquelas ligadas à etnia, ao gênero e as discriminações, as mais variadas, foram formuladas políticas públicas sociais de inclusão, sempre dentro de uma perspectiva de proteção das diversidades originadas dos setores desfavorecidos.

Portanto, para o Estado contemporâneo, a Liberdade de Pensamento tem caminhado juntamente com a defesa da dignidade destes segmentos minoritários. Desta forma, o paradigma estatal de intervenção, dentro de uma perspectiva de inclusão, seria ideologicamente incompatível com a proteção do discurso do ódio, na medida em que tal manifestação é em essência segregacionista e tem por objetivo humilhar e calar a expressão das minorias.

1.6 DISCURSO DO ÓDIO: A BUSCA DE UM CONCEITO OPERACIONAL

Em verdade trata-se o discurso do ódio, de uma variável da Liberdade do Pensamento e como tal, enquanto apenas sentimento de rejeição ou ódio não externado, não tem interesse para o mundo jurídico. Entretanto, quando manifesto, o discurso do ódio repercute enquanto expressão do pensamento e de acordo com Waldron (2010), passa a gerar efeitos nocivos que poderão perdurar no tempo de acordo com o veículo de transmissão utilizado.

Assim, a palavra veiculada oralmente, dirigida ao público trará impacto imediato, mas se impressa e publicada, poderá promover um dano que permanecerá ao longo do tempo. Consequentemente, é possível afirmar que um discurso consoante o meio de divulgação escolhido, promoverá maior impacto (SILVA et. al, 2011). Nestes casos teríamos com o advento das novas tecnologias (internet) a viabilidade de um prejuízo em escala mundial, trazendo ainda uma dificuldade maior no que toca a questão do anonimato e sua investigação de autoria (MACHADO, 2002).

Na busca de um conceito operacional para o discurso do ódio (hate speech), observamos que este apresenta como elemento central a expressão do pensamento que desqualifica, humilha e inferioriza indivíduos e grupos sociais.

Tem por objetivo propagar a discriminação desrespeitosa para com todo aquele que possa ser considerado “diferente”, quer em razão de sua etnia, opção sexual, condição econômica, gênero; para promover a sua exclusão social.

A este respeito observamos Thweatt (2001) em suas considerações sobre o discurso do ódio ressaltar que, para além das discriminações de grupos minoritários, o foco central do ódio é a desvalorização do outro.

Por outro lado há que se pontuar o dano difuso provocado. Em verdade, ainda que um indivíduo seja referido neste discurso haverá violência ao segmento social ao qual ele pertence, na sua integralidade. Trata-se portanto de um dano não divisível, portanto difuso em sua abrangência (SILVEIRA, 2007).

De outra parte, é possível observar que tal discriminação indica não apenas uma diferença, mas uma assimetria entre duas posições: uma supostamente superior, daquele que expressa o ódio e outra inferior, daquele contra o qual a rejeição é dirigida.

O objetivo pretendido é humilhar para amedrontar pessoas ou grupos sociais evidenciando que, por suas características específicas, não são dignos da mesma participação política (WALDRON, 2010). Calar, excluir e alijar são propósitos da manifestação do ódio.

Alguns autores como Simon Lee (1990), atribuem a Voltaire a responsabilidade pela defesa do discurso do ódio, enquanto manifestação legítima do pensamento, necessária à afirmação da democracia. Para estes casos a tolerância deveria provir dos setores discriminados que suportariam as ofensas originadas dos discursos em nome da defesa da democracia.

Esta é, por exemplo, a proposta de Escámez (2005, p. 11) que propugna pela “Tolerância como uma resposta frente à humilhação das sociedades modernas”.

Sem dúvida, a democracia considerada pelos padrões liberais burgueses contemplaria a Liberdade de Expressão, exercida em sua plenitude compreendendo inclusive a manifestação do ódio. Assim haveria prevalência da Liberdade de Expressão sobre a dignidade dos ofendidos.

De outra parte, a aceitação de discursos do ódio, legitimaria a competição entre eles, sempre com a crença de que o melhor discurso prevaleceria, cabendo aos ofendidos aguentar a rudeza da violência levada a efeito.

Entretanto, se enforcamos a democracia contemporânea que se afirma em sua pluralidade, a tolerância significa respeito à alteridade e à personalidade do ofendido, conseqüentemente, o discurso do ódio, na medida em que tende a inviabilizar o caráter comunicativo da Liberdade de Expressão não pode ser aceito, quer pelo desrespeito aos direitos do ofendido, quer porque busca a sua exclusão do exercício da cidadania, comprometendo a própria democracia.

Observamos portanto, que a proteção ou proibição do discurso do ódio é matéria controvertida e os sistemas jurídicos, refletindo a opção política/ideológica do paradigma estatal dará tratamentos distintos ao tema: os Estados liberais tenderão a valorizar a Liberdade de Expressão de forma irrestrita, protegendo na prática o discurso do ódio (BRUGGER, 2007), enquanto que os Estados sociais oporão limites à Liberdade de Expressão como forma de proteger a manifestação dos grupos minoritários, para legitimar as decisões em suas democracias.

1.7 DISCURSO DO ÓDIO: TUTELAS DISTINTAS EM DIFERENTES PAÍSES

a) Estados Unidos

Nos Estados Unidos, a primeira emenda da sua Constituição apresenta vedação expressa ao Congresso, no que se refere à atividade legislativa, destinada a opor limites à Liberdade de Expressão, bem como à Liberdade de Imprensa.

Desta forma, a Suprema Corte estadunidense tem sistematicamente protegido o discurso do ódio como forma de garantir a Liberdade de Expressão, inclusive desprestigiando outros valores. Entretanto segundo Fiss (2005) nem sempre isto ocorre desta forma, houve momentos em que ganhou destaque o entendimento de que a Liberdade de Expressão deveria sofrer restrições. Esta situação ocorreu quando se pretendeu a supressão do Partido Comunista nos Estados Unidos, sob a justificativa da necessidade de inviabilizar a propagação do stalinismo.

O maior perigo entretanto, no que se refere ao discurso do ódio, não é a persuasão do discurso a outros membros da sociedade, mas ao contrário, é a imposição autoritária de ideias preconceituosas com o propósito de fazer calar grupos minoritários (FISS, 2005).

Decisão importante, reveladora desta proteção esta referida no caso *Brandenburg versus Ohio* em 1969, em que um indivíduo líder da Ku Klux Klan foi condenado pela Suprema Corte de Ohio por apologia ao crime, ao defender a violência e métodos de terrorismo como meio de empreender reforma política e industrial.

Em uma reunião filmada por um jornalista convidado, havia ainda o pronunciamento de palavras de ordem valorizando brancos e depreciando negros e judeus.

Esta decisão foi revertida pela Suprema Corte estadunidense. Os juízes Black e Douglas entenderam que a doutrina do perigo claro e eminente de dano (*clear and present danger*) não deveria ser levada em conta em tempos de paz, na interpretação da primeira emenda da Constituição. Constatou ainda a Corte, a falta de evidência do incitamento porque a Ku Klux Klan defendeu ideias abstratas e com convicção, não tendo o governo o poder de invadir o espaço da crença.

Outra decisão no sentido da proteção do *hate speech* aparece descrita no caso *R.A.V. versus City of Saint Paul* (1992) Minnesota.

Nesta oportunidade alguns adolescentes foram presos por invadir o quintal de uma família afrodescendente e atear fogo a uma cruz. A Suprema Corte de Minnesota, com base em legislação estadual, que tipificava crimes motivados por preconceito entendeu que tal ato consistia em clara demonstração de depreciação em razão de raça e proferiu a condenação.

A Suprema Corte estadunidense entretanto reverteu também esta decisão considerando inclusive inconstitucional a Lei do Estado de Minnesota, porque esta estabelecia restrições para preconceito, envolvendo raça, cor, credo religioso, etc; proibindo palavras de ordem que contivessem o discurso do ódio.

Argumentou ainda que o governo não pode regular categorias de discurso com base em hostilidades ou favoritismos, tais como os discursos depreciativos em razão de raça, por exemplo. Estas manifestações estariam protegidas pela Liberdade de Expressão e pela primeira emenda da Constituição estadunidense.

b) Alemanha

Em países como a Alemanha, especialmente após a segunda guerra mundial, observa-se preocupação clara com a regulação da Liberdade de Expressão e a repercussão do discurso do ódio.

Sem dúvida a Liberdade de Expressão constitui direito fundamental mas convive com o princípio da dignidade humana a lhe opor limites.

É importante ressaltar também que o princípio da dignidade humana adquire valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico alemão consagrado no artigo 1º da Lei Fundamental, Constituição promulgada no pós-guerra conhecida como a Lei Fundamental de Bonn (SILVEIRA, 2007).

Desta forma, haverá sempre a ponderação entre a Liberdade de Expressão e outros direitos fundamentais.

Para os casos de violação de um direito constitucional a solução se dará pelo princípio da proporcionalidade, com base em uma análise multinível consoante Brugger (2002).

Por outro lado, é importante mencionar também que a negação do holocausto não é considerada manifestação do pensamento possível. Para a Alemanha trata-se de negação de fato ocorrido e não de mera expressão do pensamento.

Este entendimento advém do julgado da Corte Constitucional alemã de 1994, que se posicionou sobre a tese revisionista do historiador David Irving sobre a não existência do holocausto, como um dado histórico (SARMENTO, 2006).

Caso relevante entretanto ocorrido na Alemanha, na década de noventa, refere-se à condenação de alguns indivíduos por crime de insulto às Forças Armadas.

Estas pessoas foram condenadas pela distribuição de cartazes que continham afirmações de que os soldados eram assassinos em potencial.

A Corte Constitucional alemã discutiu a condenação entendendo que não havia hipótese de crime contra a honra, na medida em que não havia acusação de homicídio dirigida a nenhum soldado. Tratava-se apenas de um protesto contra a guerra.

Observa-se portanto, que a Liberdade de Expressão foi privilegiada pelo Tribunal Constitucional alemão neste caso em tela (BRUGGER, 2002).

Constatamos então que o discurso do ódio tende a ser rejeitado pelo modelo alemão de abordagem. Entretanto, vale ressaltar que a Liberdade de Expressão será sempre tutelada como um direito fundamental.

c) **Brasil**

No Brasil, a Liberdade de Expressão é constitucionalmente prevista com um direito fundamental (art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988). Sua tutela consiste na consagração da plena autonomia para o seu exercício, vedando apenas o anonimato como forma de evitar a verbalização do discurso sem a devida responsabilidade.

Entretanto, é importante ressaltar que esta liberdade, como as demais, não são de fruição ilimitada. Esta referida no sistema constitucional pelo princípio da legalidade. Assim, consoante do art. 5º, II da CF/88, a possibilidade de escolha estará sempre limitada pela integralidade do ordenamento jurídico; a) em normas constitucionais, quando terá que conviver com outros valores também prestigiados pela constituição, como a dignidade humana, direitos de personalidade, etc.; b) pelas normas infraconstitucionais que tipificam c. 7716/89, que aponta os crimes de preconceito em razão de raça, cor, etnia, religião, etc.

Portanto, o que se pode depreender é que a Liberdade de Expressão não é absoluta, nem um direito fundamental de hierarquia maior, aos moldes da tutela estadunidense. Terá que ser compatibilizada com outros direitos fundamentais, em respeito ao sistema constitucional em vigor. Para tanto, poderão ser utilizados, em casos de violação de direitos, uma solução promovida pelo princípio da proporcionalidade ou da cedência recíproca entre valores constitucionais, ou ainda outros recursos disponibilizados pela hermenêutica.

Quanto ao discurso do ódio entretanto, observamos vedações expressas infraconstitucionais promovidas pela Lei n. 7716/89 que tipifica em seu artigo 20, como condutas criminosas, a prática da discriminação que deprecia e desqualifica em razão da raça, cor, etnia, procedência nacional ou religião.

Fica claro portanto o limite promovido por texto de lei infraconstitucional à Liberdade de Expressão, consoante o art. 5º, II da CF/88, que estabelece o princípio da legalidade.

Entretanto, apesar de num primeiro momento, estas questões doutrinárias e dogmáticas aparentarem já certa estabilidade, constatamos ainda que são controversas, especialmente quando verificamos decisões do Supremo Tribunal Federal, como esta que ora trataremos.

O caso Siegfried Ellwanger

O caso que ora evocamos com brevidade, refere-se ao editor Siegfried Ellwanger, que escreveu e publicou livros pregando e justificando o ódio aos judeus. Acusou-os de responsabilidade pelas mais variadas mazelas e problemas mundiais, inclusive a eclosão da segunda guerra mundial.

