

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL  
ÁREA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DENISE FELDMANN FLORES**

**O ESTADO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL:  
PERCURSO HISTÓRICO E DOUTRINA JURÍDICA**

**CAXIAS DO SUL  
2021**

**DENISE FELDMANN FLORES**

**O ESTADO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL:  
PERCURSO HISTÓRICO E DOUTRINA JURÍDICA**

Este trabalho foi apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em Direito junto a Universidade de Caxias do Sul – UCS vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira

**CAXIAS DO SUL  
2021**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Universidade de Caxias do Sul  
Sistema de Bibliotecas UCS - Processamento Técnico

F634e Flores, Denise Feldmann

O estado e a proteção ambiental [recurso eletrônico] : percurso histórico e doutrina jurídica / Denise Feldmann Flores. – 2021.

Dados eletrônicos.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Orientação: Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira.

Modo de acesso: World Wide Web

Disponível em: <https://repositorio.ucs.br>

1. Estado de direito. 2. Meio Ambiente. 3. Direitos fundamentais. 4. Proteção ambiental. 5. Direito ambiental. I. Silveira, Clóvis Eduardo Malinverni da, orient. II. Título.

CDU 2. ed.: 340.12:502.17

Catalogação na fonte elaborada pela(o) bibliotecária(o)  
Ana Guimarães Pereira - CRB 10/1460

**DENISE FELDMANN FLORES**

**O ESTADO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL: PERCURSO HISTÓRICO E  
DOCTRINA JURÍDICA**

Este trabalho foi apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em Direito junto a Universidade de Caxias do Sul – UCS vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito.

Aprovada em: 30 / 04 / 2021.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Clóvis Malinverni da Silveira  
Universidade de Caxias do Sul - UCS

---

Profa. Dra. Fernanda Dalla Libera Damacena  
Universidade de Caxias do Sul - UCS

---

Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz  
Universidade de Caxias do Sul - UCS

---

Prof. Dr. Reginaldo Pereira  
Universidade de Chapecó - UnoChapecó

## AGRADECIMENTOS

Inicio agradecendo, na condição de Bolsista Prosuc/Capes, ao Centro Nacional de Pesquisas Científicas no Brasil CNPq o qual tem desempenhado papel fundamental na ciência brasileira valorizando o saber que podemos produzir nesta jovem república Constitucional.

Neste mesmo sentido, desejo agradecer a todos os pesquisadores que estiveram no caminho da concretização desta pesquisa, de maneira geral, a todos os meus colegas e as minhas colegas pelas tão importantes e oportunas horas de debates e construção teórica e humana.

E de maneira especialíssima, ao meu orientador, Professor Dr. Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, que com tanta presteza e sabedoria enriqueceu a minha vida acadêmica de questionamentos e preocupações com a fidelidade científica desta produção teórica.

Quero ainda dedicar um espaço de agradecimento a todos os professores e professoras da graduação e pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, que têm se empenhado com tanto afinco ao debate jurídico e ambiental, com responsabilidade, seriedade e no bom sentido com altivez.

Preciso agradecer à professora Dra. Ana Maria Paim Camardello que foi minha inspiração por toda simplicidade e cumplicidade que apresentou durante a pesquisa científica e por toda amorosidade que demonstra para com o ser humano, acima de tudo.

De igual maneira, reservo espaço para agradecer a pessoa que me encorajou a dar esse passo, a lançar-me na pesquisa, a pessoa que sempre com sobriedade soube dizer-me sobre a vida e sobre os seus sistemas: ao professor Dr. Edson Dinon Marques, coordenador do curso de Direito, o meu muito obrigado, sempre!

E por fim, a parte mais difícil, agradecer a minha família, que esteve comigo de mãos dadas, que me apoiou, me incentivou, me reconheceu e se reconheceu nesta jornada.

## RESUMO

A temática do presente estudo é dirigida à proposta do Estado ambiental. Pretendeu-se compreender se há uma proposta do Estado para o meio ambiente, se ela é coesa e amadurecida pela doutrina. Os métodos utilizados foram analítico e comparativo, explicitando e cotejando os conceitos utilizados pela doutrina encontrados ou não na jurisprudência, para discuti-los à luz do seu contexto. A fonte da pesquisa é doutrinária, sendo que a doutrina escolhida foi buscada na jurisprudência do STJ e do STF (apesar desta ter sido a proposição metodológica do trabalho também tem-se aqui obras de juristas que são referências em determinadas matérias abordadas para fins de robustecer a cientificidade da pesquisa), com recortes temporais e expressões de busca previamente construídas, também foram utilizadas doutrinas citadas nas obras encontradas a partir da jurisprudência. No caso do último capítulo foram usadas duas obras específicas da temática do Estado ambiental a fim de tratar com profundidade o tema. Foram consultados no total 213 acórdãos, 24 acórdãos com repercussão geral, 6 acórdãos repetitivos; 41 decisões monocráticas; e 21 informativos. Para cumprir o objetivo proposto, buscou-se resgatar a formação do Estado, como instituição, reconstruindo seu percurso até o Estado Democrático. Posteriormente, procedeu-se a um levantamento que oportunizou discorrer sobre o Estado "Ambiental" ou "Ecológico". Verificou-se que, embora seja comum identificar as propostas de Estado para a natureza de maneira a generalizá-las, há diferenças em suas bases estruturantes que merecem ser especificadas. Entretanto, o Estado de Direito Ambiental ainda não se apresenta como um novo paradigma de Estado.

**Palavras- Chaves:** Estado de Direito, Meio Ambiente, Direitos Individuais. Novos Direitos.

## ABSTRACT

The theme of this study is addressed to the proposal of the Environmental State. It was intended to understand if there is a State proposal for the environment, if it is cohesive and matured by doctrine. The methods used were analytical and comparative, explaining and comparing the concepts used by the doctrine found or not in jurisprudence, to discuss them in the light of their context. The source of the research is doctrinal, and the chosen doctrine was sought in the jurisprudence of the STJ and STF (although this was the methodological proposition of the work, there are also job by jurists here who are references in certain matters addressed in order to strengthen the scientificity of the research) with time clippings and previously constructed search expressions, doctrines cited in the works found from jurisprudence were also used. In the case of the last chapter, two specific job on the theme of the Environmental State were used in order to deal with the theme in depth. The total of 213 court decisions were consulted, 24 court decisions with general repercussion, 6 repetitive court decisions, 41 monocratic decisions, and 21 informative. To fulfill the proposed objective, we sought to rescue the formation of the State, as an institution, reconstructing its path to the Democratic State. Subsequently, a survey was carried out which provided an opportunity to discuss the "Environmental" or "Ecological" State. It was found that, although it is common to identify as State proposals for nature in order to generalize them, there are differences in their structuring bases that deserve to be specified. However, the State of Environmental Law still does not present itself as a new paradigm of State.

**Keywords:** Rule of Law, Environmental, Individual Rights, New Rights.

## **Sumário**

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>2. TEORIA DO ESTADO: O ESTADO DA ARTE DOUTRINÁRIO</b>	<b>13</b>
2.1 O CAMINHO ATÉ O ESTADO MODERNO	13
2.2 Estado Liberal de Direito e os fundamentos do contratualismo liberal	27
<b>2.2.1 O liberalismo econômico e o neoliberalismo, o Estado frente aos sistemas econômicos no século XIX e XX</b>	<b>40</b>
<b>O ESTADO E O DIREITO</b>	<b>51</b>
3.1 ESTADO SOCIAL DE DIREITO - DIREITOS SOCIAIS E A PRESTAÇÃO POSITIVA DO ESTADO.	67
3.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	77
<b>4. PROPOSTAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL</b>	<b>82</b>
4.1 AS PROPOSTAS QUE FUNDAMENTARAM DECISÕES JUDICIAIS QUE TRATAM DO MEIO AMBIENTE	82
4.2 NOVAS PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO ESTATAL AMBIENTAL	89
4.2.1 Estado de direito ecológico	90
4.2.2 Estado de direito para a natureza	98
4.2.3 Estado ambiental de direito	105
4.2.4 A ecologia integral	112
4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NOVAS PROPOSTAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL	116
<b>5. CONCLUSÕES</b>	<b>122</b>
<b>6. REFERÊNCIAS</b>	<b>129</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Diante da grave crise social e ambiental que a humanidade enfrenta, a proposta de um Estado de Direito preocupado com as dimensões do meio ambiente e com a sua proteção e conservação, tanto em âmbito nacional como internacional, tem movimentado de forma peculiar a Academia e os Tribunais diante da necessidade da “perpetuação” das condições da vida humana na Terra. A proposta analisa atentamente a complexidade das questões concernentes à organização da sociedade no momento de globalização da sociedade de riscos.

O Estado é hoje o principal articulador dos interesses da sociedade, faz-se espelho dos anseios sociais, representa os interesses coletivos e ocupa-se de múltiplas situações que vêm se apresentando à humanidade desde o século XX, de maneira global e por vezes eficaz.

Nesse sentido, o problema que orienta a presente pesquisa é: sobre a maneira como um novo paradigma de Estado voltado à proteção ambiental vem sendo construído pela doutrina no ponto de contato entre a proposta do Estado e o problema da proteção dos bens ambientais?

Tendo isso em conta, este estudo pretende compreender se há uma proposta do Estado para o meio ambiente, se ela é coesa e madurecida pela doutrina e se fora citada pelo STJ ou pelo STF, em pesquisa genérica não exaustiva.

Para isso, buscou-se resgatar a formação do Estado, como instituição, reconstruindo seu percurso até o Estado Democrático e proceder um levantamento que oportunize discorrer sobre, Estado Ecológico, Estado Ambiental, Estado Socioambiental, e Ecologia Integral.

A análise do estudo buscou entender se as propostas vinculadas à proteção ambiental por parte do Estado se reportam a um novo paradigma para esse.

Ao enfrentar as semelhanças e diferenças entre elas pode-se de início perceber um entendimento de diferenças nas bases estruturantes de tais propostas que merecem ser apreciadas de maneira cuidadosa havendo, assim, necessidade doutrinária de buscar uma nomenclatura ao Estado que se preocupe com a preservação ambiental, mas que no plano da efetividade da tutela do Meio Ambiente encontra-se no campo simbólico. Dessa forma, percebe-se a necessidade de um Estado que cumpra, também um papel com arcabouço protetivo da natureza para além da dicotomia entre mercado e Estado.

No primeiro capítulo uma perspectiva histórica e política sobre a teoria Estado, subdividido em: O caminho até o Estado Moderno, Estado Liberal de Direito, Liberalismo Econômico e o Estado nos séculos XIX e XX, resgatou o “surgimento” do Estado até a

“concepção” do Estado moderno e ainda, discutiu-se sobre o papel dos sistemas econômicos nesse cenário.

No segundo capítulo a discussão jurídica do Estado e o Direito, Estado Social e Estado Democrático são as teorias jurídicas que têm orientado a noção atual de Estado.

O terceiro capítulo tem dois momentos. O primeiro em que se pode encontrar as propostas de Estado vinculadas à proteção ambiental os autores que foram citados nas decisões do STJ e do STF encontradas mediante filtro, conforme pormenorizado abaixo. Nesse sentido, percebem-se aproximações teóricas com o Estado Socioambiental e a Democracia Sustentada, tendo como expoentes Tiago Fensterseifer e José Canotilho.

O segundo momento destacou a discussão sobre as novas perspectivas de proteção ambiental estatal de forma a identificar as características principais das propostas de direito para a natureza: Estado Ecológico, Estado de Direito para a Natureza, Estado Ambiental e Ecologia Integral.

A fonte da pesquisa é doutrinária, um dos critérios utilizados para escolha de quais doutrinas trabalhar foi a jurisprudência, então, anote-se que se está trabalhando os conceitos da relação Estado na doutrina, mas o objeto de estudo é a fonte doutrinária citada pelo STJ e pelo STF. Dessa forma, para não prejudicar a cientificidade da pesquisa utilizou-se também como critério para escolha doutrinária as referências encontradas a partir da leitura das obras que compuseram o levantamento doutrinário inicial ou seja estudos referidos nas obras encontradas em pesquisa jurisprudencial. Ao tratar dos temas específicos como Estado e o Direito utilizou-se obras de juristas renomados sobre o assunto a fim de não prejudicar a cientificidade da pesquisa, logo, acontece em alguns momentos de o leitor ser surpreendido por um autor que não foi citado na introdução, mas que vem para contribuir com a pesquisa.

Os métodos utilizados foram o analítico e o comparativo e a abordagem do problema deu-se de maneira qualitativa. Quanto aos procedimentos técnicos, utilizaram-se a pesquisa jurisprudencial não exaustiva<sup>1</sup> e pesquisa bibliográfica. Do ponto de vista dos objetivos, a pesquisa é caracterizada como exploratória, a seguir o caminho para busca dos referenciais teóricos.

Para encontrar a bibliografia buscou-se nos sites dos Tribunais STJ e STF a doutrina utilizada como fundamento das decisões (esta pesquisa foi preliminar e genérica), após

---

<sup>1</sup> A expressão entre aspas indica os termos que devem aparecer no documento na exata ordem grafia indicados. A utilização do com localiza os termos dentro de um mesmo parágrafo.

Para os resultados de acórdãos inferiores a dez, utilizou-se informativos, decisões monocráticas e acórdãos de repercussão geral. Já nos casos em que os acórdãos foram iguais ou superiores a dez resultados utilizou-se somente acórdãos.

procedeu-se à pesquisa eletrônica em sites abertos Google e Buscador Coruja, Bibliotecas virtuais - Minha Biblioteca – UCS, Biblioteca do Senado, e sites de artigos como Scielo, e Passei Direito. As obras físicas consultadas fazem parte do acervo da UCS – Universidade de Caxias do Sul, em sua grande maioria.