Incitou portanto em seus livros, a aversão ao povo judeu, para além de pregar a sua segregação.

Seus livros foram: Holocausto Judeu ou Alemão?; Nos bastidores da mentira; Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra.

Fica evidente, para além da questão religiosa de rejeição ao Judaísmo, a prática do discurso do ódio, evidenciada pela clara desqualificação promovida ao povo judeu.

Dois aspectos, ambos atinentes à dignidade humana foram evocados: Liberdade de Expressão e discriminação étnica contra os judeus.

Aparentemente tal conflito seria de fácil solução, uma vez que a discriminação étnica mostrava-se inequívoca e a vedação era expressamente prevista pela Lei n. 7716/89 em seu artigo 20.

Entretanto, já em primeira instância encontramos decisões que privilegiam a Liberdade de Expressão, entendendo que não havia crime de discriminação contra a comunidade judaica.

Finalmente, chegando o caso Siegfried Ellwanger ao Supremo Tribunal Federal, incorreram, aos autos os mais contraditórios argumentos, claramente eivados de ideologias distintas, não apenas sobre a conceituação de racismo, mas também quanto aos limites ao exercício da Liberdade de Expressão.

O ministro Ayres Brito considerou em seu voto que a Liberdade de Expressão seria uma liberdade de hierarquia maior e portanto excludente de qualquer limite, aos moldes da tutela estadunidense, justificando o discurso do ódio.

Já o ministro Moreira Alves, em seu voto afirmou categoricamente que os judeus não constituem uma raça, indicando que tal constatação poderia ser verificada em razão de dados físicos como cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, etc. Não havendo raça, o crime não poderia ser enquadrado como racismo. Pronunciando-se desta forma também justificou o discurso do ódio.

Observa-se portanto que, mesmo havendo previsão legal para a discriminação racial tipificando-a como crime, decisões foram proferidas contra a Lei n. 7716/89.

Felizmente tais fundamentos não influenciaram a unanimidade dos votos e a decisão final acabou por repudiar o discurso do ódio.

Desta forma, a Liberdade de Expressão não constituiu justificativa para acobertar manifestações preconceituosas, nem incitar a violência e a intolerância contra grupos humanos.

Quanto ao tema deveríamos ainda formular uma última questão pertinente à realidade brasileira. Poderia a dignidade humana opor limites à Liberdade de Expressão? (SILVA et. al., 2011).

Consoante a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais e a irradiação que seus preceitos devem promover a todo o ordenamento jurídico (calcando inclusive as relações privadas), não teríamos dúvidas em uma resposta afirmativa, até porque trata-se, a dignidade humana, de norma fundamental de eficácia plena (art. 1º, III, CF/88).

Entretanto, não podemos nos olvidar que a dignidade humana é um valor passível de várias leituras de cunho ideológico que podem transitar do liberalismo ao Estado Social, justificando por vezes o discurso do ódio como mero exercício da Liberdade de Expressão; ou fundamentando o seu repúdio de forma definitiva.

Neste sentido, os votos dos ministros do S.T.F. no caso Ellwanger, devem servir de alerta quando nos demonstram as várias leituras possíveis para a dignidade humana.

1.8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Numa perspectiva de estabelecer os contornos à Liberdade de Expressão e precisar o seu conteúdo deparámo-nos com o discurso do ódio enquanto manifestação ofensiva e repulsiva, dirigida em especial a grupos minoritários da sociedade contemporânea, com o objetivo de promover a sua segregação e minimizar sua participação no exercício da cidadania
2. No que se refere às relações entre a Liberdade de Expressão e o discurso do ódio, observamos que a Liberdade de Manifestação do Pensamento consoante as técnicas de tratamento promovidas pelo Estado Liberal tenderá a ser admitida na sua integridade, como um direito fundamental de maior hierarquia, sobrepondo-se aos demais valores constitucionais, sem quaisquer restrições a sua função.
3. Desta forma, o discurso do ódio passa a ser considerado forma legítima de Liberdade de Expressão, necessária à afirmação democrática. Quanto aos ofendidos pelo discurso, estes deverão tolerar as ofensas em nome da afirmação da democracia.
4. A Liberdade de Expressão tutelada pelo Estado Social de corte intervencionista, tenderá todavia a sofrer limites ao seu poder de autodeterminação, como forma de atender às demandas dos segmentos subalternos, numa perspectiva de inclusão social.
5. Os grupos sociais libertários, organizados com base na sua diversidade (etnia, orientação sexual, opção religiosa, etc.) buscam na Liberdade de Expressão a visibilidade necessária à expressão de suas lutas e reivindicações.
6. Desta forma, não pode o Estado Social, sob pena de comprometer a legitimidade de suas decisões, admitir o discurso do ódio, porque este tem por objetivo segregar e calar a expressão de grupos minoritários.
7. Considerando ainda os limites à Liberdade de Expressão para garantir a participação de grupos minoritários, poderíamos indagar sobre a visibilidade de restrições ao seu conteúdo, com base na defesa da dignidade humana, para os casos não previstos em norma infraconstitucional.
8. Constatamos que o a dignidade humana, por se tratar de um valor, ainda que prevista em texto constitucional, não será revestida de conteúdo ideológico que poderá transitar do liberalismo/burguês, às concepções do Estado Social.

9. Desta forma, poderíamos ter irradiações de seu conteúdo, a proibição do discurso do ódio, mas também a sua proteção.
10. Estas afirmações podem ser constatadas da leitura dos votos dos ministros do S.T.F., no caso Ellwanger.

REFERÊNCIAS

- BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wumberto Hudson Ferreira. Brasília, DF: Ed. da UNB, 1981.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, v. 15, n. 117, jan./mar. 2007.
- BRUGGER, Winfried. XVI Congresso f the International Constitucional Law. The Constitucional Treatment of Hate Speech. *The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law*. Brisbane, v.14, n. 20, p. 1-52, July, 2002.
- BURDEAU, Georges. *Les Libertés Publiques*. 4. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1972.
- COLLIARD, Claud. Albert. *Libertés Publique*. Paris: Dalloz, 1972.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. Lisboa: Clássica, 1971.
- ESCÁMEZ, Sebastian. *Modelos de tolerancia. Prudencia y repeto como justificaciones de una institución moderna*. Madrid. 2005. Disponível em: <<http://www.uam.es/centros/derecho/cpolitica/papers.htm>> Acesso em: 10 março 2012.
- FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.
- GRECO, A. *La Libertá do Stampa Ne'll Ordinamento Giuridico Italiano*. Roma: Bulzioni Ediotres, 1974.
- LASKI, Harold. J. *La libertas en El Estado moderno*. Tradução Eduardo Watshaver. Buenos Aires: Abril, 1945.
- LEE, Simon. *The Cost of Free Speech*. Londres: Faber and Faber, 1990.
- LOCKE, Jonh. *Cartas acerca da tolerância: segundo tratado sobre o Governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MACHADO, Jónatas. E. M. *Liberdade de Expressão: dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MILTON, John. *Areopagítica: a Speech for the Liberty*. Unlicensed Printing: Paras. Acesso em: <www.bartleby.com/3/3/2.html> Acesso em: 14 de março de 2012.
- ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-Providência*. Goiania: Editora da UFG, 1997.
- SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech” In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: lúmen juris, 2006.
- SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: Jurisprudência brasileira. *Revista Direito - GV*, v. 7, n. 2, São Paulo, p. 445-468, Jul-Dez, 2011.

SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2007.

THWEATT, Elizabeth. *Bibliography of Hate Studies Materials*, 2001. Disponível em: <guweb2.gonzaga.edu/againsthate/thweatt.pdf.> Acesso em: 14 de março de 2012.

VOLTAIRE, François Marie Arouet. *Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: the Visibility of Hate. *Harvard Law Review*, v. 123, n.1596, p. 1597-1657, 2010.

ZANONE, V. Laicismo. In: BOBBIO, Norberto. (Org.). *Dicionário de Política*. Brasília, DF: Ed. da UNB, 2002.

Capítulo II

Capitalista Coletivo Ideal: O Estado e o Direito Fundamental ao Desenvolvimento

*Matheus Felipe de Castro
Riva Sobrado de Freitas*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema o Direito Fundamental ao Desenvolvimento, previsto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e no inciso II, do artigo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que o previu em sua “cláusula transformadora”, reconhecendo o seu valor estruturante para a nova democracia nascente no Pós-Ditadura.

A sua delimitação é fornecida pelas novas concepções que vem constituindo o corpo teórico do chamado *Novo Desenvolvimentismo*, movimento que partindo das concepções estruturais do velho desenvolvimentismo nacionalista latino-americano, o supera e o adapta à nova realidade internacional de um mundo multipolar, globalizado e fundado no livre comércio entre nações desiguais, ou seja, nações localizadas em posições assimétricas de poderio econômico, político e militar mundializado.

O problema do escrito girou em torno da pergunta sobre o papel do Estado para o *Novo Desenvolvimentismo*, após a sua ampla deslegitimação como agente competente para a direção política do desenvolvimento operada pelas teorias do neoliberalismo, que se tornaram preponderantes a partir da década de 1990, após a Queda do Muro de Berlim e o fim da URSS, mas que já vinha sendo gestadas nos EUA e no Reino Unido desde a década de 1970 e, principalmente, com os governos de Ronald Reagan e Margareth Thatcher nas nações centrais respectivas.

A pesquisa teve como referencial teórico a Filosofia da Práxis, com importantes aportes na teoria do desenvolvimento fomentada pela CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, principalmente no pensamento do economista brasileiro Celso Furtado. O Método de abordagem foi o analítico-sintético, mas optou-se pela exposição em forma dedutiva.

2.1 A CRISE ECONÔMICA E O NOVO DESENVOLVIMENTISMO

Os Estados Nacionais ainda parecem ser entidades importantes na constituição, desenvolvimento e reprodução do Modo Capitalista de Produção em nível mundial e local, não podendo ser dispensados como outrora se sustentou pelas teorias neoliberais, dentre as quais as de Hayek (1985) e Friedman (1985), ocupam lugares de destaque. A crise econômica que se iniciou nos mercados norte-americanos, a partir do estouro da bolha especulativa do *sub prime* e que se espalhou rapidamente pela zona do Euro, recolocou os Estados Nacionais no seu velho lugar de estruturas responsáveis pela manutenção das condições gerais da reprodução da forma-mercadoria, ou seja, aquilo que Offe e Ronge chamaram de criação das condições segundo as quais “cada cidadão é incluso nas relações de troca” (1984, p. 125), ao serem chamados a salvar o Capitalismo, injetando, via Bancos Centrais, gigantescas somas de dinheiro nas economias abaladas pela crise.

Sim, para além dos discursos deslegitimantes do Estado, o fato é que eles são sempre chamados a salvar o Capitalismo quando ele é colocado em cheque por suas próprias crises sistêmicas. Adotando uma forma mais liberal ou mais intervencionista, todos os Estados são chamados a interferir no terreno econômico, seja em tempos de calmaria, seja em tempos de crise efetiva. A questão fundamental talvez seja “como” esses Estados podem intervir e o grau dessa intervenção. Se serão chamados a atuar na qualidade de emprestadores de última instância (*Lender of last resort*) salvando a iniciativa privada nos momentos de crise, ou se tornarão *Political Developers*

(Estados desenvolvimentistas ou indutores do desenvolvimento), atuando permanentemente, mediante políticas de valorização do fator trabalho (*Employer of last resort*), visando a construção de uma sociedade de pleno emprego e bem-estar.

No entanto, o próprio conceito de desenvolvimento como pensado e propagado pelos países do centro está em descrédito. A imposição dos padrões de consumo da Europa e EUA (o *American way of life*) aos países da periferia do Capitalismo tem se mostrado problemática, porque tem levado à destruição sistemática do planeta e de seus recursos naturais.

A apropriação sem limites de bens materiais como forma de medição do bem-estar (*consumismo*) é um critério perigoso porque reduz o desenvolvimento a uma questão meramente econômica, ocultando deliberadamente os seus aspectos mais importantes (o Desenvolvimento é um processo de transformação das estruturas e relações políticas, sociais, econômicas, tecnológicas, culturais, ideológicas e internacionais que alteram qualitativamente as *relações de poder* numa formação social determinada), prescindindo da cidadania, da participação ativa no poder, do meio-ambiente equilibrado, do acesso aos bens públicos fundamentais como serviços de saúde, educação, cultura, lazer, transporte, nutrição, bem-estar psíquico, água, saneamento ambiental, dentre tantos outros direitos fundamentais. A economia não pode deixar de estar a serviço da política, do bem-estar da população, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Não à toa, o PNUD - Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento vem acompanhando experiências que buscam medir o desenvolvimento nacional sob critérios diversos daqueles impostos pelos países capitalistas centrais, como é o caso do conceito de *Bem viver*, categoria central da filosofia de vida dos povos andinos, especialmente da Bolívia e da experiência do Butão, onde desde os anos 1970 se construiu o conceito de *Felicidade Interna Bruta*, que parte do pressuposto que a produção deve estar subordinada à realização dos direitos humanos, da cultura, do meio-ambiente, da boa-governança, etc. (BAVA, 2009, p. 03).

Outro critério bastante difundido é o do IDH - Índice de Desenvolvimento Humano, idealizado pelos economistas Amartya Sen e Mahbub ul Haq, e que vem sendo usado desde 1993, também no âmbito do PNUD, em seu relatório anual, com o fim declarado de “Desviar o foco do desenvolvimento da economia e da contabilidade de renda nacional para políticas centradas em pessoas.” (UL HAQ, 1995).

O que está em jogo é a criação de um novo conteúdo para o desenvolvimento, que possa dar conta de realizar o bem-estar coletivo por vias alternativas ao modelo econômico tradicional do Capitalismo central, fundado na exploração máxima do trabalho/valorização máxima do capital, com concentração de renda social, subordinação dos países periféricos (e de seus povos) a condições humilhantes de exploração colonial e subserviência, consumo em massa de bens desnecessários, destruição sistemática da natureza e utilização predatória dos recursos naturais como fontes energéticas fundadas na queima do carbono.

O desenvolvimento tem se mostrado possível por vias alternativas, que recuperem o sentido principal da essência humana, que é o bem viver em sociedade (*solidariedade*) e a política como forma mais avançada do relacionamento social, com vistas à construção de uma *sociedade sustentável*, para além das velhas formas do consumismo que vem se mostrando esgotadas diante da nova realidade das nações em desenvolvimento.

Diante dessas constatações, vem surgindo no Brasil o debate em torno de um novo modelo de desenvolvimento, significativamente diferente dos anteriormente executados em nossa histó-

ria. Como sabemos, o Brasil iniciou sua Revolução Industrial, que retirou o país de uma condição pré-capitalista (agrário-exportadora) para outra, capitalista industrial, de produção medianamente avançada, a partir de um fato político fundamental: a Revolução de 1930.

Desde então, com avanços e revezes, esteve em jogo a orientação política de projetos de desenvolvimento que, com nuances, variaram entre as posições extremas da manutenção geoecônômica do Brasil como fornecedor periférico de bens primários para as nações do centro do Capitalismo mundial (inserção liberal-periférica, como pensada na *Teoria das Vantagens Comparativas*, de Ricardo) e, outras, que apregoavam o rompimento dos laços de dependência, com superação da condição periférica nacional e constituição de um moderno sistema econômico fundado em avançadas relações capitalistas de produção e emprego de alta tecnologia.

No entanto, embora na teoria isso fosse uma proposição, nenhuma das experiências reais teve como princípio a *distribuição da renda nacional* para a grande massa do povo brasileiro. Celso Furtado, às vésperas do Golpe Militar de 1964, sentenciava que o desenvolvimento que o Brasil havia conhecido nos decênios anteriores em nada modificara as condições de vida de três-quartas partes da população do país, tendo como principal característica uma crescente concentração social e geográfica de renda (1962, p. 14).

Invariavelmente, antes e depois do Golpe de 1964, as nossas experiências de desenvolvimento se guiaram pela lógica do arrocho, com superexploração do fator trabalho em benefício do fator capital, sem qualquer equilíbrio possível nessa relação. Significativo disso era o discurso do “Milagre”, em torno de um “bolo” que cresceria até o ponto de ser repartido, o que nunca foi vivenciado pelo povo brasileiro.

Ora, a partir dessa constatação, pode-se afirmar que não existe “um desenvolvimento”, mas vários possíveis. Existem processos que alteram qualitativamente a vida política, social e econômica das nações e das pessoas, com melhorias reais em suas vidas (desenvolvimento em sentido próprio) e existem processos que acumulam capital para uma das partes envolvidas, sem qualquer política de *redistribuição* de renda, pressionando, portanto, pela miserabilização de grandes segmentos sociais, o que se aproxima muito mais de um mero crescimento quantitativo, com manutenção do *establishment* social. Essa última é, inclusive, uma das teses fundamentais da ortodoxia neoclássica, que sempre sustentou que os países em desenvolvimento deveriam crescer com concentração de renda, ou seja, com a renda dos salários crescendo abaixo da produtividade do capital, como forma de forçar poupança de reinvestimento.

Existem, portanto, duas formas teórico-ideais de o Estado garantir o desenvolvimento econômico: 1) pela via do arrocho, que aprofunda desigualdades, acumulando de um lado em detrimento de outro, sem *redistribuição* de renda e com Estado gendarme, que corta gastos do Estado de bem-estar para investir no sistema financeiro como emprestador de última instância, tese defendida pela ortodoxia liberal; 2) pela via do aprofundamento do Estado de bem-estar (aquecimento das demandas), valorização do mercado interno, da qualidade de vida de todo o povo, com *redistribuição* da renda nacional, e consolidação de um verdadeiro Estado previdenciário, tese do desenvolvimentismo estruturalista latino-americano. O Brasil, transitando de um modelo ao outro, sempre manteve intacta a característica negativa da concentração de renda, o que só recentemente começou a ser mudado.

Em 1988, o povo brasileiro optou por um modelo de desenvolvimento que está inscrito na Constituição da República. Lá se encontram as diretrizes fundamentais de um avançado pro-

jeto político de desenvolvimento nacional, com natureza *normativa*, cuja grande especificidade é a constituição de uma sociedade de bem-estar, com pleno emprego, redistribuição de renda e melhorias reais nas condições de vida do povo brasileiro. Mas só recentemente se criaram condições objetivas e subjetivas para que aquele projeto pudesse sair do papel e enfrentar a vida real, obrando no sentido de superar as profundas *disparidades internas* e *vulnerabilidades externas* que assolam o país há séculos.

Assim sendo, vem surgindo no Brasil a discussão em torno de um *novo desenvolvimentismo*, que já se encontraria inscrito na Constituição de 1988, mas que somente agora vem tomando seus contornos mais precisos e que necessita ser aprofundado teórica e praticamente. O velho desenvolvimentismo, surgido no bojo da *Escola Estruturalista Latino-Americana*, é a base fundante de onde surge o novo desenvolvimentismo. O velho desenvolvimentismo ainda mantém seu vigor, sendo necessário, no entanto, revisitá-lo a partir da realidade presente de uma nação já medianamente desenvolvida e com um bloco no poder diferente daquele existente à época do início da industrialização brasileira.

O velho desenvolvimentismo foi uma teoria nascida no bojo de um velho modelo, que não existe mais. Mas suas hipóteses centrais ainda são aplicáveis à nossa realidade, porque ela ainda guarda em si características fundamentais preservadas daquele passado. O novo desenvolvimentismo tem buscado supracumir-se no velho, dele guardando os preceitos fundamentais, mas adaptando-se a uma nova realidade de uma nova economia.

O Brasil, embora tenha sofrido profundas transformações políticas, sociais e econômicas, ainda não conseguiu superar a sua condição dependente e subdesenvolvida, localizando-se ainda numa posição periférica na divisão internacional do trabalho, o que pressiona para que mantenha e reproduza velhas vulnerabilidades externas e crônicas disparidades internas (GUIMARÃES, 2005, p. 259).

Nesse passo, o novo desenvolvimentismo partirá do pressuposto que nações com as características da brasileira não poderão se desenvolver nos quadros da globalização sem a adoção de uma *estratégia nacional de desenvolvimento* muito bem definida, manejada pelo Estado, e que exerça pressões *anticíclicas* pela inserção soberana do Brasil no mundo.

Vários autores vêm se dedicando a organizar o pensamento neo-desenvolvimentista. Bresser-Pereira e Gala, empreendendo um grande esforço de sistematização das teses do que chamaram “Macroeconomia estruturalista do desenvolvimento” (2010, p. 668) e com base na obra já clássica de Bielschowsky (2000), conseguiram sistematizar as teses do velho desenvolvimentismo em algumas proposições centrais, analisando-as e concluindo quais delas ainda seriam válidas para a realidade brasileira, podendo integrar uma teoria do novo desenvolvimentismo. Partindo desses dois autores, apesar de acordos e desacordos que apontaremos na sequência, teríamos um quadro inicial, de onde se pode extrair o seguinte:

Tendência à deterioração dos termos de intercâmbio. A tese demonstrou que nações produtoras primárias ou secundárias de baixo valor agregado precisariam cada vez mais produzir bens em quantidade para comprar cada vez menos bens primários de alto valor agregado produzidos nos grandes centros tecnológicos capitalistas, eis que os preços dos primeiros sempre se depreciam no mercado mundial, enquanto os preços dos segundos só se apreciam.

Evidentemente, por debaixo do jargão econômico, estaria implícita a constatação política de que as relações internacionais, sejam elas de ordem política ou econômica, seriam sempre

assimétricas, ou seja, desiguais. Disso derivaria a necessidade de as nações subdesenvolvidas fundarem seu desenvolvimento na industrialização e inovação tecnológica, como forma de quebrar aquela relação de poder.

Sem inovação técnico-científica, os produtos de uma economia se depreciariam tendencialmente, empobrecendo a nação como um todo e mantendo os laços de dependência externa, eis que a renda nacional ficaria dependente da demanda e das flutuações cíclicas dos mercados externos. Disso se deduziria a necessidade de o Estado-nação intervir na economia, com a finalidade de realizar pressões que quebrem essa tendência, principalmente através do incentivo à produção científica e tecnológica.

Caráter estrutural do desenvolvimento. Para a ortodoxia neoclássica, o desenvolvimento se operaria através da anárquica combinação dos fatores de produção na livre concorrência. O Consenso de Washington declarava explicitamente que sua estratégia de desenvolvimento se fundava em cinco pressupostos de livre mercado: 1) a estabilidade de preços criaria condições para o cálculo econômico de longo prazo, estimulando o investimento privado; 2) a abertura comercial e a valorização cambial imporiam disciplina competitiva aos produtores domésticos, forçando-os a realizar ganhos substanciais de produtividade; 3) as privatizações e o investimento estrangeiro removeriam gargalos de oferta na indústria e na infra-estrutura, reduzindo custos e melhorando a eficiência; 4) a liberalização cambial, associada à previsibilidade quanto à evolução da taxa real de câmbio, atrairia a poupança externa, em escala suficiente para complementar o esforço de investimento doméstico e para financiar o déficit em conta corrente; 5) o desbordamento da renda e da riqueza, promovida pelo novo dinamismo incitado pelos mercados e pela ação focalizada das políticas sociais, seria a forma mais eficaz de reduzir as desigualdades e eliminar a pobreza (BELLUZZO, 2009, p. 4).

Para o estruturalismo, pelo contrário, o desenvolvimento não seria anárquico, mas *estrutural*, descrevendo um conjunto coerente de relações estáveis entre elementos do todo (FURTADO, 2000, p. 41). Mediante a atuação consciente do Estado, a industrialização de setores estratégicos transferiria o fator trabalho para setores com produção de valor agregado mais elevado, o que justificaria as políticas de industrialização.

Papel central do Estado para o desenvolvimento. O Estado continuaria sendo a máxima esfera de definição dos destinos da nação, tendo papel estratégico na indução do desenvolvimento. Para além das teses sobre o fim do Estado, que tinham evidente conteúdo ideológico liberal, o cenário internacional apontaria para uma crescente multipolarização dos centros hegemônicos de poder e a constituição de blocos regionais que construiriam super-Estados (Nafta, União Européia, Mercosul, etc.).

Subdesenvolvimento como contrapartida do desenvolvimento. Para o pensamento estruturalista, o subdesenvolvimento não seria uma fase para se chegar ao desenvolvimento, mas uma *relação assimétrica de poder* que operaria desde o início do desenvolvimento do Capitalismo a partir da Europa.

Nações capitalistas centrais o seriam porque teriam construído a sua riqueza sobre a espoliação de nações periféricas. A condição fundamental para que continuem a ser centrais é que mantenham as periféricas na periferia, ou seja, mantenham suas condições primário-exportadoras ou produtoras de bens sem valor agregado. Também desse pressuposto decorreria a conclusão do papel central do Estado no rompimento dessa cadeia de poder.