Sobre o Estado Moderno, no site do STF, em pesquisa de jurisprudência, buscou-se pelo termo (“Estado Moderno”)<sup>2</sup> para a qual apareceram dez acórdãos, dos quais três apresentaram doutrina para Estado Moderno, com duas ocorrências em Carlos Alberto Menezes: O Estado Moderno e a Proteção dos Direitos do Homem - obra não encontrada – e uma ocorrência em Dalmo de Abreu Dallari: Elementos de Teoria Geral do Estado e Raul Machado Horta: Formas Simétricas e Assimétricas do Federalismo no Estado Moderno, obra não encontrada. Também se pesquisou “Estado Moderno de Direito” para a qual apareceram um acórdão, duas decisões monocráticas, e um informativo com duas ocorrências em Manifestações da Suprema Corte Norte Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo – tais ocorrências não foram utilizadas por tratarem muito especificamente de regimes totalitários.

Sobre o Estado Moderno, no site do STJ, em pesquisa de jurisprudência, buscou-se (Estado com Moderno)<sup>3</sup> para o qual apareceram vinte e um acórdãos, dos quais um apresentou doutrina do Estado, com uma ocorrência em José da Silva: Curso de Direito Constitucional Positivo. Também se pesquisou o termo “Estado com Moderno com Direito”, para o qual não apareceu nenhum resultado.

Sobre o Estado Liberal no site do STF, em pesquisa de jurisprudência, buscou-se pela expressão (“Estado Liberal”) para a qual apareceram um acórdão, um informativo, e sete decisões monocráticas sem ocorrência em doutrina. Também se pesquisou o termo “Liberalismo Político”, para o qual apareceram cinco acórdãos, um acórdão com repercussão geral, e um informativo, com uma ocorrência genérica em – Montesquieu - quatro ocorrências em - John Rawls. Liberalismo político – e uma ocorrência em - Gustav Radbruch: Cinco minutos de filosofia do direito. In: Filosofia do direito, livro não encontrado; Ingo Sarlet Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais; Walter Rodrigues da Silva Filho. Constituição econômica. Cadernos de Direito constitucional e Ciência Política, obra não encontrada; José de Oliveira Ascensão. O Direito: Introdução e Teoria Geral, esta obra trata

---

<sup>2</sup> A expressão entre aspas indica os termos que devem aparecer no documento na exata ordem gráfica indicados.

<sup>3</sup> A utilização do com localiza os termos dentro de um mesmo parágrafo.

com bastante afinco com relação às regras e os princípios jurídicos, bem como suas dimensões e interpretação de modo que não atende as especificidades desta pesquisa. Pesquisou-se também (“Estado Liberal de Direito”) e (“contratualismo liberal”) sobre os quais não apareceu nenhum resultado.

Sobre o Estado Liberal, no site do STJ, em pesquisa de jurisprudência, buscou-se pelo termo (Estado com Liberal) para o qual apareceram vinte e um acórdãos dos quais um apresentou doutrina para Estado Liberal com uma ocorrência em – Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição de 1988, nesta obra não foram encontradas referências ao Estado Liberal -, e uma ocorrência em - Hely Lopes Meirelles: Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional, livro não encontrado. Também se pesquisou a expressão (Liberalismo com Político) para qual apareceram duas decisões monocráticas ambas com doutrina para liberalismo político uma ocorrência para - Pontes de Miranda: Comentários à Constituição de 1967, este livro não foi encontrado; duas ocorrências para - Norberto Bobbio: Igualdade e Liberdade; Pesquisou-se também o termo (Estado com Liberal com Político) em que o resultado fora igual à pesquisa Estado com Liberal. Por fim pesquisou-se (Contratualismo com Liberal) sendo que não apareceu nenhum resultado.

Para Estado Social, no site do STF, em pesquisa de jurisprudência, buscou-se a expressão (“Direitos Sociais”) tendo como resultado 14 acórdãos com repercussão geral, dos quais nove apresentaram doutrina para Direitos Sociais, com uma ocorrência em – Jorge Reis: Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais; Niklas Luhmann: Komplexität und Demokratie; Richard Pae Kin: Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da teoria externa; Hugo Thamir: Direitos Sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos, livro não encontrado; Gilmar Ferreira Mendes. et al: Hermenêutica Constitucional, livro não encontrado; Sônia Fleury: Direitos Sociais e Restrições Financeiras: Escolhas Trágicas sobre Universalização, este texto trata sobre a dimensão da saúde e de elementos referentes a CEPAL, não foi citado no estudo. Foram encontradas duas ocorrências para - Andreas Joachim: Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha; Ingo Wolfgang Sarlet: Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Pesquisou-se também o termo (“Estado Social”) para o qual apareceram dez acórdãos vinculados à cobrança de tributos e a efetividade do estado, não utilizados na pesquisa. Apareceram, ainda, dezoito informativos, dos quais seis apresentaram doutrina para Estado Social, com quatro ocorrências em – Celso Lafer: A Reconstrução dos

Direitos Humanos, este texto trata com especificidade os direitos humanos e a leitura Arendtiana sobre esses direitos de forma que não trouxe contribuições ao Estado Social; com uma ocorrência para Fritz Ossenbühl: *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, Die Öffentliche Verwaltung Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*. Literatura estrangeira sem tradução, não utilizada.

Para Estado Social, no site do STJ, em pesquisa de jurisprudência, buscou-se por (Direitos com Sociais) para o qual apareceram nove acórdãos com repercussão geral sem doutrina para Direitos Sociais, o resultado para acórdãos neste comando foi de duzentos e cinquenta e cinco, assim, o recorte do período anual entre 25/07/2019 a 25/07/2020 apresentou 21 acórdãos sem doutrina para Direitos Sociais. Em novo recorte anual entre 25/07/2018 a 25/07/2019 apresentou vinte e três resultados também sem doutrina para Direitos Sociais. Pesquisou-se também o termo (Estado com Social) para o qual apareceram seis acórdãos repetitivos, nos quais não houve menção à doutrina de Estado Social. O número de acórdãos para a pesquisa foi de um mil setecentos e oitenta e oito resultados, com recorte anual entre 25/07/2019 a 25/07/2020 apareceram 120 resultados dos quais nenhum apresentou doutrina para Estado Social.

Para Estado Social e Ambiental<sup>4</sup> no site do STF em pesquisa de jurisprudência buscou-se a expressão (“Estado Socioambiental”) para o qual apareceram seis resultados, com uma ocorrência em - Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer: Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente, esta obra não foi encontrada. Também se pesquisou (“Estado Socio-Ambiental”) e como resultado apareceram três acórdãos, sem doutrina para Estado Social e Ambiental. Para Estado Social e Ambiental no site do STJ em pesquisa de jurisprudência buscou-se o termo (Estado com Socioambiental), para o qual apareceram vinte e duas decisões monocráticas na qual um resultado positivo para doutrina de Estado Socioambiental com uma ocorrência em - Carta Ambiental da França (02.03.2005); Carta Encíclica Social-Ecológica Laudato Si, do Santo Padre Francisco, datada de 24/05/2015. Também se pesquisou a expressão (Estado com Sócio- Ambiental) resultando em oito decisões monocráticas que não apresentaram doutrina para Estado Social Ambiental.

Sobre Estado Social e Ambiental no site do STF em pesquisa de jurisprudência buscou-se pela expressão (“Estado Socioambiental”) para o qual apareceram seis resultados,

---

<sup>4</sup> Estado Social e Ambiental, fora a fórmula de busca encontrada para que a pesquisa no sítio eletrônico não vinculasse estritamente ao Estado socioambiental, que refere a proteção ambiental, com olhar aos direitos dos povos, já que se busca, em específico a proteção ambiental por parte do Estado.

com uma ocorrência em - Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer: Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente, obra não encontrada. Também se pesquisou o termo (“Estado Socio-Ambiental”) como resultado apareceram três acórdãos, sem doutrina para Estado Social e Ambiental. Para Estado Social e Ambiental no site do STJ em pesquisa de jurisprudência buscou-se (Estado com Socioambiental) para o qual apareceram vinte e duas decisões monocráticas na qual um resultado positivo para doutrina de Estado Socioambiental com uma ocorrência em - Carta Ambiental da França (02.03.2005); Carta Encíclica Social-Ecológica Laudato Si, do Santo Padre Francisco, datada de 24/05/2015. Também se pesquisou a expressão (Estado com Sócio- Ambiental) resultando em oito decisões monocráticas que não apresentaram doutrina para Estado Social Ambiental.

Com relação à pesquisa sobre as novas propostas de Estado de Direito à preservação ambiental, buscou-se subsídio na doutrina atualizada sobre o tema, com foco no estudo do compilado de duas obras que tratam sobre essas propostas: Rule of law for nature organizado por VOIGT, Christina, e Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza organizado por Flávia França e José Rubens Morato.

## 2. TEORIA DO ESTADO<sup>5</sup>: O ESTADO DA ARTE DOUTRINÁRIO

É necessário uma imersão no mundo das ideias para compreender o cenário em que se apresenta a discussão de um Estado preocupado com a proteção ambiental. Aos “estudiosos do direito ambiental isso poderia muito bem significar revisitar o conceito de estado de direito e sua fundamentação em realidades ecológicas”<sup>6</sup>.

Desta maneira, com o intuito de percorrer a formação do Estado atual, para que seja possível entender o ponto de partida da proposição de um estado ecológico. Segue este estudo o retrato histórico, breve, deste percurso.

### 2.1 O CAMINHO ATÉ O ESTADO MODERNO

Para começar o estudo vai-se discutir a formação do Estado sob o viés ambientalista, mas faz parte desse percurso do Estado junto a civilização às formas de organização social antigas, e também a forma como a figura do indivíduo foi se alterando e ganhando novos contornos conforme diferentes momentos históricos.

Então aqui no primeiro capítulo pode-se encontrar desde a discussão da postura do indivíduo e da noção de “Estado” na sociedade medieval até o papel do indivíduo e do Estado no Estado liberal de direito, aqui, ainda, se pode encontrar uma apresentação sobre os sistemas econômicos do século XIX e do século XX e a sua implicação na teoria do Estado.

Assim, para ilustrar como no período medieval a relação dos indivíduos era diferente daquela que se conhece no Estado Democrático, segue com a discussão de riscos e perigos naquela realidade.

A sociedade medieval baseava-se em riscos e perigos individuais, o modo de produção não provocava impactos ambientais e o perigo vinha tão somente de acontecimentos estranhos vinculados à fúria divina. A redistribuição tinha caráter territorial e a domesticidade era o princípio norteador, na qual a produção era para o uso. Neste momento da história a sociedade não era subjugada por sistemas econômicos<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Leia-se doutrina do Estado. Para Jellinek “aquellos grupos de doctrinas que apoyan el Estado sobre un principio de orden jurídico considerando a este mismo como producto del derecho. Todas parten explícita o implícitamente de la idea de que hay un orden jurídico que precede al Estado, que le es superior y del cual deriva éste. In. JELLINEK. Georg. **Teoria General des Estado**. Prólogo de FERNANDO DE LOS RÍOS. Fondode Cultura Económica. México. FCE, 2000. p. 207.

<sup>6</sup> BOSSELMANN, Klaus. Grounding the Rule of law, in, Rule of law for nature. Org. CHRISTINA VOIGT P. 77. Tradução livre.

<sup>7</sup> PACHECO, Claudio Gonçalves. As desventuras de um Estado de Direito Ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, Número 205 jan./mar. 2015, p. 300.

Foi no século XVI que o sistema mercantil inaugurou o lucro: “ainda não havia traços de que os mercados passariam a dominar a sociedade humana”<sup>8</sup>.

Foram as cruzadas que favoreceram o surgimento de feiras e a troca de produtos entre os burgos, daí o surgimento das cidades e das civilizações urbanas, acompanhada também da formação da burguesia nesse período<sup>9</sup>.

A burguesia, aliada ao Rei, viu crescer seu capital e exigindo a unificação das moedas, por exemplo, deu origem aos “primeiros estados nacionais centralizados”<sup>10</sup>.

Desenvolvendo-se por território nacional, o comércio transforma-se na forma dominante da atividade econômica, dando origem à política comercial interna do mercantilismo. A sociedade que emerge dessa sistemática é a sociedade de mercado, em que não é a economia que está orientada pelas relações sociais, mas o contrário, isto é, são as relações sociais que estão submetidas ao sistema econômico<sup>11</sup>.

Esse passo da civilização fez com que a forma de relacionar-se dos homens fosse alterada na sua essência, inclusive retirando a autonomia das “mãos” das pessoas e delegando a organização das relações sociais à figura imaginária de um mercado regulador. Esse momento da história humana é muito importante para compreender o movimento de autorregulação do mercado.

Antes de continuar a elaboração sobre o mercado autorregulável e a sua relação com o Estado precisa-se pontuar alguns elementos que podem contribuir ao desenvolvimento da noção de Estado, de forma que se enfrenta nas páginas seguintes argumentos continuístas e descontinuístas dessa temática.

A *pólis* grega era conhecida como “cidade-Estado”, embora a expressão “Estado” tenha sido adotada somente no Renascimento. Maquiavel contribuiu com a obra inaugural, *O príncipe* (1553)<sup>12</sup>. Assim, a difusão do termo se deu pelo prestígio da obra já comentada<sup>13</sup>.

Observa-se, nas palavras de Maquiavel, que todos “os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram ou são ou repúblicas ou principados”<sup>14</sup>.

De acordo com Castro, Maquiavel explica que “Estado significa um território (isto é,

<sup>8</sup> PACHECO, op cit., p. 300.

<sup>9</sup> PACHECO, op cit.,p. 301.

<sup>10</sup> PACHECO, op. cit., p. 301.

<sup>11</sup> PACHECO, op. cit., p. 301.