Indústria infante legitimando proteção tarifária e substituição de importações. Embora a industrialização brasileira não esteja dando seus primeiros passos, uma política industrial estratégica de apoio principalmente àquelas empresas que atuam em setores considerados de interesse nacional e de grande potencial de empregabilidade formal, continuaria plenamente necessária.

Por outro lado, embora seja importante a consolidação de um forte setor empresarial orientado às exportações, com uso intensivo de tecnologia e grande potencial de agregação de valor, com a finalidade de empregar a abundante mão-de-obra disponível e gerar excedentes (*superávits*) comerciais para o país, o Estado deveria conceder especial atenção à consolidação definitiva dos mercados internos nacionais, mediante uma política de produção de bens que seriam consumidos domesticamente.

Tendência dos salários crescerem menos do que a produtividade devido à oferta ilimitada de mão de obra. Velho problema nacional, derivado em grande medida da ausência de uma reforma agrária ampla na história brasileira, teria se formado um “exército industrial de reserva” que pressiona para baixo o nível dos salários. Tratar-se-ia de uma das causas estruturais da insuficiência da demanda interna brasileira, o que pressionaria para a não consolidação do mercado interno. Uma ampla política de emprego levada a cabo por um Estado que se constitua em *Employer of last resort* seria fundamental para gerar uma sociedade de pleno emprego num país como o Brasil.

Inflação estrutural. A tese da inflação estrutural teria sido superada no Brasil, eis que há muito o país conseguiu estabilizar a sua moeda, sob o jugo de medidas ortodoxas, a bem da verdade. De qualquer forma, a estabilidade monetária estaria sendo tratada como um dogma, quando na atualidade, outras preocupações rondam o cenário econômico: “a concorrência global nos manufaturados foi exacerbada pela rápida ampliação da capacidade na Ásia, sobretudo na China.

Se a isso se juntar uma desaceleração do crescimento norte-americano, as tendências da economia global serão, sem dúvida, deflacionárias” (Belluzzo, 2009, p. 05). Nesse passo, nada mais justificaria as políticas de superávits primários e taxas juros elevadas. O Banco Central brasileiro precisaria ampliar seus horizontes para novas agendas importantes para o desenvolvimento nacional, como administração da taxa de câmbio e emprego.

Necessidade de poupança externa. O Brasil não necessitaria de poupança externa para financiar seu desenvolvimento, embora não devesse adotar qualquer posição radicalmente contrária ao investimento *produtivo* externo. O financiamento interno seria fundamental para o rompimento dos laços de dependência externa e para a internalização dos centros de decisão econômica no país.

A taxa de câmbio como variável chave do desenvolvimento econômico. Embora essa não fosse uma tese inicial da escola estruturalista, os autores consideram que uma taxa de câmbio competitiva é fundamental para o desenvolvimento, porque coloca o mercado externo à disposição das empresas nacionais, estimulando os investimentos produtivos e aumentando a poupança interna.

Nesse passo, para eles, embora a taxa de câmbio devesse se manter flutuante, ela necessitaria ser administrada por meio de políticas implementadas pelo Estado com o fim de manter o equilíbrio da indústria nacional. Com base nessas considerações, chegar-se-ia ao seguinte quadro comparativo do novo desenvolvimentismo com o receituário da ortodoxia neoliberal que está sendo abandonada no Brasil e em várias partes da periferia capitalista:

Quadro 1 - Ortodoxia neoliberal e novo desenvolvimentismo

Ortodoxia Convencional	Novo desenvolvimentismo
1. A nação não tem papel econômico.	1. A nação é o agente responsável pela definição de uma estratégia nacional de desenvolvimento.
2. As instituições fundamentais para o crescimento são a garantia dos direitos de propriedade e dos contratos.	2. A instituição chave para o crescimento é uma estratégia nacional de desenvolvimento.
3. Reformas devem reduzir o tamanho do Estado e desregular os mercados.	3. Reformas devem fortalecer o Estado e os mercados – estes devendo ser bem regulados.
4. O Estado não deve realizar política industrial, nem política de redistribuição.	4. Política industrial deve ser limitada e estratégica. Grande papel na distribuição da renda.
5. Não existem tendências estruturais a neutralizar.	5. Neutralizar tendência a sobre apreciação da moeda e a salários crescerem menos que a produtividade.
6. O crescimento deve ser financiado em boa medida por poupanças externas.	6. O crescimento deve se basear em poupança interna.
7. O Banco Central tem um único mandato: a inflação. Outros objetivos devem ser buscados pelo restante do governo.	7. O governo e o Banco Central têm três mandatos: a inflação, a taxa de câmbio e o emprego – os três essenciais para o desenvolvimento.
8. O padrão fiscal deve ser definido em termos de superávit primário.	8. O padrão fiscal deve ser definido de forma mais rigorosa em termos de déficit público e poupança pública.
9. A taxa de câmbio deve ser flutuante: não deve haver nem meta, nem política para a taxa de câmbio.	9. A taxa de câmbio deve ser flutuante, mas administrada; o objetivo é a taxa de câmbio de equilíbrio industrial.
10. O Banco Central e o governo dispõem de um único mandato cada um: respectivamente a taxa de juros de curto prazo e a política fiscal.	10. O Banco Central e o governo podem, adicionalmente, comprar reservas, impor controles de capital etc.
11. Política de rendas não é necessária ou desejável.	11. Política de salário mínimo e de rendas deve contribuir para que salários cresçam com a produtividade.

Fonte: Bresser e Gala (2010, p. 681-683.)

Embora o quadro acima represente uma excelente aproximação teórica ao novo desenvolvimentismo, as proposições de natureza *tática* elencadas pelos autores não são livres de críticas. Uma *estratégia* de desenvolvimento (constitucionalmente adotada) é realizada mediante movimentos instrumentais que não podem ser fixados “a priori” de forma rigorosa. Questões como as descritas nos pontos 4 (política industrial *limitada*), 8 (padrão fiscal definido de forma rigorosa em termos de *déficit público*) e 9 (taxa de câmbio *flutuante*) não podem ser adredemente fixadas, devendo ser utilizadas com flexibilidade pelo Estado desenvolvimentista, sob pena de se criar engessamentos que dificultam a realização do plano, como ocorre, por exemplo com a atual política de manutenção de elevados superávits primários e elevadas taxas de juros, que acabam sendo tratadas de forma dogmática.

2.2 O PAPEL DO ESTADO PARA O NOVO DESENVOLVIMENTISMO

O regime econômico no qual atua o novo Estado desenvolvimentista é o *Capitalismo funcionalizado*, onde as esferas do político e do econômico são tratadas de forma unificada, estando a economia subordinada aos critérios definidos pela democracia e a política atuando em função da realização de uma economia deliberada como projeto. Verifica-se, ainda, uma profunda sinergia entre os investimentos públicos, capitaneados pelas empresas estatais, e os privados, induzidos ao “movimento” pelos primeiros, eis que um volume elevado de investimentos estatais em infra-estrutura sempre foi crucial para a formação da taxa de crescimento econômico nas economias capitalistas do pós-guerra (BELLUZZO, 2009, p. 05).

Nele, o Estado exerce o papel do “empresário inovador” schumpeteriano, ou seja, agente de indução do desenvolvimento (*Political developer*), mediante fomento a novas combinações dos fatores de produção (capital/trabalho/crédito), inovação tecnológica e idealização/execução de planos econômicos que apostam “no poder indutor do governo de acender o ‘espírito animal’ do empresariado.” (NETTO, 2007, p. 19).

O “Capitalista Coletivo Ideal” (Estado desenvolvimentista) é o *agente* principal do Capitalismo de Estado, que diante das frequentes débâcles do liberalismo vai se tornando uma necessidade nas economias contemporâneas, marcadas pela superação da economia concorrencial (de apropriação *individual*) em prol da economia oligopolista (exercida de forma *social* no interior das sociedades anônimas ou corporações), principalmente naquelas saídas das entranhas do colonialismo e que se constituíram e mantêm como de economia reflexa à do Centro.

Engels havia reconhecido essa necessidade quando afirmava que a evolução centralizadora/concentradora do capital rumo aos monopólios, em associação com a agudização dos conflitos sociais sob o regime capitalista, colocava cada vez mais em xeque a sua permanência histórica, obrigando o Estado a assumir funções de administração das condições gerais da reprodução econômica do capital, inclusive mediante sua inserção na produção na qualidade de “empresário capitalista”, constituindo-se em “Capitalista Coletivo Ideal”, ou seja, em órgão centralizador daquela porção da propriedade comum a todos os capitalistas e que exerce a função necessária de regular todo o sistema, inclusive contra a vontade particular dos capitalistas isolados (ENGELS, 1961, p. 330).

Não só o pensamento marxista constatou a necessidade da intervenção estatal para a administração do capital nas sociedades dominadas por este modo de produção. Keynes, por exemplo, diante da verificação empírica da inoperabilidade do *laissez faire* - que ele identificava não como “decorrente de fatos reais, mas de uma hipótese incompleta formulada para fins de simplificação” - para equilibrar uma economia de concorrência imperfeita, também via no Estado um aparelho central para o “controle deliberado da moeda e do crédito”, com o fim de regular os “males” gerados pela desregulação econômica, criando uma situação ideal de *pleno emprego* dos fatores da produção.

Para ele, os principais defeitos da sociedade econômica marcada pelo liberalismo seriam a sua “incapacidade para proporcionar o pleno emprego e a sua arbitrária e desigual distribuição da riqueza e das rendas”, sendo que o Estado cumpriria exatamente o papel de executar “medidas destinadas a redistribuir a renda no sentido de aumentar a propensão a consumir” (1988, p. 245).

O *intervencionismo*, nessa perspectiva, faria com que o Estado retomasse ao *mercado* as funções de *controle da produção capitalista*, eis que a administração da taxa de juros, do volume de investimentos e de outros elementos considerados pelo liberalismo como pertinentes à esfera da liberdade de mercado, seriam, na verdade - como se pressupunha ainda à época de Adam Smith - “objeto principal da arte prática de governar.” (KEYNES, 1988, p. 225).

A forma mestra de reprodução econômica que o intervencionismo de inspiração keynesiana introduziria seria exatamente o impulso ao desenvolvimento do fator *trabalho*, mediante políticas deliberadas de *pleno emprego* (construção da sociedade de bem-estar), que acabariam por aquecer a demanda, impulsionando a produção (KEYNES, 1988, p. 448-249).

Tanto os marxistas quanto Keynes exerceram influência decisiva na formação do pensamento desenvolvimentista da Escola estruturalista latino-americana, que em torno das figuras de Raul Prebisch e Celso Furtado, pensadores ligados à CEPAL - Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, da Organização das Nações Unidas, acabaram por desenvolver um pensamento original que rompia com os tipos teóricos (político-econômicos) eurocêntricos e estadunidenses, ao perceber que a economia capitalista havia se desenvolvido não somente no eixo lógico da contradição capital *versus* trabalho assalariado, mas também no entorno gravitacional de uma relação geográfica de poder centro/periférica, impondo relações de dominação/subordinação não somente entre classes no interior de uma sociedade, mas também entre nações que, a partir do Colonialismo, passaram a ocupar posições *assimétricas* no quadro das relações mundiais de poder (desenvolvimento/ subdesenvolvimento).

Também para a Escola Estruturalista latino-americana, o Estado teria a função primordial de assumir o controle do desenvolvimento econômico, eis que o rompimento com as cadeias do subdesenvolvimento e da dependência externa só poderiam se operar pela via da política. Para os pensadores ligados à Escola, a economia mundial estaria *estruturada* numa relação de poder que separa as nações em desenvolvidas e subdesenvolvidas ou, dito de outro modo, em *cêntricas* e *periféricas*, constituindo complexos instrumentos de transferência de excedentes (espoliação) destas para aquelas, permitindo-lhes a construção de sociedades de bem-estar em prol da manutenção da pobreza do resto dos povos.

As nações cêntricas, em geral, seriam aquelas que, a partir do Colonialismo europeu, se lançaram às grandes navegações em busca de novos mercados, conquistando e dominando novos povos e territórios e submetendo-os ao papel de produtores de matérias primas para suas indústrias, tornando-os centros consumidores para seus produtos manufaturados. Essa relação político-econômica, geradora de uma estruturada *geoeconomia*, seria explicada pela *Teoria das Vantagens Comparativas*, de Ricardo, como algo natural e até querido: nações de produção manufatureira deveriam produzir bens de alto valor agregado enquanto nações agrícolas deveriam continuar se especializando na produção de bens primários, realizando trocas no mercado mundial conforme as suas necessidades de consumo.

A Escola estruturalista percebeu rapidamente que essa teoria nada tinha de inocente: tinha antes a finalidade de congelar o “status quo” mundial, francamente favorável às nações do centro do Capitalismo. Mediante a descoberta da *tendência histórica à depreciação dos termos de intercâmbio*, os estruturalistas latino-americanos perceberam que os preços dos produtos primários tendem a se depreciar diante dos preços dos bens manufaturados de alta tecnologia,

aprofundando dia-a-dia as relações de dominação das nações tecnológicas e inovadoras sobre as primário-exportadoras.

Dessa forma, o *laissez faire*, como asseguramento do “livre funcionamento das forças de mercado” seria, antes de qualquer coisa, um mecanismo ideológico *construído* pelos países desenvolvidos para manter os países subdesenvolvidos naquele esquema de subordinação. Nada teria de natural, sendo antes um instrumento de poder deliberadamente pensado e mantido para dominação (FURTADO, 1971, p. 236).

Os autores estruturalistas perceberam que a economia não se restringiria a um problema *econômico*. Sua natureza mais profunda seria *política*, eis que o mercado não seria o produto de um movimento natural, mas uma instituição *histórica*, constituída e mantida pela ordem jurídica do Estado e, como tal, parte integrante dessa ordem jurídica, porque a economia de mercado (e os seus pressupostos lógicos, a *anarquia produtiva* e a *livre concorrência*) não poderia se desenvolver num vácuo institucional, necessitando, antes, de um ambiente propício que só poderia ser produzido e reproduzido pelo Estado. O rompimento dos laços de dependência que oprimem a nação brasileira só poderia ser alcançado mediante uma política de Estado deliberadamente destinada a esse fim (FURTADO, 1971, p. 236).

Neste passo, o problema essencial de qualquer desenvolvimento econômico estaria concentrado na questão do *poder de Estado* e no seu controle por forças políticas interessadas na transformação da sociedade e das formas econômicas até então prevalentes, eis que o problema central dos países subdesenvolvidos seria a escolha de uma *estratégia política* de modificação das estruturas e não a formulação de planos convencionais de desenvolvimento fundados em técnicas quantitativas de política econômica (FURTADO, 1971, p. 247).

Essa estratégia identificaria o crescimento econômico como instrumento privilegiado do desenvolvimento na consecução da realização de um horizonte político de aspirações nacionais, democraticamente escolhido por um povo em sua constituição, com o fim de romper a lógica imposta pelo *laissez faire*, possibilitando a construção de uma sociedade de bem-estar: “a pobreza relativa da grande maioria da população brasileira não deve ser aceita como fato de ordem natural, pois resulta de condicionantes históricos; o nosso atraso relativo tenderia a aumentar dia a dia, caso nos retraíssemos em uma postura de *laissez-faire*.” (FURTADO, 1962, p. 72).

Furtado ressaltava, enfim, que na periferia capitalista, onde o dinamismo econômico não seria derivado de fatores internos (*inovação*), mas reflexos (demanda externa), o Estado tenderia a desempenhar o papel de “socializador de parte dos custos da produção”, sem o que não se obteria o ambiente necessário à expansão do desenvolvimento, tendo se transformado no fator decisivo do volume de investimentos nas forças produtivas e da reprodução da sociedade mediante uma abrangente política de redistribuição social, cabendo-lhe, ainda, o papel de difusor do progresso técnico, na medida em que decidiria o volume de emprego e o nível do salário básico (2000, p. 120-123).

Daí a necessidade central de se discutir democraticamente as funções do Estado nas economias subdesenvolvidas, aparelhando-o para a luta pelo desenvolvimento (FURTADO, 1962, p. 78), constituindo-os naquilo que Engels chamava de Capitalista Coletivo Ideal ou Estado desenvolvimentista, ou seja, uma estrutura de poder funcionalizada que coloque o Desenvolvimento, como Direito Fundamental constitucionalmente e internacionalmente previsto, uma meta a ser

alcançada para a transformação das relações de poder no Brasil, garantindo a realização das propostas constitucionais de construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária.

Como se percebe, a discussão em torno da constituição do Estado desenvolvimentista como estrutura/relação apta a racionalizar os processos anárquicos da livre concorrência, passa o pensamento teórico dos séculos XIX e XX e se renova no século XXI, diante de novas crises econômicas (agora de superprodução de capitais fictícios) e do surgimento de um novo desenvolvimentismo. O Novo Estado desenvolvimentista ou Capitalista Coletivo Ideal, portanto, deve ser inicialmente percebido como administrador das condições necessárias à reprodução de um regime econômico determinado constitucionalmente.

É esse Estado altamente desenvolvido em suas funções econômicas que será apresentado como esfera da racionalidade política, guiada pela *funcionalização* das instituições políticas, sociais e econômicas em prol da realização de valores éticos democraticamente escolhidos pela comunidade política nacional, em oposição à irracionalidade do mercado, que se guia pela lógica da maximização dos lucros/minimização dos custos num regime de livre concorrência.

No caso brasileiro, no entanto, mais que um aparelho de administração do ambiente adequado à reprodução de uma ordem econômica determinada, o Capitalista Coletivo Ideal, deve ser entendido, por estipulação constitucional, como um *poder e aparelho* de Estado *desenvolvimentista*, economicamente *intervencionista* e socialmente *redistribuidor*, dinamizador de um ambiente econômico que permita ao novo desenvolvimento brasileiro realizar uma ampla inclusão de setores historicamente excluídos das relações de poder social, geográfico, político e econômico, ambientes esses que devem ser definitivamente democratizados.

Mais que um simples prestador de última instância para os mercados em tempos de crise, o Estado desenvolvimentista tem por função alocar recursos sociais em certos setores econômicos que interessam à realização do plano nacional, induzindo o desenvolvimento da iniciativa privada e garantindo que o produto social desse investimento seja efetivamente devolvido ao povo mediante políticas redistributivas e consolidação do Estado previdência.

O Capitalista Coletivo Ideal, correspondente político da sociedade anônima no Capitalismo financeiro, representa o estabelecimento da *propriedade social* nos marcos do Modo Capitalista de Produção, tornando todos os cidadãos espécies de acionistas do Estado na percepção de seus dividendos. Através de uma receita tributária progressiva e estabelecimento de um potente programa previdenciário e assistencial, o Capitalista Coletivo Ideal realiza a redistribuição - na forma de *salários indiretos* para todos os nacionais - de benefícios efetivos em saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, esporte, cultura, transporte, provocando a relativa perda de importância da propriedade privada individual como meio de garantia de reprodução material do indivíduo e de sua família (COMPARATO, 1990, p. 30), e colocando a perspectiva da *propriedade socialmente administrada* pelo Estado e garantida na forma de *seguridade social*, instrumento mais eficaz de liberação das necessidades de reprodução social para garantir o bem-estar material, moral, espiritual de todos os integrantes da nação (SILVA, 2007, p. 308).

2.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa que originou o presente artigo nos conduziu sobre a temática do Direito Fundamental ao Desenvolvimento, buscando responder ao problema da atualidade ou defasagem histó-

rica do papel do Estado na promoção do desenvolvimento na sociedade contemporânea, marcada pela financeirização econômica, pela globalização e pela livre alocação de recursos no e pelo Mercado.

A questão nos parecia importante em virtude dos seguintes fatores, sem exclusão de outros: a) a previsão internacional do desenvolvimento como um Direito Fundamental pela Declaração do Direito ao Desenvolvimento, da Assembléia Geral da ONU, que reconheceu massivamente o Estado como agente promotor do Desenvolvimento; b) a previsão constitucional do Desenvolvimento como um objetivo nacional imposto ao Estado como agente de sua realização; c) o contraponto que as teorias do neoliberalismo impuseram à concepção do Estado como agente promotor do desenvolvimento, em face das novas relações de mercado surgidas com o fim do bipolarismo característico do período da Guerra Fria.

A crise econômica iniciada em 2007 no centro do Capitalismo mundial, os EUA e propagada para toda a União Européia e a aparente contradição nascida da relativa blindagem dos países periféricos, principalmente dos componentes dos chamados BRICS, aos seus efeitos, países esses que se desenvolveram no mesmo período ao adotarem políticas de desenvolvimento patrocinadas pelo Estado, bem como a intervenção ativa dos Bancos Centrais estadunidense, japonês e europeus para debelar a crise mediante a alocação deliberada de gigantescas somas de recursos tomados tributariamente aos cidadãos daquelas nações nas esferas privadas de mercado, estão a (re)demonstrar que os Estados nacionais, por mais que tenham sido atacados pela ideologia no neoliberalismo como agentes incapazes ou inaptos à direção do desenvolvimento, ainda jogam papel proeminente na administração das condições gerais exteriores da reprodução da forma-mercadoria, garantindo a livre alocação dos recursos sociais mediante a garantia em; última instância da inclusão de todos os cidadãos nas relações de troca.

Diante do chamado Novo Desenvolvimentismo, que encontra seu ponto de partida na concepção do Velho Desenvolvimentismo, mas que o supera e o adapta a realidade da Nova Ordem Mundial, os Estados Nacionais, especialmente o brasileiro, precisará encontrar novas formas políticas de organização e direção da *res publica* comprometidas com o projeto de desenvolvimento nacional constitucionalmente previsto. E isso porque uma Constituição não pode ser encarada como um mero documento programático, sem valor real de transformação social. Ela é uma meta, um projeto de futuro e assim precisa ser encarada pelos juristas, além do olhar dogmático que lhes é natural.

O Estado, embora não seja o único ator relevante desse processo, ainda parece ser um dos principais atores capazes de fomentar o desenvolvimento, mediante a implementação de políticas propositalmente direcionadas ao fomento do investimento privado e a aceleração da circulação de bens e capitais na sociedade, funcionalizando essas relações e implementando instrumentos de compensação e redistribuição social que possam equilibrar o jogo do Mercado, garantindo, enfim, que a sociedade de bem-estar, livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da miséria e superação das desigualdades sociais e regionais, que a Constituição previu, possa vir-a-ser uma meta e uma realidade, e não simplesmente uma frase de efeito ou uma carta de boas intenções.

REFERÊNCIAS

BAVA, Silvio Caccia. Bem-vindas as novas idéias. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, n. 27, outubro de 2009.

- BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Um novo Estado desenvolvimentista? *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, n. 27, outubro de 2009.
- BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GALA, Paulo. Macroeconomia estruturalista do desenvolvimento. *Revista de Economia Política, São Paulo*, v. 30, n. 4, 2010.
- CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalista coletivo ideal: o Estado e o projeto de desenvolvimento nacional na Constituição de 1988*. 643f. Tese (Doutorado em Direito)-Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- ENGELS, Friedrich. Do socialismo utópico ao socialismo científico. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. São Paulo: Alfa-Ômega, v. 2, 1961.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Nova Cultural, 1985.
- FURTADO, Celso. *A pré-revolução brasileira*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.
- FURTADO, Celso. *Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. 4. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.
- GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Desafios brasileiros na era dos gigantes*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.
- KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- KEYNES, John Maynard. O fim do “laissez faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Keynes: economia*. São Paulo: Ática, 1983.
- NETTO, Delfim. O PAC e a dívida. *Carta Capital*, São Paulo, n. 433, 2007.
- OFFE, Claus; RONGE, Volker. Teses sobre a fundamentação do conceito de “Estado Capitalista” e sobre a pesquisa política de orientação materialista. In: OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- UL HAQ, Mahbub. *Reflections on Human Development*. New York: Oxford University Press, 1995.

Capítulo III

A Natureza da Interpretação Jurídica e a Textura Aberta das Normas de Direitos Fundamentais em meio às Relações Privadas

*Matheus Felipe de Castro
Riva Sobrado de Freitas*

INTRODUÇÃO

A discussão teórica acerca dos direitos fundamentais como centro gravitacional do ordenamento jurídico constitucionalizado, na medida em que avança sua pretensão de eficácia também em meio às relações privadas, vem merecendo um aprofundamento em torno da questão da *dogmática* desses direitos, entendida, aqui, restritivamente como *método* de interpretação/aplicação do direito à realidade, aquilo que muitos identificaram, no passado, como o processo por excelência de “subsunção dos fatos à norma”, ou seja, a busca de um sentido de verdade oculto na “essência” dos textos legais.