<sup>12</sup> CASTRO, Suzana de. **A origem do estado moderno em Maquiavel e Hobbes**. Sofia, Vitória (ES), v.6, n.2, p. 13-22, jul./dez. 2017. p. 13.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Por uma proposta geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 65.

<sup>14</sup> MAQUIAVELLI, Niccoló. O príncipe. Escrito em 1505, publicado em 1515. Ed. Eletrônica. Fonte Digital [www.jahr.org](http://www.jahr.org)\_Copyright. PDF. p. 10.

domínio), um tipo de regime político, república ou monarquia, e um ordenamento político no qual o representante máximo desse território exerce poder sobre seus habitantes”<sup>15</sup>.

De acordo com Bobbio, existe uma discussão ampla sobre o termo Estado, com relação a seu significado, origem e composição.

Para Bobbio, é evidente que o autor de “O Príncipe” não inventou a palavra Estado, e a utilizou no início da obra justamente pelo fato de ter recorrente aplicação na sociedade da época<sup>16</sup>.

De certo se tem que:

[...] o termo "Estado" vai pouco a pouco substituindo, embora através de um longo percurso, os termos tradicionais com que fora designada até então a máxima organização de um grupo de indivíduos sobre um território em virtude de um poder de comando: civitas, que traduzia o grego pólis, e res publica com o qual os escritores romanos designavam o conjunto das instituições políticas de Roma, justamente da civitas<sup>17</sup>.

De acordo com Bobbio, *Civitas* era “a única palavra do gênero conhecida pelos antigos para designar as várias formas de governo”<sup>18</sup>. Já na Europa a palavra era largamente utilizada e tornou-se vulgar, tanto que Maquiavel ao reconfigurar a palavra Estado preocupou-se em fazê-lo para que retratasse uma realidade de ordenamentos políticos para além dos muros de uma cidade. O vínculo a uma “longa e respeitada tradição”<sup>19</sup> que chamara de “república” para caracterizar os ordenamentos políticos de suas cidades, não garantia a proposição de uma nova forma de organização preditada por Maquiavel.

Se desde os anos quatrocentos e quinhentos já se pode designar Estado, ainda que com características distintas, é oportuno ressaltar a grandiosidade do termo que em constante modificação, “passou de um significado genérico de situação para um significado específico de condição de posse permanente e exclusiva de um território e de comando sobre seus respectivos habitantes”<sup>20</sup> como descrito por Maquiavel no trecho acima.

Existem, de maneira geral, duas linhas de argumentação com relação ao surgimento do Estado, uma delas trata da descontinuidade e outra da continuidade.

Na primeira, encontra-se a elaboração no sentido de que o termo Estado surgiu da necessidade de uma nova nomenclatura para uma nova realidade “do Estado precisamente moderno, a ser considerado como uma forma de ordenamento tão diverso dos ordenamentos

<sup>15</sup> CASTRO, op. cit., p. 13.

<sup>16</sup> BOBBIO, op. cit., p. 65.

<sup>17</sup> BOBBIO, op. cit., p. 65.

<sup>18</sup> BOBBIO, op. cit., p. 66.

<sup>19</sup> BOBBIO, op.cit., p.67.

<sup>20</sup> BOBBIO, op. cit., p. 67.

precedentes que não podia mais ser chamado com os antigos nomes”<sup>21</sup>.

Para Bobbio, essa defesa é um recurso principalmente de historiadores, juristas e escritores políticos, já que não se trata apenas da grandiosidade da palavra, e sim de uma “reflexão sobre uma realidade desconhecida pelos escritores antigos da qual a palavra nova é um indicador, tanto que seria oportuno falar de ‘Estado’ unicamente para as formações políticas nascidas da crise da sociedade medieval, e não para os ordenamentos precedentes”<sup>22</sup>.

Na segunda, o primogênito dos argumentos trata da evidência da elaboração de Aristóteles de um tratado de política, em que analisou a cidade grega, e ainda em sua definição sobre a sua constituição (*politéia*). Têm-se ainda os estudos políticos do próprio Maquiavel sobre a história romana como elemento a compor uma visão continuísta do Estado desde os idos, e de tantos outros que foram fontes “principais das tratadísticas políticas que acompanham a formação do Estado Moderno”<sup>23</sup>.

Em artigo publicado a historiadora Andrade aventura-se na obra de Aristóteles “A Política” e apresenta a ideia de que a discussão sobre a *politéia* foi resumida desde sua reflexão proposta pelo autor da obra. Na visão da autora, a *pólis* precisa ser considerada como uma comunidade política, pois considera a noção de comunidade política calcada em Aristóteles muito diferente da nossa noção de Estado ou de cidade-Estado”<sup>24</sup>.

A almejada *pólis* ideal de Aristóteles, baseada no dever ser, era o enigma de uma civilização que por conta própria seguiria o rumo do bem para todos em suas decisões, assim o homem como um ser político significaria antes de mais nada um homem ideal.

É preciso considerar que os escritos de Aristóteles não separavam a comunidade política da vida social e de seus acontecimentos, ou seja, critérios de multiplicidade e de multidão não foram considerados nos aspectos sociais e políticos. Talvez daí tenham surgido algumas incompreensões do pensamento do filósofo.

Para Andrade, a *pólis* de Aristóteles se perfaz muito mais de um argumento que de um conceito, por tal motivo a autora discorda da abordagem da escola de Copenhague sobre a *pólis*. É relevante identificar que os estudos da escola seguem no sentido de converter a cidade-Estado grega em Estado institucional tal qual o Estado moderno, o que para ela não pode ser correto, já que a *pólis* não pode ser enquadrada no modo científico das sociedades

---

<sup>21</sup> BOBBIO, op. cit., p. 67.

<sup>22</sup> BOBBIO, op. cit., p. 68.

<sup>23</sup> BOBBIO, op. cit., p. 70.

<sup>24</sup> ANDRADE, Marta Mega de. **Pólis: comunidade, política e a vida em comum numa leitura da política de aristóteles**. Revista Clássica, v. 28, n. 1, p. 95-124, 2015. p. 95.

ocidentais<sup>25</sup>.

E “toda essa discussão moderna acaba passando conscientemente ao largo da originalidade do tema da pólis como *koinônia* e dos problemas por ele suscitados no círculo dos filósofos em Atenas. Posto que lá não se lidava ainda com o estado, precisamente”<sup>26</sup>.

A *koinônia* é a vida comum da comunidade descrita por Aristóteles, que se diferencia do público (*pólis*) e do privado (*oikos*) e interesse particular (*idios*). Para Andrade, esses argumentos são subprodutos da discussão principal da política. Assim, o interesse comum (*keinos*) assume um papel relevante na compreensão da *pólis* já que aqui se estaria no espaço político, diante de um agrupamento caracterizado por algo além de um grupo, um grupo com visão de interesse comum<sup>27</sup>.

Evidencia-se desta breve discussão com a historiadora, que muito antes do Estado moderno já se entendia que a política, como instrumento de “governança” fora uma aliada peculiar do homem, que originou, neste olhar, a cidade-Estado Grega, mas descontinuista que aparenta seu pensamento, deixa claro que o Estado institucional moderno é renascentista, e não antigo.

Neste estudo não é necessário filiar-se a nenhuma das correntes de pensamento, já que em momentos distintos da história a preocupação com a proteção ambiental do ponto de vista globalista é incrivelmente recente e está-se apenas a revisitar a formação do Estado com fins específicos de conhecimento, para a parte que segue esta elaboração tende-se a pensar por uma ótica descontinuista por uma questão metodológica.

De tal forma, destaca-se, ainda, que, no pensamento de Bobbio, estar em uma ou outra concepção não é uma questão puramente decisiva, senão de oportunidade e não de verdade.

Retomando a ideia da política comercial interna do mercantilismo que dera origem a sociedade de mercado, segue a análise desse cenário.

Para Castro, o “Estado moderno surge do esfacelamento das sociedades feudais, predominantemente agrárias e policentradas, nas quais o rei era uma figura apenas”<sup>28</sup>.

Discorre a autora que o impulso do mercantilismo deixou o policentrismo no meio do desenvolvimento do livre comércio. Isto se justifica pela instituição de cobranças distintas aos diferentes domínios dos feudos, encarecendo a atividade comercial.

Não à toa que a crise do feudalismo e início do capitalismo marcou o Renascimento, do “ponto de vista político, a nova classe emergente precisava de um Estado centralizado que

<sup>25</sup> ANDRADE, op. cit., p. 100.

<sup>26</sup> ANDRADE, op. cit., p. 100.

<sup>27</sup> ANDRADE, op. cit., p. 95.

<sup>28</sup> CASTRO, op. cit., p. 15.

lhe auxiliasse nas empresas ultramarinas e lhes livrasse dos entraves ao livre comércio”<sup>29</sup>.

Já ao recorrer a Max Webber, Bobbio refere que para aquele autor o processo de formação do Estado Moderno está relacionado com “um fenômeno de expropriação por parte do poder público dos meios de serviço como as armas, fenômeno que caminha lado a lado com o processo de expropriação dos meios de produção possuídos pelos artesãos por parte dos possuidores de capitais”<sup>30</sup>.

A noção de Estado carrega consigo a ‘carga’ da soberania a qual se apresenta.

No que toca o Estado moderno, tem-se a soberania como base e característica, assim, para Dallari<sup>31</sup> o conceito de soberania “é uma das bases da idéia de Estado Moderno”<sup>32</sup>. Discorre o autor que tal conceito fixou entendimento ainda no século XVI, e existem estudiosos das propostas do Estado que se ocuparam e se ocupam muito desse assunto, sendo um dos motivos pelos quais há tantas formulações a este respeito, o que gera margens à distorção por conveniência de seu significado. Há uma implicação internacional do estudo da soberania, e ela também é “uma característica fundamental do Estado”<sup>33</sup>.

Da antiguidade até o fim do império Romano não houve termo político que se assemelhasse à soberania, dado o fato de que “faltava ao mundo antigo o único dado capaz de trazer à consciência o conceito de soberania: a oposição entre o poder do Estado e outros poderes”<sup>34</sup>. Sobre o assunto:

De fato, as atribuições muito específicas do Estado, quase que limitadas exclusivamente aos assuntos ligados à segurança, não lhe davam condições para limitar os poderes privados. Sobretudo no âmbito econômico as intervenções verificadas eram apenas para assegurar a ordem estabelecida e arrecadar tributos, não havendo, pois, a ocorrência de conflitos que tornassem necessária a hierarquização dos poderes sociais. Durante a Idade Média, sobretudo, depois do estabelecimento de inúmeras ordenações independentes, é que o problema iria ganhar importância, pois, entre outras inovações, as próprias atividades de segurança e tributação iriam dar causa a frequentes conflitos, desaparecendo a distinção entre as atribuições do Estado e as de outras entidades, tais como os feudos e as comunas<sup>35</sup>.

No final da idade média, “os monarcas já tem supremacia, ninguém lhes disputa o poder, sua vontade não sofre qualquer limitação, tornando-se patente atributo que os teóricos logo iriam perceber a *soberania*, que no século XVI aparece como um conceito plenamente

<sup>29</sup> CASTRO, op. cit., p. 15.

<sup>30</sup> BOBBIO, op. cit., p. 69.

<sup>31</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da proposta Geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 74.

<sup>32</sup> DALLARI, op. cit., p. 74.

<sup>33</sup> DALLARI, op. cit., p. 75.

<sup>34</sup> JELLINEK, Georg. proposta General del Estado, apud, DALLARI, op. cit., p. 75.

<sup>35</sup> DALLARI, op. cit., p. 75/76.

amadurecido”<sup>36</sup> com tratativas teóricas sistêmicas e quase completas.

Conforme descrito por Dallari, a primeira obra que desenvolveu conceitualmente “soberania”, foi “*Lex Six Livres de la République*”, de Jean Bodin<sup>37</sup>, a qual traz o “Livro I com a conceituação da República, como um direito de governo de muitas famílias e do que lhes é comum, *com um poder soberano*”<sup>38</sup>. A dedicação, no “capítulo VIII do livro I”<sup>39</sup>, é ao esclarecimento do conceito ligado ao termo soberania.

Diz Bodin: é “necessário formular a definição de soberania, por que não há qualquer jurisconsulto, nem filósofo político, que a tenha definido e, no entanto, é o ponto principal e ao mais necessário de ser entendido no trabalho da República”<sup>40</sup>.

Esclarece então que a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república, *palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República*. Como se vê, a expressão república equivale ao moderno significado de *Estado*<sup>41</sup>.

Sendo a Soberania um poder absoluto e perpétuo “cuida Bodin de tornar mais claro o sentido dessas duas características”<sup>42</sup>. Quanto a ser um poder absoluto, tem-se que ela “não é limitada nem em poder, nem pelo cargo, nem por tempo certo. Nenhuma lei humana, nem as do próprio príncipe, nem as de seus predecessores, podem limitar o poder soberano”<sup>43</sup>.

As únicas limitações ao poder soberano encontram-se nas leis *divinas e naturais* das quais nenhum homem ou qualquer de suas leis pode contrariar. Com relação à soberania ser um poder perpétuo, tem-se que “não pode ser exercida com certo tempo de duração”<sup>44</sup>. “Esclarece Bodin que, se alguém receber o poder absoluto por um tempo determinado, não se pode chamar soberano, pois será apenas depositário e guarda do poder”<sup>45</sup>, assim, nas monarquias a soberania está condicionada à hereditariedade, já que “via de regra, só pode existir nos Estados aristocráticos e populares, pois nestes casos, como o titular do poder é uma classe ou todo um povo, há a possibilidade de perpetuação”<sup>46</sup>.

O desaparecimento do poder soberano está vinculado ao desaparecimento do próprio

<sup>36</sup> DALLARI, op. cit., p. 76.

<sup>37</sup> BODIN, JEAN. **Lex Six Livres de la République**. Livro I, apud, DALLARI, op. cit., p. 77.