Ora, há muito que a dogmática foi proclamada como “único” método essencialmente jurídico, isolando os juristas num gueto, numa espécie de *lebensraum*, que vem sendo cada vez mais questionado pela teoria crítica como um isolamento orientado a cumprir certas funções numa ordem social, política e econômica determinada, além de que reduziria, sobremaneira, as possibilidades de um estudo do direito para além daquele método que, obviamente, predispõe resultados desejáveis pelo *establishment*, fechando outras possibilidades existentes no trânsito da vida social.

Enquanto *método* de interpretação/aplicação do direito aos fatos sociais, a questão específica da *interpretação dogmática do direito* é de ser destacada, eis que aquele método exige do jurista uma forma de atuação internamente coerente com a sua lógica, permitindo uma interpretação/aplicação do direito primeiramente *previsível* e, em segundo, cumpridora das funções do direito perante a sociedade. É exatamente por meio desse tipo de interpretação que o jurista tradicional pensa fazer “ciência” e cumprir uma “relevante” função social “pacificadora” dos conflitos sociais, quando não estaria mais que reproduzindo aquilo que Warat chamava de “senso comum teórico dos juristas”, uma espécie de crença na cientificidade (e imprescindibilidade) da técnica de controle social por eles operada.

A transição do direito privado (civilismo) para o direito público (constitucionalismo) como eixo legitimador do poder de Estado, o que corresponde no fundo à transição tardia do Estado (neo)liberal para um novo tipo de Estado intervencionista, agora com o Judiciário assumindo papel de tutoria constitucional inclusive das políticas públicas, vem colocando cada vez mais o problema da *textura aberta dos direitos fundamentais* e de outras disposições de ordem constitucional, abrindo por demais o leque interpretativo do direito e colocando novos desafios antes não observados pela chamada “ciência jurídica”, eis que se transitou de formas estritamente regulamentadas (normas estritamente especificadas), para formas principiológicas, com baixíssimo grau de normatividade imediata.

Nesse passo, o presente artigo, partindo do referencial teórico da *filosofia da práxis* (teoria dialética do Direito = método da concreção) e adotando uma metodologia *indutiva*, buscará realizar uma reflexão crítica sobre a natureza da interpretação jurídica e a textura aberta dos direitos fundamentais, objetivando verificar as articulações que subjazem ao discurso asséptico da ciência jurídica, tanto do passado como do presente, especificamente em sua abordagem dos direitos fundamentais como *novel* ideologia legitimadora da atuação estatal, num quadro de profunda *defasagem* entre o que é declarado (discurso oficial dos direitos fundamentais) e aquilo que é empiricamente observável na prática social da atuação do Estado e dos juristas.

3.1 A NATUREZA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA PERANTE O MÉTODO DOGMÁTICO

O esgotamento do positivismo *jusprivatista* como discurso de legitimação científica do direito, exigiu o desenvolvimento de novas formas, pretensamente “pós-positivistas” de legitimação do ordenamento jurídico posto pelo Estado, que transitaram para o direito público, o direito constitucional e os direitos fundamentais, ganhando em força social, pela natureza pretensamente “democrática”³ do seu discurso, mas perdendo em termos de força normativa, na medida em que permitiu uma interpretação mais aberta do sentido das normas e da sua aplicação à sociedade.

Mas, por outro lado, vem permitindo à teoria crítica do direito descortinar aspectos que antes permaneciam ocultados pela asepsia do discurso técnico-jurídico e que levavam muitos juristas e pesquisadores sociais bem intencionados a constatar, errônea e perplexamente, uma absoluta separação ou descolamento entre a teoria e a prática do que era declarado pelo direito e o que era por intermédio dele praticado.

Lentamente e após as confissões realizadas pela teoria funcionalista do direito, inspiradas na teoria geral dos sistemas, de Luhmann, acabou ficando claro que o tal descolamento entre a teoria e a prática do direito simplesmente não existia.⁴ Percebeu-se que antes de separados, estavam unidos, com a *teoria* do direito cumprindo certas funções legitimadoras da *prática* do direito, sendo antes facetas do mesmo fenômeno contraditório, numa relação entre o que é *real* e o que é *ideológico*, entre aquilo que *acontece* e aquilo que é *dito* sobre o que acontece (discurso).

Ora, o método *técnico-jurídico* ou *lógico-abstrato*, compor-se-ia de um procedimento indutivo-dedutivo (ANDRADE, 2003, p. 48). Onde caberia ao jurista, em primeiro lugar, *conhecer* o direito positivo (cognição formal da lei), organizando mentalmente os conceitos mais elementares, partindo-se então para a indução do *sistema*, entendido como a formulação das leis gerais que organizam o ordenamento jurídico (teoria *geral* do direito). Enfim, partiria o jurista para o momento propriamente dedutivo, de subsunção dos fatos às normas, ou aplicação do sistema jurídico aos casos concretos. Enfim e como uma fase pós-jurídica (uma fase não propriamente jurídica, mas *política*), caberia ao jurista criticar o sistema, entendida a crítica não como um ataque aos fundamentos ou às funções que o direito cumpriria na sociedade, mas como oferta de proposições para o aperfeiçoamento do sistema de controle social, como um todo.

Fica claro que, perante esse método, não haveria espaço algum para que o jurista questionasse aquilo que estava colocado antes da lei, os seus fundamentos econômicos, políticos e sociais, eis que a lei seria, para ele, um dado posto, um ponto de partida, que somente poderia ser questionado por outras “ciências” não jurídicas, como a política e a sociologia, sempre rebaixadas a uma condição secundária, eis que o direito ocuparia a posição de “ciência oficial de Estado”, somente aceitando as conclusões das outras disciplinas que porventura concordassem com o seu ponto de vista.

³ Afirma-se que esse discurso seria “pretensamente” democrático na medida em que ele vem se revelando uma técnica de atuação estatal onde o povo, detentor do poder soberano, não aparece ou aparece de forma meramente discursiva para legitimação da atuação de uma casta da burocracia estatal que atuaria de modo a realizar o “desejo” da constituição.

⁴ “A função do procedimento (jurídico) é, portanto, a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos”. Em sua *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 121, define o direito como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”, exercendo, portanto, uma função determinada no sistema social, o que demonstra a total improcedência das teses sobre uma possível separação entre um direito teórico “bom” ou “puro” e uma prática jurídica “má” ou “deturpada” (LUHMANN, 1980, p. 97).

O fundamento último do direito, o *poder*, que na percepção de Bobbio seria o ponto em comum dos estudos do jurista e do cientista político,⁵ deveria ser analisado em termos maniqueístas de preeminência, para o primeiro, do direito sobre o poder e, para o segundo, de preeminência do poder sobre o direito, numa discussão que, de tão escolástica, se assemelharia àquela outra e velha, sobre as origens dos ovos e das galinhas e que há muito foi resolvida pela teoria da evolução das espécies, de Darwin.

No entanto, embora o método lógico-abstrato tenha sido concebido como solução para o problema da cientificidade do direito, uma tentativa de conceder ao direito uma precisão quase matemática, o problema da interpretação jurídica e da sua aplicação aos casos concretos jamais conseguiu ser explicada nesses termos, eis que por mais estritamente regulamentada se encontrasse uma situação jurídica, a textura aberta (jamais admitida) dos conceitos jurídicos sempre permitiu ao Estado, representado por seus juizes, a possibilidade de manobrar decisões de forma absolutamente discricionária, tornando o ideal de segurança jurídica apenas uma promessa jamais cumprida pelo sistema, ou seja, não mais que um discurso de legitimação do poder.

Ora, para além do discurso dogmático, sempre se admitiu que o direito, por mais estritamente regulamentados que possam ser as situações que normatiza, admite uma grande margem de discricionariedade em sua interpretação no momento de sua aplicação pelo Estado-juiz. Kelsen foi muito preciso quando apontou essa discricionariedade na aplicação do direito, na medida em que os conceitos fixados na lei seriam meras formas legais, carentes de uma complementação que somente se pode operar no momento da transição entre aquilo que hoje chamamos de *programa da norma* e a realização do âmbito da norma.

Para o autor da *Teoria Pura do Direito*, o texto normativo colocaria somente uma “moldura”, dentro da qual uma decisão poderia ser considerada “legal” ou válida, admitindo-se a possibilidade, destarte, de *várias decisões corretas em direito*, perante fatos semelhantes e diante do mesmo quadro normativo. Ora, o sentido verbal da norma não é unívoco, colocando o órgão julgador diante de uma infinidade de significações possíveis, todas elas *legítimas*:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a

⁵ “O conceito principal que os estudos jurídicos e políticos têm em comum é, em primeiro lugar, o conceito de poder”. (BOBBIO, 2008, p. 194) Em sua (1999), enfrentando a questão tormentosa da natureza extrajurídica da sanção jurídica, Bobbio acaba por enfrentar a questão da dimensão fática dentro da teoria do direito, argumentando num sentido que acaba por revelar a verdadeira natureza da norma fundamental que sustenta todo o Ordenamento Jurídico: “Ora, aquele que está em condições de exercer a força para tornar eficazes as normas é justamente o poder soberano que detém o monopólio do exercício da força” (p. 25). “Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico” (p. 49). “Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro [...] A norma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental” (p. 59). E, enfim: “E como pode um mero fato produzir direito? A pergunta não nos assusta, uma vez que acreditamos que o direito nasce do fato: o fundamento de um ordenamento jurídico é um poder tão grande que possui não só a autoridade de estabelecer normas para os membros de um grupo, mas também a força de fazê-las cumprir por aqueles que não querem saber delas” (p. 176). Ora, esse poder tão grande a que se refere Bobbio é, segundo ele, a Revolução, um fato político fundamental que estabelece o poder que dá sustentação de validade a todo o Ordenamento Jurídico, a verdadeira essência oculta da *grundnorm* kelseniana.

interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 1998, p. 247).

Kelsen diferenciava substancialmente o trabalho do *cientista do direito*, o sujeito encarregado da interpretação da ordem jurídica (trabalho de identificação das múltiplas possibilidades, mesmo que politicamente indesejáveis, (KELSEN, 1998) que se colocam dentro daquela moldura) e que deveria se pautar pela neutralidade científica naquela identificação, da atividade do *aplicador do direito*, ou seja, do sujeito que tem por função criar direito judicial a partir do direito legislado. Para este, a escolha de uma ou outra dessas significações, no momento da aplicação da lei ao caso concreto, não passaria de um ato de *vontade* que, segundo Kelsen, teria natureza *política* e não jurídica, como se poderia imaginar, num primeiro momento:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. (KELSEN, 1998, p. 249).

Kelsen esclarecia que todos os métodos de interpretação elaborados conduziram sempre a vários resultados *possíveis*, nunca a um resultado que fosse o único correto. A pretensão de neutralidade advogada por ele se dirigia somente e tão-somente ao mister exercido pelo cientista do direito, que teria por função aquela identificação dos resultados (*significados*) possíveis atribuíveis ao texto normativo, sendo que a atividade do juiz seria o momento eminentemente político da *escolha* (ato de *vontade*), da melhor decisão, dentre outras, aplicável ao caso concreto:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada (KELSEN, 1998, p. 249).

Através deste ato de *vontade*, decisão de natureza *política*, se distinguiria a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pelo cientista do direito. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito seria sempre *autêntica*. Ela cria Direito e na base da criação do direito está sempre o *poder*, a questão política por excelência:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. (KELSEN, 1998, p. 251).

Concordamos com Kelsen quando ele admite a natureza eminentemente política da aplicação do direito pelo Estado-juiz, no método dogmático. No entanto, cremos, com Oscar Correias, que Kelsen optou, politicamente, por uma despolitização da *ciência do direito* (da atividade do cientista do direito, não do aplicador do direito), mediante a desideologização dos cientistas do direito⁶, que a nosso ver, seria absolutamente impossível de ser atingida, mas que à sua época e diante do paradigma cientificista vigente e da “filosofia da consciência” no qual o jusfilósofo estava impregnado, seria impossível a ele admitir.⁷No entanto, não se pode negar que a *Teoria Pura do Direito* é uma obra de teoria política e que, portanto, o seu objeto mediato (em última instância) é o poder e não o direito em-si, o que vem sendo historicamente negligenciado pelos estudiosos do direito, (BOBBIO, 2008, p. 167)⁸ que se negam a perceber que a razão para Kelsen ter fundado uma teoria pura do direito não consistia em justificar todo o poder, mas, pelo contrário, despojar de toda “justificação científica” a qualquer poder (CORREAS, 1989, p. 28).No entanto, embora o maior representante do positivismo jurídico não o admitisse, tornou-se corrente, no discurso que compõe o senso comum teórico dos juristas, (WARAT, 1995, p. 57 e ss) o tratamento dessa relação tensa entre o pretensamente *objetivo* (a lei, objeto do conhecimento) e o *subjetivo* (o jurista, o sujeito cognoscente), a partir da absoluta separação das instâncias, sem qualquer admissão de interpenetração de uma esfera na outra. O *sujeito* do conhecimento, dotado de *racionalidade*, teria a capacidade de desvendar o sentido encoberto pelas normas, numa tarefa quase religiosa de desvendamento do sentido oculto dos textos. Daí os velhos jargões jurídicos da “vontade da lei”, do “sentido das normas”, os quais poderiam ser descobertos pelo jurista mediante um procedimento meramente técnico e neutro de avaliação do direito positivo.