<sup>38</sup> A nota de rodapé número 71 da obra de DALLARI, p. 77, explica que o estudo da obra de Bodin foi baseado numa edição francesa de 1583, com introdução em latim e os seis livros em francês.

<sup>39</sup> DALLARI, op. cit., p. 77.

<sup>40</sup> DALLARI, op. cit., p. 77.

<sup>41</sup> BODIN, op. cit., apud, DALLARI, op. cit., p. 77.

<sup>42</sup> BODIN, op. cit., apud, DALLARI, op. cit., p. 77.

<sup>43</sup> BODIN, op. cit., apud, DALLARI, op. cit., p. 77.

<sup>44</sup> DALLARI, op. cit., p. 77.

<sup>45</sup> BODIN, op. cit., apud, DALLARI, op. cit., p. 77.

<sup>46</sup> BODIN, op. cit., apud, DALLARI, op. cit., p. 78.

Estado, vez que “seja qual for o poder e a autoridade que o soberano conceda a outrem, ele não concede tanto que não detém sempre mais”<sup>47</sup>, aqui já se encontra presente a característica da inalienabilidade do poder soberano que, embora não mencionado por Bodin viera a ter espaço em estudo futuros sobre a Soberania como descreve Dallari<sup>48</sup>.

A discussão sobre “soberania” tem seguimento na obra de Dallari com Rousseau que pode ser consultada na parte 2.2 do estudo.

Para Dallari, há duas formas de pensar o conceito de soberania, os quais se vinculam a distintos autores. Na primeira, a soberania é concebida como um poder do Estado e na segunda, como uma qualidade do poder do Estado. Kelsen, porém, se diferencia destas duas, pois “segundo sua concepção normativista, entende a soberania como expressão da unidade de uma ordem”<sup>49</sup>.

Em análise às propostas formuladas, a noção de soberania está ligada a uma concepção de poder. O “que nos parece que realmente diferencia as concepções é uma evolução do sentido eminentemente político para uma noção jurídica de soberania”, o primeiro tratou da eficácia do poder, no qual a característica de ser absoluto basta, já na segunda a discussão estava na eficácia do direito, na qual as leis diriam a conduta do soberano. Na eficácia do poder, com a característica de ser absoluto há espaço para o uso desproporcional da força para o Estado em âmbito internacional, enquanto na eficácia do direito todos os Estado encontram no direito a mesma força<sup>50</sup>.

Sobre a soberania poder-se-ia desenvolver diversos estudos até por que há muitos autores que se ocupam desse tema, mas entende-se por continuar relacionando alguns elementos do Estado e sua relação com o direito. O capítulo 3 ocupa-se exclusivamente desta temática, mas, aqui neste capítulo, com a discussão sobre os contratualistas e o Estado liberal de direito, é necessário para uma boa compreensão do que se segue apresentar-se a temática, embora se disserte sobre ela especificamente lá.

No Estado moderno, também há espaço para o Direito, dessa forma, o Estado de direito também pode ser concebido como um princípio de organização social sobre o qual a organização de uma determinada sociedade será guiada pela regulação por meio de leis. Assim, o “entendimento convencional do Estado de direito encontra a solução em um processo democrático. Em uma democracia, é altamente improvável que uma proposta para

---

<sup>47</sup> BODIN, op. cit., apud, DALLARI, op. cit., p. 78.

<sup>48</sup> DALLARI, op. cit., p. 79.

<sup>49</sup> KELSEN, Hans, proposta General del Estado, apud, DALLARI, op. cit., p. 79.

<sup>50</sup> DALLARI, op. cit., p. 80.

destruir nossas condições de vida coletiva seja considerada lei”<sup>51</sup>. O Estado de direito precisa, portanto, além de guiar-se por uma legislação, de ter uma legislação que respeite o ser humano e tudo aquilo de que ele precisa para sobreviver.

O constitucionalismo tem origens antigas, mas pode-se dizer que no século XVIII a conjugação de diversos fatores determinara o aparecimento das constituições e concedeu-lhes características fundamentais<sup>52</sup>.

Sob influência do jusnaturalismo, amplamente difundido pela obra dos contratualistas, afirma-se a superioridade do indivíduo, dotado de direitos naturais inalienáveis que deveriam receber a proteção do Estado. A par disso, desenvolve-se a luta contra o absolutismo dos monarcas ganhando grande força movimentos que preconizavam a limitação dos poderes dos governantes. Por último, ocorre ainda a influência considerável do Iluminismo, que levaria ao extremo a crença na Razão, refletindo-se nas relações políticas através da exigência de uma racionalização do Poder<sup>53</sup>.

Surge daí os objetivos que resultaram no constitucionalismo: “a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder”<sup>54</sup>.

A preferência por constituições escritas definiam melhor as condições políticas surgidas e também evitavam o retrocesso deste processo de destronamento, o qual a monarquia aceitou devido à pressão social de novas classes políticas, principalmente pela burguesia, limitar seus poderes<sup>55</sup>.

É preciso ter em conta, porém, que o constitucionalismo, apesar de impulsionado sempre pelos mesmos objetivos básicos, teve características diversificadas, segundo as circunstâncias de cada Estado. Com efeito, surgindo num momento em que a doutrina econômica predominante era o liberalismo, incorporou-se o constitucionalismo ao acervo de ideias que iriam configurar o Liberalismo Político. Este por sua vez, expandiu-se como ponto de convergência das lutas a favor dos Direitos de Liberdade do Indivíduo<sup>56</sup>.

Para alguns Estados, o constitucionalismo afirmou politicamente novas classes econômicas, revestindo-se de um caráter revolucionário “consagrando mudanças estruturais e implicando limitações ao governo e ao Estado”<sup>57</sup> e para outros foi uma expressão do romantismo político “gerando monarquias constitucionais, cujo absolutismo perdeu o caráter pessoal para adquirir fundamento legal”<sup>58</sup>.

<sup>51</sup> BOSSELMANN, op. cit., p.75. Tradução livre “conventional understanding of the rule of law finds the solution in the democratic process. In a democracy, a proposal to destroy our collective living conditions is highly unlikely to make it into law”.

<sup>52</sup> DALLARI, op. cit., p. 199.

<sup>53</sup> DALLARI, op. cit., p. 199.

<sup>54</sup> DALLARI, op. cit., p. 199.

<sup>55</sup> DALLARI, op. cit., p. 200.

<sup>56</sup> DALLARI, op. cit., p. 200.

<sup>57</sup> DALLARI, op. cit., p. 201.

<sup>58</sup> DALLARI, op. cit., p. 201

Voltando a ideia da sociedade de mercado, trata-se a seguir com Polanyi sobre as quatro instituições que se fizeram os pilares da institucionalidade do século XIX e que apegadas ao mercado autorregulável viram ruir suas ideias e seus ideais.

Na principal obra de Karl Polanyi, “A Grande Transformação – 1994”, o pensador, oposto ao pensamento econômico tradicional, filiado a vertente heterodoxa da economia, analisa a ruína do século XIX e a série de situações que advieram daquela época.

Descreve ele quatro instituições presentes no século XIX, como seguem:

A primeira era o sistema de equilíbrio de poder que, durante um século, impediu a ocorrência de qualquer guerra prolongada e devastadora entre as Grandes Potências. A segunda era o padrão internacional do ouro que simbolizava uma organização única na economia mundial. A terceira era o mercado auto regulável, que produziu um bem-estar material sem precedentes. A quarta era o estado liberal. Classificadas de certo modo, duas dessas instituições eram econômicas, duas, políticas. Classificadas de outra maneira, duas delas eram nacionais, duas, internacionais. Entre si elas determinavam os contornos característicos da história de nossa civilização<sup>59</sup>.

Ao tratar sobre o colapso do sistema internacional que desembocou em duas guerras mundiais, Polanyi explica que há uma inter-relação entre a fracassada economia mundial e a ruptura no sistema de equilíbrio de poder, já que tal sistema tinha origem na economia que fracassou. Era certo que o sistema de equilíbrio encontraria entraves em assegurar a paz, sendo preciso ressaltar que não foi a economia mundial que originou o desequilíbrio, mas sim a “convulsão social e tecnológica a partir da qual surgiu na Europa Ocidental a ideia de um mercado auto regulável. O fim dessa aventura ocorreu em nossa época - ela encerra um estágio na história da civilização industrial”<sup>60</sup>.

Com relação à primeira instituição, o equilíbrio do poder tem por natureza o impedimento de guerras, o maior objetivo da comunidade humana, desde que se lhe apareceram como instrumento de sobreposição de vontades. Tal sistema “foi uma superestrutura erigida sobre o padrão-ouro e parcialmente nele fundamentada”<sup>61</sup>.

Ainda que assim se possa exprimir um objetivo deste sistema de equilíbrio de poder, é preciso considerar alguns exemplos, conforme relatado por Polanyi:

Foram exemplos famosos a tentativa de dissuasão de Bismarck na campanha da imprensa contra a França, em 1875, quanto à intervenção russa e britânica (o auxílio da Áustria à França era contado como certo). Nesta ocasião o Concerto da Europa agiu contra a Alemanha, que se viu isolada. Em 1877- 1878 a Alemanha foi incapaz de impedir a Guerra Russo-Turca, mas teve sucesso em circunscrevê-la apoiando o

<sup>59</sup> POLANYI, Karl. A Grande Transformação: as origens da nossa época. Trad. Fanny Wrobel. 2 ed. Ed. RJ - Campus LTDA. 2000. p. 17.

<sup>60</sup> POLANYI, op. cit., p. 19.

<sup>61</sup> POLANYI, op. cit., p. 17.

ciúme da Inglaterra quanto à movimentação russa em direção aos Dardanelos; a Alemanha e a Inglaterra apoiaram a Turquia contra a Rússia - e assim salvaram a paz. No Congresso de Berlim foi elaborado um plano, em longo prazo, para a liquidação das possessões européias do Império Otomano; isto resultou no impedimento de guerras entre as Grandes Potências, a despeito de todas as mudanças subseqüentes no status quo, uma vez que todas as partes envolvidas podiam estar certas, antecipadamente, das forças com as quais iriam se defrontar numa batalha<sup>62</sup>.

Esse equilíbrio de poder manteve a paz, evitou guerras, como um subproduto certamente bem recebido, mas foi utilizado conscientemente com liberdade pelas grandes potências para alcançar um interesse conjunto: ora manter-se dominante sobre as nações menores, ora reuni-las sob seu comando, e ora aniquilá-las para o “bem maior”. Assim, é preciso não perder de vista que um “sistema organizado de equilíbrio-de-poder só pode assegurar a paz, sem a ameaça permanente da guerra, se puder atuar diretamente sobre esses fatores internos e impedir o desequilíbrio *in status nascendi*. Uma vez que esse desequilíbrio tome impulso, só a força poderá endireitá-lo”<sup>63</sup>.

Dessa forma, na visão de Polanyi, quando o senso comum afirma que a garantia da paz depende da eliminação das causas da guerra, deixa de compreender que “para fazê-lo, o fluxo da vida tem que ser controlado na sua fonte”<sup>64</sup>.

Sendo preciso a existência de uma moeda com estabilidade para regular as trocas internacionais com paridade, o padrão ouro<sup>65</sup>, se apresenta como alternativa. Assim, o padrão

---

<sup>62</sup> POLANYI, op. cit., p. 22.

<sup>63</sup> POLANYI, op. cit., p. 23.

<sup>64</sup> POLANYI, op. cit., p. 23.

<sup>65</sup> GONTIJO, Cláudio. Os mecanismos de funcionamento do "padrão-ouro": uma visão crítica. Econ. soc. vol.23 no.1 Campinas Jan./Apr. 2014.

Na hipótese de um desequilíbrio não passageiro na balança de comércio exterior, possível graças à invariabilidade da taxa de câmbio, o país com superávit receberia ouro, ou seja, acumularia reservas monetárias, que permaneceriam ociosas caso os bancos comerciais não expandissem seus empréstimos. Para fazê-lo, os bancos teriam de ampliar os prazos dos empréstimos, reduzir as garantias e cortar a taxa de desconto. A conseqüente expansão da oferta de moeda significaria aumento da demanda agregada, tendo um efeito positivo sobre a renda real e o nível de preços. Também a queda da taxa de desconto teria efeito similar, pois reduziria os preços a prazo. O aumento da renda, por sua vez, faria crescer as importações, o que seria reforçado pela elevação do nível de preços, a qual, num contexto de taxa de câmbio fixa, significaria queda dos preços relativos dos produtos do resto do mundo. Também haveria uma queda das exportações, pois as mercadorias produzidas no país ficariam mais caras, em razão da inflação doméstica. Haveria, portanto, uma redução do superávit da balança de comércio exterior, a qual perduraria até que houvesse um equilíbrio do balanço de pagamentos. Mas os bancos, contando com reservas crescentes, também poderiam reduzir a taxa de captação, o que impactaria negativamente a balança de capitais, que poderia tornar-se negativa, contribuindo, assim, também para o equilíbrio do balanço de pagamentos.

No caso de um déficit do balanço de pagamentos, haveria o contrário. Diante da perda de reservas, os bancos teriam de cortar seus créditos, o que requereria a elevação da taxa de desconto. A conseqüente redução da oferta de moeda e aumento dos juros impactariam negativamente a demanda agregada, causando sua queda e, com ela, a da renda e dos preços. A redução da renda causaria a queda das importações, enquanto a diminuição dos preços faria aumentar as exportações e cair as importações, favorecendo o equilíbrio das contas externas. A perda de reservas também poderia forçar os bancos a aumentar a taxa de captação, o que traria efeitos positivos sobre os fluxos de capital, contribuindo para equilibrar o balanço de pagamentos.

internacional do ouro “foi apenas uma tentativa de aliar o sistema doméstico de mercado no campo internacional”<sup>66</sup>. Foi à fé na possibilidade de continuidade do mercado internacional que garantiu ao padrão ouro ser a última instituição a ruir no século XIX.