De qualquer forma, pode-se concluir que, na filosofia política de Kelsen, representante maior do positivismo jurídico, se admitia: a) a natureza política do ordenamento jurídico, eis que fundado num poder constituinte originário, que como bem demonstra Bobbio, é uma questão de

⁶ “La Teoría ‘pura’ no es una ciencia sino una filosofía política que, por razones políticas, quiere fundar una ciencia apolítica [...] Lo que estos kelsenistas ocultan es este radical fondo político de la filosofía de Kelsen” (CORREAS, 1989, p. 8).

⁷ Na medida em que o cientista do direito interpreta o texto normativo, também ele, como o aplicador do direito, atribui significados novos aos textos normativos, conforme seu momento histórico e toda a sua carga cultural, política, social, ideológica, psicológica, etc., criando também ele novas interpretações possíveis e realizando um papel político, de ampliação da moldura do possível em direito.

⁸ “Por mais que Kelsen tenha reiterado o caráter científico da Teoria Pura do Direito e rechaçado toda interpretação ideológica, não se pode renunciar completamente a tentar captar o sentido de sua construção e de entender o porquê de certas teses por meio de suas opções políticas”. E arremata: “Não me resulta que o problema do poder na Teoria Pura do Direito tenha sido objeto de atenção especial por parte dos diversos estudiosos do pensamento kelseniano” (p. 142).

fato, não de direito, embora tenha tentado submeter, teoricamente, todo esse poder ao controle do próprio direito; b) a natureza política da atividade do aplicador do direito, encarregado da interpretação autêntica do ordenamento jurídico, fundada num ato discricionário de *vontade*, ou seja, de *escolha* diante das múltiplas opções que a moldura jurídica possibilita ao julgador; c) a irreduzibilidade do ato de *decidir* a uma mera operação lógico-formal, eis que no ato de escolher uma das múltiplas opções que a moldura jurídica disponibiliza, incidiriam opções pessoais do julgador, acima de qualquer neutralidade, impossível nesta instância.⁹

3.2 A NATUREZA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A obra neoconstitucionalista que mais tem merecido atenção dos juristas brasileiros nos últimos tempos é a *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy, sendo que diversos dos seus pressupostos teóricos (natureza dos direitos fundamentais como princípios, princípios como mandamentos de otimização, localização de regras e princípios no quadro maior da normatividade, necessidade de *ponderação* entre mandados de otimização na análise do caso concreto, etc.), já foram absorvidos pelo discurso jurídico constitucional pátrio.

Alexy parte do pressuposto de que sua obra estaria colocada nos marcos da superação do positivismo jurídico, permitindo a construção de pressupostos de análise jurídica mais adaptados ao moderno Estado democrático de Direito. O pressuposto filosófico para sua afirmação de superação do positivismo jurídico está centrado, conforme ele mesmo explica, na abertura que os Direitos Fundamentais teriam realizado do sistema jurídico ao sistema moral (ALEXY, 2008, p. 29), eis que os princípios que conformariam uma ordem constitucional poderiam ser identificados a *valores*, ou seja, a pressupostos de ordem *axiológica*: “princípios e valores são a mesma coisa, de um lado em uma roupagem deontológica e, de outro, em uma roupagem axiológica” (ALEXY, 2008, p. 561). Feita essa distinção inicial entre valores (nível do *bom* e do *desejável*) e princípios (nível normativo, do *dever-ser*), Alexy parte para a identificação entre ambos na Constituição alemã, pelo menos a partir da interpretação que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht*, daria aos seus dispositivos, na medida em que os valores escolhidos na Constituição se expressariam por intermédio de normas, portanto, com caráter de *dever-ser*:

Ainda que o Tribunal Constitucional Federal parta do pressuposto de que os “direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos”, ou seja de que eles são “direitos de defesa do cidadão contra o Estado”, ele acrescenta, na mesma decisão, que igualmente correto é o fato de que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores. (ALEXY, 2008, p. 154).

⁹ Kelsen (1998, p. 249): “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”.

Essa “ordem objetiva de valores” expressa pela Constituição levaria a uma inevitável *hierarquia de valores*, no âmbito da qual o Poder Judiciário deveria atuar, mediante *sopesamentos*, ou seja, definições sobre quais valores deveriam prevalecer em cada caso concreto. Com isso Alexy dá razão a Kelsen de que o ordenamento jurídico seria uma moldura de decisões possíveis, rejeitando a tese de Dworkin da possibilidade de uma única decisão correta em direito (ALEXY, 2008, p. 571-573).

Mas, por outro lado, Alexy constata uma segunda ordem de problemas ligados a interpretação dos direitos fundamentais: além da necessidade de uma ponderação quanto à hierarquização de valores que deveriam prevalecer nos casos concretos, os direitos fundamentais seriam as estruturas jurídicas de menor densidade regulatória no Ordenamento Jurídico, em virtude da “abertura das disposições do catálogo de direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 26), ou seja, da “ausência de conteúdos inequívocos” que permitiriam “conceitos maleáveis” ou até mesmo “fórmulas vazias” que admitiriam qualquer interpretação.

Alexy admite, no entanto, que a textura aberta dos direitos fundamentais não seria, por si só, uma explicação suficiente para a intensidade de controvérsias que esses direitos provocam na sociedade e perante o *Bundesverfassungsgericht*: “mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria” (ALEXY, 2008, p. 26). Ocorre que numa sociedade plural, marcada pela divisão em classes, segmentos e outros grupos de interesse, esse amplo consenso seria impossível: “mas, se a abertura estiver associada a um profundo dissenso sobre o objeto regulado, estará aberto o flanco para uma ampla disputa. É exatamente esse o caso dos direitos fundamentais.” (ALEXY, 2008, p. 26).

Ora, os direitos fundamentais regulam de uma forma extremamente lacônica questões bastante controversas acerca da constituição do Estado e da organização da sociedade, o que pode ser percebido quando se abordam conceitos de direitos fundamentais como a *dignidade*, a *liberdade*, a *igualdade* e a *democracia*, dentre outras formas vazias, carentes de conteúdo concreto sem que se recorra previamente a pré-compreensões políticas e ideológicas dos seus intérpretes: “Esses conceitos continuam a ser conceitos fundamentais da filosofia política. Ao mesmo tempo, são eles utilizados, nas discussões ideológicas, como armas semânticas.” (ALEXY, 2008, p. 27). Dessa forma, percebe-se que o grave problema que se colocaria para a efetivação dos direitos fundamentais a partir do próprio Estado (por meio de um Tribunal) seria *genético*, na medida em que a própria textura aberta dos direitos fundamentais (necessidade de recorrência à ciência política e à ideologia para complementação de seus conteúdos) e a possibilidade de colisão desses princípios no caso concreto, que demandaria uma *escolha* de *vontade* sobre a hierarquização de valores que deveriam prevalecer sobre outros, estaria indiciando uma tensão paralítica (Zizëk), um *lôcus de ruptura*, onde aquilo que é torna-se o seu contrário para poder se revelar, emergir como algo definido no real, aquilo a que Giorgio Agamben se referia em seu *Estado de Exceção* como: “Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome política” (AGAMBEN, 2004, p. 133), o que necessariamente passa por uma interpretação desconstrutiva da aura mística que envolve a obediência à lei, como queria Derrida: “Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico.” (DERRIDA, 2010, p. 26.).

Mas antes de adentrar na questão específica do sopesamento como método de interpretação proposto por aquele autor, há que considerar que o positivismo jurídico não foi superado na obra de Alexy, embora ele rejeite uma separação rígida entre direito e moral: essa admissão não é suficiente para afastar o positivismo jurídico. Ele não se caracteriza somente pela enunciação pura dos enunciados formulados pela ciência do direito, livres de influências de ordem moral, política, econômica ou sociológica. O positivismo jurídico se caracteriza, sobretudo, pela utilização de um método específico que se tornou, na história do Direito no século XX, o único aceito pela comunidade jurídica internacional, tornando-se verdadeiro paradigma¹⁰ de produção do senso comum teórico dos juristas.

A dogmática jurídica, marcada pela utilização incontestada do método lógico-abstrato ou técnico-jurídico parece ser o elemento principal de caracterização do positivismo jurídico, para além da admissão de que o direito não seria uma instância isolada (avaliativa) da totalidade social. E, nesse sentido, Alexy em momento algum nega a aplicação deste método em sua obra. Ao contrário, como em qualquer obra tradicional, o método dogmático (que constitui apenas uma das formas possíveis de se pensar o fenômeno jurídico) é confundido com a própria ciência do direito, num procedimento de superposição entre o que é a *espécie* e o que é o *gênero*.

Ora, despidendo afirmar que a ciência não pode ser confundida com um dos métodos que pode adotar em determinado momento histórico. A ciência é muito mais ampla que os métodos que surgem para fazê-la avançar. O método técnico-jurídico surge e se desenvolve principalmente a partir do século XIX, primeiramente com Savigny e depois com Ihering (ANDRADE, 2003, p. 45), consolidando-se no século XX e acaba por engolir a própria ciência do direito, na medida em que acaba se tornando o único método *aceito* pela comunidade jurídica tradicional. Não é incomum que os manuais de Direito façam afirmações do tipo: “a ciência do direito é a dogmática jurídica”, demonstrando absoluta confusão entre ciência e método, uma profunda absorção do segundo sobre o primeiro.

Alexy sustenta a correção desse método, propondo-se, inclusive, a construir uma dogmática dos direitos fundamentais que teria por função estabelecer parâmetros de racionalidade para a definição das decisões judiciais, eis que, como acima foi exposto, a Constituição Alemã teria realizado uma abertura dos seus princípios a uma ordem objetiva de valores, que precisariam ser sopesados em cada caso concreto, tornando o sistema mais instável, ou seja, menos seguro:

Enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria dogmática [...] É natural orientar-se, de início, por aquilo que de fato é praticado como Ciência do Direito e designado como “dogmática jurídica” ou “ciência do direito” em sentido estrito e próprio [...] A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado. (ALEXY, 2008, p. 32-36).

¹⁰ Utilizamos aqui o termo paradigma científico na acepção de Khun (2009, p. 29 e 45), ou seja, entendida a ciência como um conjunto de pressupostos teórico-práticos aceitos ou consensuados pela comunidade científica como tal, até a sua superação por novo paradigma científico, com exclusão seletiva de outras hipóteses igualmente factíveis como sendo “sérias” ou dignas de atenção “oficial”.

Pela citação se vê que Alexy não só não nega o método lógico-abstrato, como afirma, textualmente, que ele seria o único método estritamente jurídico, bem como que sua teoria dos direitos fundamentais seria a tentativa dogmática de estabelecer parâmetros racionais para que os magistrados alemães pudessem sopesar (*decidir*) valores nos casos concretos a eles submetidos, num procedimento de apropriação da teoria da justiça (axiologia) pela decisão judicial¹¹.

Ora, o método adotado é determinante do tipo de ciência que se faz. O positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo uma atividade *reprodutiva* do direito (*dedução* das normas gerais que sustentam o sistema de poder aos casos individuais), eis que explicitaria por meios puramente lógico-rationais o conteúdo das normas jurídicas previamente dadas aos casos particulares, configurando a interpretação/aplicação do direito como a tarefa principal do Estado-juiz (BOBBIO, 1995, p. 212).

É evidente que esse método oculta a própria natureza política da atividade do jurista prático, na medida em que faz parecer que a atividade de aplicação da lei seria apenas uma dedução lógica a partir do sistema legal e dentro dos quadrantes da moldura de possibilidades que o direito coloca (como se o julgador fosse um autômato que não participa daquilo que *faz*). É isso, mas não é só isso, na medida em que dentro da moldura de possibilidades, o juiz deveria, como acima exposto, *decidir*, ou seja, realizar uma *escolha*, a partir da sua *vontade*, do valor que deveria prevalecer no caso concreto, o que não configura uma operação jurídica estrito senso, mas uma operação típica da política:

A interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar. (BOBBIO, 2008, p. 237).

O sopesamento, enquanto método de aplicação do direito ao caso concreto, encontrar-se-ia dentro desse paradigma metodológico. Verifica-se que ele, como procedimento de interpretação que se coloca nos quadrantes do método dogmático, participaria ativamente da reprodução do direito nos marcos do positivismo jurídico, do qual não se libertaria por admitir a abertura do sistema jurídico ao sistema moral. Na realidade, perante este marco teórico, não parece ser o sistema moral que avança sobre o sistema jurídico, mas, ao contrário, parece ser o sistema jurídico que se apropria do sistema moral como forma de se (re)legitimar, “juspositivando” a moral e os valores de uma sociedade marcada pela hegemonia de um modo de produção político, social e econômico determinado e impondo esses valores a todos os integrantes da sociedade, para além de qualquer pluralismo social realmente existente.

O grave problema, que já havia sido apontado por Habermas, é que a abertura do sistema jurídico ao sistema moral, longe de democratizar o direito, pode torná-lo autoritário, na medida

¹¹ Aqui, faço uma diferenciação: na medida em que o cientista do direito resolve absorver uma teoria de justiça no conteúdo da norma, como o faz Alexy na Alemanha e Miguel Reale no Brasil, com sua teoria tridimensional do direito, há uma apropriação do axiológico pelo dogmático, justificando uma pretensa natureza de justiça ínsita à norma jurídica: todo direito seria justo por ser direito! No caso do aplicador do direito, a decisão, de natureza política, é que se apropria do dogmático, escolhendo uma das suas direções possíveis. Logo, no mister do aplicador do direito, o que haveria seria uma apropriação da política sobre a axiologia, num procedimento ideológico de justificação da decisão como sábia, justa e boa.

em que *valores* não são comungados por todos os membros do corpo social numa sociedade dividida em classes, segmentos, grupos de interesses, etc. O direito, pela sua estrutura deontológica, expõe aquilo que deve-ser, relativamente independente de valores sociais pré-concebidos: “Princípios e regras não tem estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização - conforme é sugerido pela ‘ponderação dos bens’ nas demais doutrinas metodológicas - porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica.” (HABERMAS, 1997, p. 259).

A assim chamada *textura aberta das normas de direitos fundamentais* não seria, assim, um problema novo, mas um velho problema enfrentado por toda a ciência do direito e que parece ampliar as margens do poder discricionário de decidir, ocultando ainda mais o seu sentido político nos Estados de Direito atuais, mas tornando evidente, por outro lado, que o direito, enquanto instrumento ideológico de legitimação do poder de Estado encontra-se numa encruzilhada do qual não pode sair sem que admita explicitamente a sua realidade. Talvez a ciência do direito esteja se debatendo há anos no sentido errado: talvez a questão não seja buscar eliminar essa possibilidade discricionária, mas admiti-la em seu significado e natureza reais.

Então, poder-se-ia questionar: qual a vantagem do sopesamento de Alexy sobre a hermenêutica jus-positivista tradicional? Avança rumo a uma diminuição da margem política de manobra que o julgador possui no momento de aplicação da lei (questão da moldura, de Kelsen), otimizando a segurança jurídica? É legítimo que imponha valores aos cidadãos, a despeito de impor normas de dever-ser (mandamentos, proibições e permissões), escolhidas por intermédio de procedimentos minimamente democráticos, dentro dos limites dos Estados realmente existentes na atualidade?

O sopesamento de valores de Alexy não resolve o problema da discricionariedade na aplicação da lei, nem pretende passar de uma teoria formal do direito para uma teoria material, que admitisse a possibilidade de uma solução correta em direito, como o fez Dworkin. Ora, a questão principal não estaria mais centrada na admissão, como o faz Kelsen, da natureza política da aplicação da lei pelo órgão julgador, diante das várias possibilidades que a moldura da lei disponibiliza à sua vontade? Será que o sopesamento não estaria realizando uma mistificação do processo de aplicação da norma que nem Kelsen admitiu realizar?¹² Por outro lado, ao mistificar o sopesamento como um processo de escolha de valores que deveriam preponderar no caso concreto, superpondo o caráter axiológico dos valores sobre o caráter deontológico das normas de direito, não estaria Alexy apenas ampliando as margens de escolha (discricionariedade) do órgão julgador, ou seja, suas opções políticas, agora disfarçadas de opções jurídico-constitucionais, o que teria o condão de aumentar ainda mais a insegurança do sistema de decisões?

Enfim, seriam os magistrados os órgãos políticos adequados para impor valores ao conjunto social, se bem se sabe que uma decisão, longe de ser um procedimento meramente lógico-racional de dedução do sistema no caso concreto, é antes uma atribuição de significantes pessoais, realizada por uma pessoa que não foi escolhida democraticamente para impor valores a sociedade? São perguntas que permanecem sem resposta na obra de Alexy, porque longe de superar o positivismo jurídico, ele permanece em seus quadrantes, apropriando-se da moral (ou seja, juridicizando-a, o

¹² Kelsen admitia explicitamente que a neutralidade científica somente poderia ser alcançada pelo cientista do direito, não pelo aplicador do direito, que realizaria tarefa política, de escolha da solução a aplicar ao caso concreto, dentro das múltiplas possibilidades colocadas pela moldura do direito.

que significa no fim torna-la direito positivo por meio dos princípios) para legitimar a aplicação do direito em um certo sentido que seria dotado das qualidades da justiça e de bondade:

A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*. Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Esses conceitos são, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da Filosofia prática. Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo. A definição desses princípios e o sopesamento entre eles leva ao problema da justiça. Isso fica claro, de forma exemplar, a partir dos princípios da justiça formulados por Rawls, que nada mais são que uma tentativa de estabelecer uma relação entre a liberdade e a igualdade. (ALEXY, 2008, p. 544).

A tensão se tornaria máxima, na medida em que a pretensão de eficácia imediata dos direitos fundamentais (assim *axiologicamente* concebidos) às relações privadas ou marcadas pela horizontalidade deixaria de ser apenas a imposição de um dever-ser ao conjunto social (uma forma *mínima* de comportamento e convivência em sociedade), para passar a ser uma forma *orgânica* de pensar e agir em conformidade com um valor *oficial* de Estado, manifestado por intermédio do Poder Judiciário, num Estado pós-legislativo e pós-executivo: “A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação - requerida pelo direito positivo - da idéia de justiça a todos os ramos do Direito” (ALEXY, 2008, p. 544).

3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de todas as críticas que se podem (e devem) fazer à teoria de Kelsen, muitas delas acertadas, outras absolutamente equivocadas, o sistema jurídico-formal montado por esse autor, compreendido em suas entranhas, parece mais propício à realização da democracia possível que Habermas qualificou como uma *democracia procedimental*, entendido o Estado democrático de direito como a “institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito.” (HABERMAS, 1997, p. 181). Kelsen concebeu o direito como um sistema meramente formal de normas de dever-ser, na base das quais se encontra um poder constituinte originário. Na base deste sistema, estaria a *grundnorm* que Bobbio, perspicazmente, identificou com a Revolução, um poder de fato que estabelece o direito válido numa época histórica, embora jamais Kelsen tenha podido admitir o caráter não jurídico desse poder. Dessa forma, a teoria *apolítica* de Kelsen representaria uma opção política por um sistema jurídico onde se estabelecem as regras do jogo, sem grandes ilusões quanto à sua capacidade de impor *um* (dos possíveis) conceito (s) de justiça em uma sociedade plural. Kelsen é claro ao rejeitar qualquer critério de justiça como fundamento do ordenamento jurídico, pelo menos no sistema da Teoria Pura do Direito.

Ora, a ideologia jurídica, como ressalta Marilena Chauí, tenta operar processos de superposição do direito (terreno do deontológico) sobre a justiça (terreno do axiológico), com isso fazendo crer que *todo* o direito do Estado seria justo: “A função da ideologia consiste em [...]

fazer com que o *legal apareça para os homens como legítimo*, isto é, como justo e bom.” (CHAUÍ, 1997, p. 91). Daí que as teorias da justiça acabem por ocultar o caráter real do direito em sua relação genética com o poder. Ora, na medida em que Kelsen identifica direito e Estado, politiza a discussão porque admite que no centro nevrálgico do ordenamento jurídico se encontra o poder, eliminando dele qualquer ilusão de justiça, escancarando, como diria Bobbio, que *o direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos* (BOBBIO, 1999, p. 67). O mesmo não acontece na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que ao estabelecer um sistema jurídico fundado sobre a concepção de princípios que cristalizam valores, acabaria por admitir a imposição de valores dominantes na lei a toda a sociedade, embora essa mesma sociedade seja plural e dotada ela mesma de uma multiplicidade de concepções diferenciadas sobre o conteúdo do justo.

Ora, em última instância, a concepção formal de Kelsen não nega o caráter de classe do Estado, nem tenta impor qualquer valor material de uma classe sobre a outra: limita-se a estabelecer as regras do jogo. Na medida em que Alexy admite um sistema de valores consagrado na Constituição e que poderia ser imposto (*cobrado*) a todos os cidadãos em suas relações privadas, este autor admitiria o aprofundamento do sistema de dominação ao se homogeneizar valores perante toda a sociedade.

Se os valores que se expressam no direito de uma época são os valores daqueles que possuem o poder de estabelecer a lei, eis que, embora as constituições modernas, como a brasileira, declarem uma pretensa soberania popular que se expressaria por intermédio dos instrumentos da democracia representativa, isso parece mais uma petição de princípios do que uma realidade efetiva, não seria um aprofundamento autoritário a imposição de valores ao conjunto social plural, ainda mais que se sabe que também os valores sociais que se embatem possuem profunda natureza assimétrica? Uma teoria *material* do direito e da constituição não seria somente do interesse daqueles que possuem efetivamente o poder de impor os seus valores aos demais membros da sociedade?

Nesse sentido e nos marcos do atual regime político e jurídico dominante nas sociedades ocidentais, a opção por uma *teoria formal* ou *material* do direito passa por uma autocompreensão do papel que o intérprete exerce no mundo em que se reproduz, e dos compromissos que ele assume perante essa realidade, configurando uma evidente escolha política que marcará o desenvolvimento de toda a sua concepção sobre o direito, o Estado e a sociedade. Para o jurista comprometido com a mudança, com a transformação das estruturas sociais, somente faz sentido uma teoria do direito e da constituição que conceba o direito como instrumento de definição dos procedimentos e limites das regras do jogo, dentro das quais se pode operar a disputa pelo poder social.

Concebido como moldura formal dentro da qual uma sociedade plural, porque marcada pela diferença de interesses, pode se manifestar sem ser absorvida pelos valores daqueles que podem impor seus valores, concebe-se um regime minimamente democrático, uma verdadeira *arena de disputa*. E, nesse particular aspecto, para além de qualquer ilusão sobre uma improvável neutralidade do jurista diante da realidade, o direito deve ser concebido como um espaço de *terra arrasada*, ou seja, o mais livre possível de ideologias oficiais. Aquele espaço onde a ideologia da dominação é reduzida ao mínimo indispensável para a sua própria existência, mas dentro do qual qualquer concepção pode encontrar espaço para a disputa, embora se saiba que as decisões que encontram consistência são aquelas que se fundamentam nas relações reais de poder, como bem salienta Tarso de Melo: “A hermenêutica jurídica, quando demonstra a abertura que os textos normativos comportam para interpretações diversas, deixa de revelar que, salvo em casos excep-

cionais, as decisões jurídicas que se sustentam são aquelas a que correspondem fatores reais de poder (MELO, 2009, p. 36). Ora, daí que os Estados de Direito do pós-guerra, em geral, tenham instituído tribunais constitucionais com a finalidade de fazer prevalecer, dentro da grande moldura de possibilidades que o direito positivo estabelece as decisões possíveis que se sustentem nos fatores reais de poder, filtrando aquelas que, embora legítimas perante o Ordenamento Jurídico, não interessam oficialmente, como é explicitamente admitido por Alexy, quando afirma que, no terreno dos direitos fundamentais “seria de se esperar uma luta de idéias sem fim e quase sem limites”, acrescentando que “se não é isso que ocorre, isso se deve, em grande medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal.” (ALEXY, 2008, p. 27).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço e sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Ed. UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 212.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília, DF: EdUNB, 1999.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997.

CORREAS, Oscar. *El otro Kelsen*. Ciudad de México: UNAM, 1989.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHUN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, DF: Editora UNB, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MELO, Tarso de. *Direito e ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