A busca pelo equilíbrio da economia por meio de mecanismos de preço com êgide no econômico, o mercado autorregulável, sendo a terceira instituição perfaz-se de uma utopia, pois a sua existência estava interligada com aniquilação da essência humana e natural da sociedade. Observa-se que esta ruptura se localiza na formação do mercantilismo que por sua vez inaugura o mercado autorregulável; perfazia-se na matriz do sistema institucional da época<sup>67</sup>.

A quarta, o Estado Liberal “foi, ele mesmo, uma criação do mercado autorregulável”<sup>68</sup>.

O dilema apresentado por Polanyi, o qual forçou o desenvolvimento do sistema de mercado rompendo a organização social em sua base, assenta-se na proposição de que a possibilidade de autorregulação exigiria medidas protetivas da sociedade e que estas medidas “prejudicariam a autorregulação do mercado, desorganizariam a vida industrial e, assim, ameaçariam a sociedade em mais de uma maneira.”<sup>69</sup>.

A centralidade institucional do século XIX, sem precedentes, desconsiderou a “interação de um número de fatores independentes”<sup>65</sup> que permeiam as civilizações e a vida, os quais não se podem traduzir em instituições pré-definidas. A “chave para o sistema institucional do século XIX está nas leis que governam a economia de mercado”<sup>70</sup>.

A institucionalidade do século XIX, que foi originada ainda no século XVIII, com as modificações pelas quais passava a Inglaterra, tinha bases muito sólidas na filosofia liberal, a qual falhou na compreensão do problema da mudança que se apresentava ao mundo com a centralidade do mercado autorregulável. Sobre o assunto discorre Polanyi:

Animada por uma fé emocional na espontaneidade, a atitude de senso comum em relação à mudança foi substituída por uma pronta aceitação mística das consequências sociais do progresso econômico, quaisquer que elas fossem. As verdades elementares da ciência política e da arte de governar foram primeiro desacreditadas, e depois esquecidas. Não é preciso entrar em minúcias para compreender que um processo de mudança não-dirigida, cujo ritmo é considerado muito apressado, deveria ser contido, se possível, para salvaguardar o bem-estar da comunidade. Essas verdades elementares da arte de governar tradicional, que muitas vezes refletiam os ensinamentos de uma filosofia social herdada dos antepassados, foram apagadas do pensamento dos mestres do século XIX pela ação corrosiva de

---

<sup>66</sup> POLANYI, op. cit., p. 17.

<sup>67</sup> POLANYI, op. cit., p. 19/20.

<sup>68</sup> POLANYI, op. cit., p. 17.

<sup>69</sup> POLANYI, op. cit., p. 18.

<sup>70</sup> POLANYI, op. cit., p. 17.

um utilitarismo cru, aliada a uma confiança não-crítica nas alegadas propriedades auto curativas de um crescimento inconsciente<sup>71</sup>.

De tal maneira, o autor chama a atenção para o fato de que a matriz da institucionalidade do século trouxe uma nebulosidade entre o desenvolvimento do mercado e o desenvolvimento humano, de tal modo que nem a civilização foi capaz de impedir que toda a complexidade que envolve a vida do planeta e de todos os seus sistemas fossem olvidadas pela ideia de progresso promulgada pelo mercado.

A importância da noção de Polanyi sobre a complexidade do planeta e de seus sistemas, assim como do ser humano e de suas relações com a natureza e com a sociedade, é a dimensão que foi desconsiderada pelo sistema liberal, que se apropriou do progresso, e surgiu como alternativa à civilização.

Mais tarde à superação do poder de um Estado uno, com permissividade da sobrecarga sobre o indivíduo em papel central antes mesmo da comunidade, revelou o papel em branco da relação homem e mercado, já que a autorregulação do mercado é que bem na verdade passou a controlar ele, e não ao contrário.

No título Guerras Climáticas, Welzer, elabora a construção do mundo pós-industrialização e refere que todas as democracias modernas foram erigidas sobre os escombros das guerras travadas para que fosse possível seu “surgimento”. De tal forma, fundados em bases frágeis, tais modelos democráticos representam muito mais regressão do que progresso para a humanidade.

Isso se justifica pelo fato do não reconhecimento das atrocidades cometidas em nome da paz, pelo orgulho que sentem os homens de sua história, por vezes desconhecida. Sobre o assunto:

A brutalidade impiedosa, com a qual os primeiros países industrializados buscavam satisfazer sua fome de matérias-primas, de terras e de poder, e que deixou as suas marcas sobre os demais continentes, não é mais aceita pelas condições vigentes nos países ocidentais. A memória da exploração, da escravidão e do extermínio tornou-se a vítima de uma amnésia democrática de que estão afetados todos os estados do Ocidente, que não querem recordar que sua riqueza, do mesmo modo que seu poderio e progresso foram construídos ao longo de uma história mortífera<sup>72</sup>.

Ainda que o objetivo de Welzer tenha sido entender a maneira como o clima e violência se relacionam, é possível identificar em sua obra quão o desenrolar da construção do Estado moderno é contraditório. Além, é claro, da inegável realidade retratada pelo autor

---

<sup>71</sup> POLANYI, op. cit., p. 51.

<sup>72</sup> WELZER, Harald. Guerras climáticas - por que mataremos e seremos mortos no século 21 Tradução William Lagos, Geração Editorial, 2010. p. 12.

como o anúncio do que poderá suceder no caso da forma de vida “escolhida” atualmente continuar a ser a negação dos deveres para com a natureza.

De tal maneira, havendo este tipo de Estado em diversas partes do globo deve-se considerar que o reconhecimento dele no direito internacional e as implicações da globalidade desse princípio. Sobre isso:

A dimensão internacional é talvez a característica mais significativa da compreensão contemporânea do princípio do Estado de Direito. Se a adesão ao Estado de Direito é uma característica do Estado Moderno e seu reconhecimento no direito internacional, qualquer fundamento dele na natureza - em qualquer forma ou forma - teria ramificações para o conteúdo do direito internacional. Dada à natureza transfronteiriça dos impactos ambientais, tal globalização do estado de direito abre novas oportunidades para superar a dicotomia desatualizada entre sistemas de direito nacional e internacional. Noções sobre "lei global" já entraram no vocabulário jurídico, sugerindo a existência de normas comuns a todas as pessoas<sup>73</sup>.

Há muitas discussões acerca do Estado de Direito que teriam pertinência a este estudo, mas se quer evidenciar que no Estado de Direito é a lei que determina a atuação dos particulares e do próprio Estado, sendo que o objetivo aqui não é estudar a lei nem a multiplicidade de fatores que têm origem em sua análise.

Portanto, sem olvidar a ideia de mercado autorregulável que fez ruir o século XIX, junto com as outras três instituições que o acompanharam, recupera-se que o século XX fez recriar o modelo institucional do século XIX, mantendo o mercado autorregulável, embora com a concessão de um poder maior ao Estado para regular as atividades dos particulares por meio da lei. O Estado que o faz ainda mantém contornos liberais em seus diplomas legais, o que acaba interferindo no seu objetivo de regular as relações através da lei.

Abordou-se a questão da autorregulação do mercado e de como este momento foi decisivo na história da humanidade, quando o protagonismo sobre as relações sociais deixou de ser do ser humano, o qual passou também a regular-se pelo mercado. Após esse passo, a apropriação dos meios de produção, tomados à força por quem detinha o poder sobre os artesãos, tornou-se o fardo mais pesado que a humanidade carregaria até o momento atual.

---

<sup>73</sup> BOSSELMANN, op. cit., p.82. Tradução livre.

The international dimension is perhaps the most significant feature in the contemporary understanding of the rule of law principle. If adherence to the rule of law is a characteristic of the modern state and its recognition in international law, then any grounding of it in nature – in whatever shape or form – would have ramifications for the contents of domestic and international law. Given the cross-boundary nature of environmental problems, such globalization of the rule of law opens new opportunities for overcoming the outdated dichotomy between domestic and international law systems. Notions around ‘global law’ have already entered the legal vocabulary, suggesting the existence of norms common to all people .

O que parece emergir deste caminho é que, de modo ou outro, os homens estiveram em comunidade quase sempre como multidão, e criaram um instrumento político de organização da sociedade, hoje chamado “Estado”, ao qual deram o poder sobre eles, e todos os outros, e tornaram a ser multidão, ainda que sob a sua bela criação.

É possível identificar que na formação do Estado Moderno existe a presença da economia como um fator de divisão de águas, a ideia da política de Aristóteles, com o surgimento do mercado autorregulável, concede a uma instituição imaginária poder incomensurável sobre a humanidade, com mudanças drásticas na forma de relacionar-se em comunidade, inclusive com nebulosa característica de individualismo social, descaracterizado o interesse público.

Assim, pretende-se no próximo momento discutir o Estado Liberal.

## **2.2 Estado Liberal de Direito e os fundamentos do contratualismo liberal**

O Estado de direito é “tipicamente liberal; daí a falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: a) submissão do império à lei (...); b) divisão de poderes (...); c) enunciado e garantia de direitos individuais”<sup>74</sup>.

Servindo de apoio aos direitos do homem, a ideia liberal de Estado de direito converteu em cidadãos os súditos. A ideia de Estado de direito remonta a diversas formas de Estado devido à ambiguidade contida na expressão, já que não há uma indicação expressa de seu conteúdo material, a conversão do Estado de direito em um Estado legal desconsidera qualquer ideia de Estado de direito<sup>75</sup>.

A primeira dimensão de direitos no Estado liberal refere-se “aos direitos da liberdade, e foram os primeiros previstos constitucionalmente. Referem-se aos direitos individuais, civis e políticos, e possuem como fundamentos os direitos de resistência ou oposição contra a vontade estatal”<sup>76</sup>. A “toda evidência decorreram da necessidade de se separar o Estado da sociedade e exigir daquele, principalmente, uma abstenção, um “non facere”, visando reduzir ao máximo a interferência na liberdade dos indivíduos”<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. Malheiros Editores. 25ª Ed. Impresso no Brasil. 2005. P. 112/113.

<sup>75</sup> SILVA, op. cit., p. 115.

<sup>76</sup> PAE KIM, Richard. Separação de poderes e as propostas interna e externa dos direitos fundamentais: direitos sociais e a inaplicabilidade da proposta externa. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 40, Abril-Junho/2015. p. 165.

<sup>77</sup> PAE KIM, op. cit., p. 165.

Esses “*direitos-liberdades*”, como salientado por Jean Rivero, trazem no seu conteúdo essencial o aspecto negativo, dirigidos a uma abstenção estatal quanto ao exercício das liberdades individuais, coletivas e sociais. É claro que isto não implica na obstrução ao exercício do poder de polícia da Administração Pública, ou na possibilidade de uma normatização legislativa ou mesmo na regulação administrativa, mormente quando há o respeito aos direitos fundamentais na busca de uma ordem comum, um bem-estar da coletividade. O que se impede é que a ação do Estado venha a violar os conteúdos mínimos e essenciais dos direitos fundamentais do indivíduo<sup>78</sup>.

Em “O Liberalismo Político”, John Rawls elabora sobre a “estabilidade das instituições democrático-representativas diante das grandes divergências existentes na sociedade”<sup>79</sup>. Para tal, sua obra “possui como escopo, a luz de uma visão sistemática, por meio da utilização da filosofia moral moderna, uma nova proposta de justiça, de modo a acarretar a uma equidade, por meio da generalização da tradicional proposta do contrato social, bem como em respeito ao pluralismo democrático”<sup>80</sup>.

A primeira conferência, que inaugura o total de oito conferências que deram origem a Obra Liberalismo Político de Rawls, e relaciona “as ideias fundamentais dos questionamentos do autor, colocando em debate a nova proposta de Contrato Social, bem como a nova postura do Estado, de modo a buscar uma justiça política, visando uma sociedade democrática”<sup>81</sup>.

Com ideias fundamentais, questiona Rawls sobre “a justiça política numa sociedade democrática, a saber: qual a concepção de justiça mais apta a especificar os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos”<sup>82</sup>, e ainda, “quais são os fundamentos da tolerância assim compreendida, considerando-se o fato do pluralismo razoável como resultado inevitável de instituições livres”<sup>83</sup> diante do pluralismo religioso, filosófico e moral que se conflitam.

Se segue com Hobbes e Locke, Rousseau e Montesquieu, contratualistas de vertentes teóricas diversas. É importantíssimo salientar que o objetivo de trabalhar com estes autores é percorrer o caminho do Estado com suporte em suas propostas, mas existe uma limitação na globalidade dos pensamentos dos autores, dada a condição dissertativa apresentada, sendo inclusive por questões metodológicas, incompatível retratar todas as ideias e argumentações dos mesmos. Assim, somente alguns pontos do pensamento dos autores serão retratados.

Dialoga-se com Hobbes, “inglês, foi influenciado por Francis Bacon – assim como

<sup>78</sup> RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. Liberdades Públicas. Apud, PAE KIM, op. cit., p. 167.

<sup>79</sup> CARDIN, Carlos Henrique. Apresentação. In: RAWLS, John. O liberalismo político. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª Ed. Columbia, Atira. 1993. p. 07.

<sup>80</sup> PAVIANI, Gabriela Amorim. O Liberalismo Político. Scientia Iuris, Londrina, v. 23, n. 1, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p200. ISSN: 2178-8189. p. 200.

<sup>81</sup> PAVIANI, op. cit., p. 201.

<sup>82</sup> RAWLS, John. O liberalismo político. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª Ed. Columbia, Atira. 1993. p. 45.

<sup>83</sup> RAWLS, op. cit., p. 45.

teve contato com a obra de Galileu –, Aristóteles e Maquiavel; influenciou Rousseau, Locke, Spinoza, Montesquieu e Nietzsche”<sup>84</sup>. Elaborou sobre a sociedade que o encorajou.

Diante do cenário de guerra em que estava “aprisionado”, o homem e o seu desejo de sair daquela condição, estava impossibilitado de fazê-lo senão “por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza”<sup>85</sup>.

O jusnaturalista entendeu que as paixões do homem o impedem de exercer a imparcialidade, o que permitiu que aceitasse o poder de outrem sobre suas ânsias, pois “se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros”<sup>86</sup>.

Vindo de uma escola “racionalista, mecanicista e nominalista. Influenciou as ideias de que haveria necessidade de se formular um contrato social a respeito do estado da natureza dos homens e da soberania das leis – Hobbes é considerado, por muitos, como o pai do contratualismo moderno”<sup>87</sup>.

Discorre Hobbes que nas sociedades dos homens contra os homens, as soluções advinham sempre de critério de honra, logo, uma unidade de poucos homens não seria capaz de garantir segurança, já que neste modelo bastaria uma pequena vantagem de um grupo sobre o outro para alcançar a vitória; uma multidão na defesa da segurança não teria expressão numérica definida senão apenas em comparação ao opositor, o que ainda assim, não lhes garantiria vitória já que da iniciativa da guerra não se poderia mencionar a vitória; diante de uma grande multidão existem os desejos dos indivíduos que em momento de divergência de opinião aniquilam sua força e sua multidão; e por fim, imaginando-se o consenso da multidão para uma batalha contra externos, quando findou essa batalha, e os desejos se sobreporem na multidão os homens serão novamente todos contra todos no plano interno<sup>88</sup>.

Esses aspectos abordados por Hobbes levam à consideração da necessidade de instituir um poder capaz de defender o homem de ameaças externas e das ameaças dele contra ele mesmo, conforme discorre o autor:

A única maneira de instituir tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança

---

<sup>84</sup> HAÜPTLI, Paulo Rogério. O Contrato Social, segundo Rousseau. Faculdade São Bento. São Paulo. 2016. p. 24.

<sup>85</sup> MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã*. Versão Digital: LêLivros.com. disponível em PDF. Segunda Parte. Capítulo XVII. n.p.

<sup>86</sup> MALMESBURY, op. cit., n.p.

<sup>87</sup> HAÜPTLI, op. cit., p. 24.

<sup>88</sup> MALMESBURY, op. cit., n.p.

suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens<sup>89</sup>.

Esta exposição do contratualista exprime seu posicionamento sobre o homem abdicar de sua liberdade e conferir seu poder sobre si a uma instituição em troca da segurança, essa instituição para ele chamada de “*Civitas*”, é formada pela multidão unida em uma pessoa, o que chamou de “Leviatã”, o Deus mortal, da paz e da defesa autorizado a usar a força e recursos para garanti-las. A concordância dos homens de manterem-se sob esta situação voluntariamente “pode ser chamado um Estado Político ou um Estado por Instituição”<sup>90</sup>.

De acordo com Häuptli só fazem parte do contrato social de Hobbes os indivíduos, já que o soberano não pode ser submisso à lei e tem ele “o direito à guerra, o poder à justiça e a obrigação de legislar, sendo que legislar também é educar, no sentido de infundir novos e melhores costumes em seus súditos”<sup>91</sup>.

Dessa forma o poder do soberano precisa ser absoluto para “que cada indivíduo seja submetido e mais fraco do que ele, afinal, se não houver nada mais forte – superior aos indivíduos particulares, nada os fará manter suas promessas de que não utilizarão suas liberdades aos seus bel-prazeres”<sup>92</sup>.

Pode-se dizer que o liberalismo surge como uma afronta ao poder hereditário monárquico sobre o qual elaborou Maquiavel. Para ajudar neste momento socorre-se de John Locke, o pai do liberalismo.

Para Locke, a fundamentação do estado de natureza de Hobbes não representa uma alternativa, já que na visão do autor tal estado é, na verdade, a manifestação do homem em harmonia com a comunidade, e neste caso a ideia de todos contra todos não se sustenta.

O Primeiro Tratado de Governo Civil elaborado pelo autor perfaz-se em uma abordagem refutativa dos argumentos de Sir. Robert Firlmer que defendeu que nenhum homem nasce livre<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> MALMESBURY, op. cit., n.p.

<sup>90</sup> MALMESBURY, op. cit., n.p.

<sup>91</sup> HAÜPTLI, op. cit., p. 29.

<sup>92</sup> HAÜPTLI, op. cit., p. 29.

<sup>93</sup> LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes. Dist. Clube do Livro Liberal. Versão PDF. p. 22.

A opinião de que o principado investe-se de poder divino e por este repassa seu poder por gerações, ignorando a perspectiva da obediência legal é, para Locke, a internalização da negativa da liberdade natural em que os homens poderiam escolher, pelo instituto da liberdade, que lhes advém com o nascimento, escolher o sistema ao qual estariam vinculados<sup>94</sup>.

Para Várnagy o “argumento de Locke contra Filmer visa fundamentalmente não considerar o Estado como uma criação de Deus, e sim como uma união política consensual e realizada a partir de homens livres e iguais”<sup>95</sup>.

Assim, Locke nega a concessão da autoridade real por Deus a Adão e não aceita a transmissão sucessória, refutando o modelo familiar para a justificativa de exercício do poder<sup>96</sup>.

No Segundo Tratado de Governo Civil, a relíquia de Locke sobre um Estado Liberal, o direito à vida, à liberdade, e à propriedade são defendidos como direitos natos de todos os homens. O conceito de que todos nascem livres e iguais também advém desse estudo. Antes de enfrentar esses argumentos, há uma discussão sobre o estado de natureza estabelecido por Locke:

Para entender o poder político corretamente, e derivá-lo de sua origem, devemos considerar o estado em que os homens naturalmente estão, o qual é um estado de *perfeita liberdade* para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem<sup>97</sup>.

Nota-se a liberdade como um atributo do homem, da qual pode dispor e os outros não podem cercear. É dessa ideia que surge a proposição de Locke sobre os homens poderem escolher estar ou não sob um determinado pacto ou contrato, de forma que poderiam escolher a qual disposição de poder estariam vinculados.

Segue o autor com a disposição de um estado de igualdade, que ao lado do estado de liberdade natural, garante ao homem a oportunidade de ser igual aos outros sem subordinação ou sujeição, a menos que seja sua vontade<sup>98</sup>.

De acordo com Várnagy a doutrina dos direitos naturais de Locke teve forte influência

---

<sup>94</sup> LOCKE, op. cit., p. 22.

<sup>95</sup> VARNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. Buenos Aires; São Paulo, CLACSO/DCP-FFLCH-USP. 2006. p. 57.

<sup>96</sup> VÁRGARY, op. cit., p. 57.

<sup>97</sup> LOCKE, Jonh. Dois Tratados sobre o Governo. Trad. Júlio Fischer. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1998. Disponível em: <https://www.netmundi.org/home/wp-content/uploads/2018/04/John-Locke-Dois-Tratados-sobre-o-Governo-Martins-Fontes.pdf>. p. 381/382.

<sup>98</sup> LOCKE, op. cit., p. 382/383.

em sua época, pois o uso da razão que governaria a conduta humana assevera a racionalidade como concedida por Deus<sup>99</sup>.

Além do estado de natureza, Locke se dedica à propriedade privada com afinco. Para ele, a origem da propriedade está no labor, em sua concepção desde que Deus dera a terra ao homem, tudo pertencendo a todos em comum. Mas existe uma propriedade do homem em sua própria pessoa<sup>100</sup> e não pode ser possuída por nenhum outro. Continua, afirmando que é o trabalho exercido sobre o todo comum que confere a um determinado homem a propriedade sobre aquilo trabalhado. Veja:

O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-a ele com seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade. Sendo por ele retirada do estado comum em que a natureza deixou, a ela agregou, com este trabalho, algo que a exclui do direito comum dos demais homens, Por esse trabalho foi agregado, pelo menos enquanto houver bastante e de igual qualidade deixada comum para os demais<sup>101</sup>.

Aqui reside a originalidade da propriedade. Note-se que o pai do liberalismo preocupa-se com os demais para além da total apropriação dos recursos naturais disponíveis. Assim, para os liberais atuais, há uma diferença básica: a exclusão total. Mas pode-se perceber também que o autor elabora a partir do trabalho com a finalidade de combater a vadiagem, pois considerava os pobres uma escória, atribuindo seu infortúnio à sua preguiça.

A seguinte passagem se relaciona com o surgimento do dinheiro, sobre qual evento fizera com que os irracionais se multiplicassem. Irracionais é o termo usado por Locke para nominar os pobres. Nas palavras de Várnagy:

É possível então estabelecer períodos referentes ao estado de natureza, no qual há sociedade e reina a lei natural, em duas etapas: na primeira, a propriedade é limitada pelo trabalho e a vida é agradável e aprazível; na segunda, que surge com o aparecimento do dinheiro, dá-se tanto a possibilidade de acumulação ilimitada quanto a desigualdade em relação às posses. A invenção do dinheiro altera a vida dos homens, surgindo alguns irracionais [ver seção “Pobres” mais adiante] que atentam contra a propriedade dos laboriosos e sensatos que procuram evitar o estado de guerra<sup>102</sup>.

Ao tratar da sociedade política e do governo, elabora Locke que os homens se reúnem em sociedade pela precariedade em que vivem no estado de natureza com a existência dos “irracionais”. Retrata a sociedade conjugal, a relação dos pais para com os filhos e conclui que “a sociedade política passa a ter o poder de estabelecer qual punição, segundo seu

<sup>99</sup> VÁRGARY, op. cit., p. 58.

<sup>100</sup> LOCKE, op. cit., 409.

<sup>101</sup> LOCKE, op. cit., 409.

<sup>102</sup> VÁRGARY, op. cit., p. 63.

juízo, caberá às diversas transgressões cometidas entre os membros dessa sociedade (o que é o poder de elaborar leis)”<sup>103</sup>.

O poder de elaborar leis foi traduzido pelo autor como o legislativo, e o poder executivo seria aquele que executaria as leis de punição em desfavor de quem atentasse contra a sociedade política e contra qualquer um dos homens. Sugeriu o estabelecimento de um juiz na terra que julgaria os homens de acordo com o legislativo. Note-se que a proposta da divisão dos poderes é atribuída a Montesquieu, provavelmente tenha se baseado em Locke para construir sua abordagem.

Sobre a “adesão” à sociedade política, considera Locke que para a existência de um pacto ou contrato válido, os homens naturalmente livres e independentes precisam consentir<sup>104</sup>. Observa-se que Locke, no estado de natureza, considera o homem racional, ao contrário de Hobbes, embora em Hobbes o consentimento também esteja para a validade do contrato, esse consentimento vem do medo e da busca da segurança, já que lá o homem é o inimigo do homem, e aqui estão os homens racionalmente socializando.

Então, para início das sociedades políticas, a maneira como “uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com outros”<sup>105</sup> com objetivo de defender sua propriedade contra os despossuídos.

Para Várnagy, as diferenças e semelhanças do pensamento dos contratualistas Hobbes e Locke podem ser traduzidas da seguinte maneira:

As semelhanças entre os pensamentos de Hobbes e Locke podem ser sintetizadas nos seguintes pontos: a concepção individualista do homem, a lei natural como lei de autopreservação, a realização de um pacto ou contrato para sair do estado de natureza, e por último, a sociedade política como remédio contra os males e problemas do estado de natureza. As diferenças são maiores e estão relacionadas às suas perspectivas acerca da condição humana (pessimista o primeiro e otimista o segundo), o estado de natureza (violento e pacífico), o contrato (um ou vários), o governo (absoluto ou restringido), a propriedade e outros elementos – todos eles discutíveis – que surgirão na leitura de seus textos<sup>106</sup>.

Pode-se afirmar, ainda que de maneira breve, que o liberalismo de Locke baseia-se na liberdade, na igualdade e na propriedade privada, os dois primeiros herdados do estado de natureza e o último adquirido pelo trabalho do homem. A sociedade política é uma formação

---

<sup>103</sup> LOCKE, op. cit., p. 459.

<sup>104</sup> LOCKE, op. cit., 468.

<sup>105</sup> LOCKE, op. cit., 468.

<sup>106</sup> VÁRGARI, op. cit., p. 57/58.

da união dos homens, abdicando conscientemente de seu estado de natureza, paralelamente à sociedade civil e aderindo a um pacto sobre o qual estarão vinculados por sua vontade e do qual poderão sair a qualquer tempo.

A sociedade política cria o legislativo e o executivo, um com a função de dizer o que acontecerá aos homens que usurpam a propriedade adquirida pelo trabalho de outros homens e outra que executará as suas disposições.

A sociedade política liberal de Locke foi a obra mais citada por revolucionários dos Estados Unidos da década de 70<sup>107</sup>.

Nas “palavras de Louis Hartz: “O fato é que o liberalismo do granjeiro estadunidense foi [...] um produto do espírito de Locke implantado num mundo novo e não feudal [...]”<sup>108</sup>.

A “passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança considerável, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça e conferindo às suas ações a moralidade que antes lhes faltava”<sup>109</sup>.

Para Rousseau, o estado de natureza foi anterior ao estado civil. Naquele, o homem age por instinto, de maneira não racional, já neste, há uma mudança na forma de agir do homem que, com base em princípios, aprendeu a utilizar-se da razão.

Os benefícios de estar no primeiro estado desfrutando das concessões da natureza, foram supridos por outros que, para o autor, têm igual importância. Sobre os benefícios do Estado civil discorre o teórico:

[...] suas faculdades se exercem e se desenvolvem, suas ideias se alargam, seus sentimentos se enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem amiúde a uma condição inferior àquela de que saiu, deveria bendizer sem cessar o ditoso instante que dela o arrancou para sempre, transformando-o de um animal estúpido e limitado num ser inteligente, num homem<sup>110</sup>.

Rousseau elabora que o homem no estado de natureza goza de igualdade natural, de tal forma, o pacto social substitui a igualdade natural por uma “igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer de desigualdade física entre os homens, e podendo ser desiguais em força ou em talento, todos se tornam iguais por convenção de direito”<sup>111</sup>.

A liberdade natural se perde com o contrato social e adquire o homem a liberdade civil que tem limites na vontade geral. Assim, “a liberdade natural é um direito ilimitado a tudo

<sup>107</sup> VÁRGARI, op. cit., p. 76.

<sup>108</sup> HARTZ, 1955. Apud. VÁRGARI. p. 77.

<sup>109</sup> ROUSSEAU, Jean Jaques. O CONTRATO SOCIAL. Princípios de Direito Político. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3 ed. São Paulo - Martins Fontes, 1996. p. 25.

<sup>110</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 25.

<sup>111</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 30.

quanto deseja e pode alcançar”<sup>112</sup>, é sobreposto pela “pela vontade geral, e ainda entre a posse que não passa do efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, e propriedade, que só pode fundar-se num título positivo”<sup>113</sup>.

Para Häuptli “o ponto essencial para existência desse contrato é o fato de o homem ter escolhido passar do estado natural para o estado civil, a fim de preservar os direitos naturais de igualdade e liberdade”<sup>114</sup>, descritos por Rousseau.

Häuptli descreve que para “explicar a origem da desigualdade entre os homens, Rousseau parte inicialmente da suposição da existência do estado de natureza, e, posteriormente, ocorre o surgimento da civilização, a sociedade. Assim, para ele, possivelmente, aconteceu a transição do homem natural para o homem social”<sup>115</sup>.

A “propriedade, segundo o filósofo francês, foi umas das principais responsáveis dessa passagem do homem para o estado civilizado, tendo a sociedade, nesse novo estado civil, a obrigação de obedecer somente aos poderes legítimos”<sup>116</sup>.

Rousseau tece duras críticas à propriedade, tanto que muitos dos que já analisaram seus escritos convergem no sentido de que a origem das desigualdades entre os homens é a chancela da propriedade privada face aos bens comuns. Observe o que diz o autor na obra “O Contrato Social” ao falar sobre o domínio real:

Com efeito, atribuir à necessidade e ao trabalho o direito de primeiro ocupante não será levá-lo tão longe quanto possível? Poder-se-á não estabelecer limites para esse direito? Bastará pôr os pés num terreno comum para logo pretender seu dono? Bastará a força, capaz de afastar dele por um momento os outros homens, para tirar-lhes o direito de ali voltar? Como pode um homem ou um povo apossar-se de um território imenso e privar dele todo o gênero humano, a não ser por uma usurpação punível, pois que tira ao resto dos homens o abrigo e os alimentos que a natureza lhes deu em comum?<sup>117</sup>

Percebe-se nos questionamento do autor que há um diálogo com a proposta da aquisição da propriedade desenvolvida por Locke, já que lá a necessidade e o trabalho do homem é que conferem o direito de uso e de gozo da terra e de seus frutos.

Assim, questiona Rousseau sobre a validade da proposição liberalista. Entende-se, a partir da narrativa do autor, que no momento da formação do estado civil, cada um dos participantes vem com o que tem, ou seja, “todas as suas forças, das quais fazem parte os bens

---

<sup>112</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 26.

<sup>113</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 26.

<sup>114</sup> HAÜPTLI, op. cit., p. 38.

<sup>115</sup> HAÜPTLI, op. cit., p. 38.

<sup>116</sup> HAÜPTLI, op. cit., p. 40.

<sup>117</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 28.

que possui”<sup>118</sup>.

Não que, por este ato, a posse mude de natureza ao mudar de mãos e se torne propriedade nas do soberano, mas sim que, sendo as forças da Cidade incomparavelmente maiores que as de um particular, a posse pública é também, na verdade, mais forte e mais irrevogável, sem ser mais legítima (...). Por que o Estado, perante seus membros, é senhor de todos os seus bens pelo contrato social, que no Estado serve de base a todos os direitos. Mas não o é perante as outras potências senão pelo direito de primeiro ocupante que recebeu dos particulares”<sup>119</sup>.

Esse movimento citado pelo autor se caracteriza como alienação singular, porque a comunidade assegura a posse legítima dos indivíduos sobre os bens coletivos, nomeando a propriedade como direito<sup>120</sup>.

Neste momento o importante é que o pacto social “dá ao corpo político um poder absoluto sobre os seus, e é esse mesmo poder que dirigido pela vontade geral, recebe, como ficou dito, o nome de soberania”<sup>121</sup>.

A soberania é exercida pelo Soberano, que é o Estado, possuidor da vontade geral. A vontade geral é aquilo que pode ser traduzido como a vontade de todos, que em sua origem não é contra a vontade de nenhum dos homens.

A soberania se caracteriza por ser inalienável, já que advém da vontade geral, a qual dirige as forças do Estado “com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum: pois se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível”<sup>122</sup>, de tal forma que “a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e que o soberano, não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; pode transmitir-se o poder – não, porém, à vontade”<sup>123</sup>.

A soberania também se caracteriza por ser indivisível, não se tem uma meia vontade geral, ou ela é inteira ou ela é de um grupo, e sendo de um grupo, é uma vontade particular. O soberano forma um só corpo, que assim como inalienável, é indivisível. Se houver o desmembramento de um corpo, não é possível reconstituí-lo e revesti-lo com vida, de forma que o resultado será um corpo remendado sem vida, assim é a indivisibilidade da soberania, uma vez que se separa o Soberano, não há como reunir suas peças, por que isso significa um desmembramento do corpo social<sup>124</sup>.

---

<sup>118</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 27.

<sup>119</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 27.

<sup>120</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 29.

<sup>121</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 39.

<sup>122</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 33.

<sup>123</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 33.

<sup>124</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 33.

O autor analisa que os políticos costumam desmembrar o corpo político e remendá-lo, sendo perverso afirmar que o conseguem, embora acreditem que sim.

O poder do Soberano encontra limites nas pessoas privadas. Se for verdade que a soberania é a emanção da vontade geral e o Estado constitui-se de uma pessoa pública, então as “pessoas privadas que a compõem e cuja vida e liberdade são naturalmente independentes”<sup>125</sup>, assim como o Estado, também têm direitos.

Existe uma relação mútua de direitos e deveres entre o Soberano e os súditos, e só por isso são obrigatórios a ambos. A vontade geral, tanto em objeto quanto em essência, precisa ser integral, “deve partir de todos para aplicar-se a todos; e de que perde sua retidão natural quando tende a algum objeto individual e determinado, por que então, julgando aquilo que nos é estranho, não temos a guiar-nos nenhum verdadeiro princípio de equidade”<sup>126</sup>.

O homem, apesar das suas vontades individuais, tem o dever de entender que o todo prevalece; que o direito coletivo se sobrepõe ao direito individual, princípio oriundo de Rousseau e que é utilizado no Direito até os tempos atuais. Apesar de tudo, o homem nunca vai deixar de ter suas vontades particulares, mas existe a vontade geral que deve ser o cerne de cada sociedade, para que o caos não seja estabelecido<sup>127</sup>.

Sendo a vontade geral carregada de retidão, então a busca da felicidade comum, como sobressaio da vontade individual-a desvirtua. Logo, o homem em seu estado de natureza é um bom selvagem, e são as instituições que o corrompem.

O estado de natureza nada mais é do que o homem despido de toda a corrupção social que as instituições imprimem nele. Como não acredita que existiu, exista ou existirá tal homem assim, Rousseau defende justamente a reforma das instituições para que tais não corrompam os homens que “nascem bons”<sup>128</sup>.

O pacto social deu origem ao corpo político e o que o reveste de movimento é a legislação. Se toda justiça provém de Deus, é necessário que saibam os homens recebê-la, por isso o corpo político foi criado exatamente pela incapacidade do homem de utilizar-se da razão.

No combate da burguesia contra a monarquia absoluta, que teve seu ponto alto na revolução francesa, a ideia de soberania popular iria exercer grande influência, caminhando no sentido de soberania nacional, concebendo-se a nação como o próprio povo numa ordem. No começo do século XIX ganha corpo a noção de soberania como expressão de poder político, sobretudo porque interessava às grandes potências, empenhadas em conquistas territoriais, sustentar sua imunidade a qualquer limitação jurídica. Entretanto, a partir da metade do século, vai surgir na

<sup>125</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 39.

<sup>126</sup> DALLARI, op. cit., p. 78/79.

<sup>127</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 40.

<sup>128</sup> HAÜPTLI, op. cit., p. 38.

Alemanha a proposta da personalidade jurídica do Estado que acabará sendo apontado como o verdadeiro titular da soberania. E já no século XX, aperfeiçoada a doutrina jurídica do Estado, a soberania passa a ser indicada como uma de suas notas características, colocando-se entre os temas fundamentais do direito público desenvolvendo-se uma completa proposta jurídica da soberania. Essa construção teórica teve um desenvolvimento gradativo, sendo necessária a fixação de várias posições, correspondente a diversas épocas ou a diferentes pontos de vista para se apreender o seu conjunto<sup>129</sup>.

A lei, para Rousseau, é estatuir sob um objeto inteiro sem divisão do todo e “a matéria sobre a qual se estatui é tão geral quanto à vontade que estatui. É a esse ato que chamo uma lei”<sup>130</sup>. Assim, o objeto das leis é sempre geral, e as leis não se direcionam a um súdito, senão a todos enquanto corpo político.

Dessa forma, o governo só pode ter por vontade o que está na lei – determinada pela vontade do soberano – e sua força só pode ser a pública. E mais: seu interesse é somente aquele que represente o interesse geral, comum a todos. Portanto, segundo esse pensamento, percebe-se que a lei é de suma importância neste Estado idealizado por Rousseau. Essa lei é um ato da vontade geral e a declaração da soberania, determinando o destino do estado e mostrando que, nesse contrato social, o legislador tem um papel significativo<sup>131</sup>.

Para Rousseau, o “legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado”<sup>132</sup>. Observa-se quão longe o Estado moderno está do Estado ideal de qualquer um dos contratualistas.

Por conseguinte, tornam-se necessárias convenções e leis para unir os direitos aos deveres e conduzir a justiça ao seu fim. No estado de natureza, em que tudo é comum, nada devo àqueles a quem nada prometi, e não reconheço como de outrem senão o que me é inútil. O mesmo não se passa no estado civil, no qual todos os direitos são estabelecidos pela lei<sup>133</sup>.

Na obra “*O Espírito das Leis*”, Montesquieu “não parte do pressuposto da existência de um Direito natural, inato ao ser humano, captado pela razão, rejeita esse argumento porque as leis de fato não se fundamentam na razão humana”<sup>134</sup>.

As leis “derivam de circunstâncias naturais sob a influência de determinados fatores físicos e morais”<sup>135</sup>. Discorre Montesquieu que as “forças particulares não podem reunir-se sem que todas as vontades se reúnam. *A reunião destas vontades*, como diz mais uma vez, muito bem GRAVINA, *é o que chamamos de Estado Civil*”<sup>136</sup>.

<sup>129</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 50.

<sup>130</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 46.

<sup>131</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 47.

<sup>132</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 50.

<sup>133</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 46.

<sup>134</sup> SORTO, Fredys Orlando. Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes. Verba Juris – ano 3, n. 3, jan./dez. 2004. p. 75.

<sup>135</sup> SORTO, op. cit., p. 75.

<sup>136</sup> MONTESQUIEU, O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo – Martins Fontes. 2000. p. 16.

Para Montesquieu, as leis se revestem de especificidade, sendo que cada lugar requer uma lei, cada povo requer uma lei, elas “devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir a outra”<sup>137</sup>.

Devem estar em relação com a natureza e com princípio do governo que foi estabelecido, ou que se pretende estabelecer; quer se elas o formam como é o caso das leis políticas, quer se o mantêm como é o caso das leis civis.

Devem ser relativas ao físico do país; ao clima gélido, escaldante ou temperado; a qualidade do terreno, sua situação e grandeza; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores; devem estar em relação com o grau de liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos. Enfim, elas possuem relações entre si; possuem também relações com a sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais foram estabelecidas. É de todos estes pontos de vista que elas devem ser consideradas<sup>138</sup>.

A partir dessa passagem pode-se perceber o motivo pelo qual o autor elabora sobre o espírito das leis, porque elas carregam para além de suas normas, um sentido de ser, e uma forma de ser em diferentes povos e diferentes territórios.

Na visão de Sorto, a leitura contratualista deixa de considerar a existência de um desejo humano de viver em sociedade, assim, partindo-se do estado de natureza, a sociedade civil é artificial, o que na visão de Montesquieu não se sustenta, já que “admite a existência de relações de justiça entre os seres humanos antes do estabelecimento das leis positivas”<sup>139</sup>.

A percepção da existência de leis naturais anteriores ao estabelecimento das sociedades não significa, porém, a aceitação da tese do direito racional, significa que o ser humano é governado por leis desde sempre. É nessa direção que reconhece relações de equidade anteriores ao direito positivo. Isto parece essencial, pois se ele admite que existe uma lei regulando relações pré-estatais, então, deve-se supor que existe igualmente uma justiça natural, que põe o ser humano a salvo do terrível estado de natureza hobbesiano (*Homo homini lupus*). Nesse estágio, em que prevalecem as relações de justiça, o ser humano governar-se-ia por quatro leis fundamentais, a saber: a) a paz – fruto do medo que sente diante de tudo; b) a procura de alimentos – devido à necessidade de sobrevivência; c) a atração sexual – em razão da necessidade física que sentem seres da mesma espécie; d) o desejo de viver em sociedade – além do instinto comum a todos os animais, os seres humanos possuem um segundo motivo, a sua natureza racional. Essas quatro leis conduziram o homem à sociedade civil<sup>140</sup>.

Para Montesquieu, a condução do homem na sociedade civil é que o colocou em estado de guerra: “os homens estão em sociedade, perdem o sentimento de fraqueza; a igualdade que existia entre eles finda, e o estado de guerra começa”<sup>141</sup>. Dialoga aqui com

<sup>137</sup> MONTESQUIEU, p. 16.

<sup>138</sup> MONTESQUIEU, p. 16/17.

<sup>139</sup> SORTO, op. cit., p. 78.

<sup>140</sup> SORTO, op. cit., p. 78.

<sup>141</sup> MONTESQUIEU, p. 15.

Hobbes, que entendeu que em estado de natureza é que o homem viveu em estado de guerra.

Ao discorrer sobre a organização em sociedade, Montesquieu inaugura o poder judiciário com sua proposta da separação dos poderes que “é exposta no Livro XI de O Espírito das Leis, sobretudo no capítulo VI, que trata da Constituição inglesa”<sup>142</sup>.

Sorto descreve que Montesquieu descobriu “que o governo britânico tem como objetivo primordial o da liberdade política”<sup>143</sup> sendo que tal liberdade foi descrita pelo autor o “direito de fazer tudo o que as leis permitem”<sup>144</sup>.

A liberdade política só se encontra nos governos moderados, mas ela nem sempre existe nos Estados moderados. Só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que o homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até aonde encontra limites. Quem diria! Até a virtude encontra limites<sup>145</sup>.

Montesquieu tem uma preocupação com que o detentor do poder não abuse deste, e por isso defende que o poder limite o poder, é o conhecido sistema de freios e contrapesos, no qual um poder exerce controle sobre o outro para que nenhum deles se desvirtue de seu objetivo<sup>146</sup>.

Contribui Sorto com a seguinte reflexão a respeito da separação dos poderes:

Deve-se observar, todavia, que a proposta da separação dos poderes, alicerçada na distribuição do poder com base nas atribuições básicas do Estado, não é original de Montesquieu, pois já tinha sido proposta por Locke no Segundo tratado sobre o governo (Cap. XII), onde divide os poderes em: legislativo, executivo e federativo. Mas esse modelo lockeano ainda é incompleto na medida em que os três poderes podem ser reduzidos a apenas dois: legislativo e executivo; visto que o poder federativo não é propriamente um poder, mas o desdobramento externo do executivo<sup>147</sup>.

Montesquieu, preocupado com a representação política, formula sua proposta da separação dos poderes. Os poderes, na verdade, são funções do Estado, já que o poder em si não é divisível, dada a vontade geral que forma o corpo político e o movimento que lhe confere vida. Em síntese, poder executivo, legislativo e judiciário com mecanismos de controle de um sobre outro fazem o Estado, o corpo político<sup>148</sup>.

### **2.2.1 O liberalismo econômico e o neoliberalismo, o Estado frente aos sistemas econômicos no século XIX e XX**

<sup>142</sup> SORTO, op. cit., p. 87.

<sup>143</sup> SORTO, op. cit., p. 87.

<sup>144</sup> MONTESQUIEU, p. 166.

<sup>145</sup> MONTESQUIEU, p. 166.

<sup>146</sup> MONTESQUIEU, p. 166.

<sup>147</sup> MONTESQUIEU, p. 86.

<sup>148</sup> SORTO, p. 88.

Neste espaço do estudo reservou-se a pretensão de desenvolver alguns elementos do Estado frente à condição da existência de uma força de organização social baseada no modo de produção, com perfil de individualização do sujeito e das relações sociais, com ênfase na autonomia do mercado.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o termo ‘*Laissez-faire*’<sup>149</sup> é uma expressão francesa que designa ‘deixar fazer’, caracterizou-se como a principal ideia da economia liberal. O termo ganhou contornos de uma proposta, que esteve de base para o desenvolvimento do sistema do mercado autorregulável, com os primados da liberdade econômica e da não intervenção do Estado<sup>150</sup>.

Na visão de Karl Polanyi, o “liberalismo econômico interpretou mal a história da Revolução Industrial porque insistiu em julgar os acontecimentos sociais a partir de um ponto de vista econômico”<sup>151</sup>.

De tal forma, o liberalismo que surgiu apenas como reação à burocracia, terminou na crença do homem na salvação da civilização por meio do mercado, o que, em 1820, deu ao liberalismo três pilares, o mercado de trabalho, o padrão-ouro e o livre comércio<sup>152</sup>, que se traduziram na fórmula do sucesso do livre mercado.

O Estado cumpriu o papel de impor à sociedade a forma da economia liberal, e aqui reside o que Polanyi chamou de contradição, já que a própria economia liberal foi dependente da ação do Estado, de forma que surgiram restrições a essa, uma vez que aumentou tanto a utilização do trabalho do homem, quanto a regulamentação e a intervenção desta por parte do Estado<sup>153</sup>.

Dardot e Laval relatam a dupla ação do Estado por movimento de contradição, no sentido de que a “natureza da intervenção governamental deve ser distinguida da questão das fronteiras entre o Estado e o mercado”<sup>154</sup>.

Dessa forma, o que evidencia Polanyi é a não naturalidade da relação do *laissez-faire*, uma vez que o funcionamento do mercado dependia da ação da sociedade, dos trabalhadores,

---

<sup>149</sup> REIS, Tiago. *Laissez-Faire: o que é a expressão fundamental do liberalismo*. disponível em: <https://www.suno.com.br/artigos/laissez-faire/>. Acesso em: 12/05/2020.

A versão completa em francês é “laissez faire, laissez aller, laissez passer, le monde va de lui-même”, que é traduzida para “deixai fazer, deixai ir, deixai passar, o mundo vai por si mesmo”. A expressão também é conhecida na forma grafada com hífen (**laissez-faire**).

<sup>150</sup> Idem.

<sup>151</sup> POLANYI, op. cit., p. 51.

<sup>152</sup> POLANYI, op. cit., p. 166.

<sup>153</sup> POLANYI, op. cit., p. 172.

<sup>154</sup> DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. 1ed. São Paulo – Bointempo, 2016. p. 61.

de forma que o aumento da ação legislativa combinado com o alargamento das funções de administração do Estado demonstraram um ideal utilitarista, no qual o “Laissez-faire não era o método para atingir alguma coisa, era a coisa a ser atingida”<sup>155</sup>. Assim, os que administram devem atenção à garantia do funcionamento livre desse sistema.

O equilíbrio, baseado no funcionamento do mercado, precede defesas políticas, e essa lição custou caro à sociedade no pós-primeira guerra, pois a reconstrução da ordem liberal, com bases frágeis, acumulou “tensões entre o movimento de reconstrução do mercado (em particular no nível mundial, com o desejo de restauração do sistema do padrão ouro) e o movimento de autodefesa social”<sup>156</sup>, implicando a contradição interna da sociedade de mercado, provocando a reação fascista e a Segunda Guerra.

A proposta de Polanyi sobre o desaparecimento da civilização de mercado, o que culminaria na morte do liberalismo econômico, foi desmontada pela ofensiva violenta da economia com lastro na concorrência<sup>157</sup>. Sobre esse entendimento, discorre o autor:

[...] o neoliberalismo, combina a reabilitação da intervenção pública com uma concepção do mercado centrada na concorrência, cuja fonte, como vimos encontra-se no spencerismo da segunda metade do século XIX. Ele prolonga a virada que deslocou o eixo liberalismo, fazendo da concorrência o princípio central da vida social e individual, mas, em oposição à fobia spenceriana de Estado, reconhece que a ordem de mercado não é um dado da natureza, mas um produto artificial de uma história e de uma construção política<sup>158</sup>.

Então, no liberalismo, a ação do Estado, por meio da intervenção que refletia o crescimento da administração, revestia-se do espírito do utilitarismo de Bentham, de modo que se pode assemelhar ao modelo panóptico, em que os prisioneiros eram controlados pela torre central de um edifício estelar, onde o ministro do cargo mais alto mantinha o controle sobre toda a administração.

É dessa forma que se abre caminho para o livre mercado, o qual se mantém por meio de um intervencionismo contínuo, controlado e organizado, que surgiu para garantir as bases do liberalismo aludidas acima, e que acabou por dar novo alcance ao poder intervencionista do Estado, o qual ficou encarregado da política econômica<sup>159</sup>.

Esse paradoxo foi sobrepujado por um outro. Enquanto a economia laissez-faire foi o produto da ação deliberada do estado, as restrições subseqüentes ao laissez-faire se iniciaram de maneira espontânea. O laissez-faire foi planejado; o planejamento não. A primeira metade desta afirmativa é verdadeira, como mostramos acima. Se alguma

<sup>155</sup> POLANYI, op. cit., p. 170.

<sup>156</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 65.

<sup>157</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 66/68.

<sup>158</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 69/70.

<sup>159</sup> POLANYI, op. cit., p. 172.

vez já se fez uso consciente do executivo, a serviço de uma política deliberadamente controlada pelo governo, isto ocorreu com os benthamitas no período heróico do *laissez-faire*. A outra metade foi posta em debate, em primeiro lugar, pelo eminente liberal Dicey, que tomou a si a tarefa de inquirir as origens do "anti-Laissez-faire" ou, como ele a chamava, a tendência "coletivista" da opinião pública inglesa, cuja existência era manifesta desde o final da década de 1860. Ele ficou surpreso de não encontrar qualquer prova dessa tendência a não ser nos próprios decretos legislativos. Falando com mais exatidão, nenhuma prova de uma "tendência coletivista" na opinião pública pôde ser encontrada anterior às leis que pareciam representar tal tendência. Quanto à opinião "coletivista" posterior, Dicey inferiu que a própria legislação "coletivista" poderia ter sido a sua fonte primordial. Com essa sagaz investigação ele constatou a ausência total de qualquer intenção deliberada de ampliar as funções do estado, ou restringir a liberdade do indivíduo, por parte daqueles diretamente responsáveis pelas legislações restritivas das décadas de 1870 e 1880. A ponta-de-lança legislativa do contramovimento que se opôs ao mercado auto-regulável, conforme se desenvolveu na metade do século após 1860, revelou-se espontânea, não dirigida pela opinião e induzida por um espírito puramente pragmático<sup>160</sup>.

Na visão de Coelho, o “século XIX foi um período de crise para o direito ao ter sua eficácia e normatividade contestadas por diferentes formas de positivismo, dentre as quais o positivismo econômico, que pretendia se impor ao direito a partir da premissa de que as leis econômicas derivam de fatos objetivos e observáveis”<sup>161</sup>. Quando, “na verdade, a proposta econômica, pretensamente justificada a partir de leis naturais foi impondo os seus postulados sobre o direito e toda a sociedade, especialmente no que se refere ao utilitarismo e à idéia de que as leis do mercado seriam naturais e incontroláveis”<sup>162</sup>.

Os liberais econômicos não partilham da ideia de que o “laissez-faire” desenvolveu-se principalmente pela intervenção do estado, pois entendem que seu desenvolvimento foi natural, “enquanto a legislação anti-laissez-faire subsequente foi o resultado de uma ação propositada por parte dos que se opunham aos princípios liberais”<sup>163</sup>. Entretanto, essas duas interpretações do duplo movimento - a verdade ou inverdade da posição liberal - são discutíveis.

Chamado de contramovimento coletivista, o aumento da interferência do Estado no âmbito legislativo na visão dos liberais ortodoxos fez com que ruísse o mercado autorregulável, haja vista a inobservância de seus princípios, dando origem ao “anti-laissez faire”.

Polanyi esclarece que o entendimento da existência de um *anti-laissez-faire* é incoerente, uma vez que, observada a intenção coletiva, tinha muito mais apreço social a ideia

<sup>160</sup> POLANYI, op. cit., p. 173.

<sup>161</sup> COELHO, André Felipe Canuto. **O estado liberal:** entre o liberalismo econômico e a necessidade de regulação jurídica. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 8 | n. 15 | Jan./Jun. 2006. p. 184.

<sup>162</sup> COELHO, op. cit., p. 184.

<sup>163</sup> POLANYI, op. cit., p. 173.

do liberalismo econômico, tornando-se fantasiosa a ideia de existência de um contramovimento ao Laissez Faire.

Esse equívoco perceptivo deixou de macular a questão de que foram as legislações, advindas do poder de intervenção do Estado, na ideia do duplo movimento que frearam a auto regulação do mercado.

Aqui está a pérola de ouro do discurso atual de defesa, sobretudo da economia e de observância cega às políticas, leis e princípios de mercado. Uma vez minados por um sentimento de fracasso econômico, a sociedade se posiciona na defesa da economia sem observar que: a) as medidas legislativas restritivas eram fruto das modernizações da industrialização, intencionando a proteção de algum interesse público ou de algum perigo que aquela forma de vida gerava. Um exemplo é o decreto de proibição de empregar meninos com menos de doze anos que não estivessem matriculados na escola e não soubessem ler e escrever; b) a condição do surgimento dos problemas aos quais se buscou resposta legislativa à medida em que se agravavam tais condições também requeriam respostas mais duras por parte Estado, a exemplo do Decreto da Compensação do Trabalhador, o qual garantia a responsabilidade do empregador por danos sofridos por seus funcionários, haja vista a alta carga de trabalho, as longas jornadas e os acidentes laborais; c) ganhou fôlego a ideia de que razões objetivas que forçaram a atuação dos legisladores, e não um ideal coletivista, a exemplo de que o impulso legislativo veio de diferentes situações peculiares e de atores muito simpáticos ao liberalismo econômico, alguns inclusive puros ortodoxos, como no caso dos imperialistas radicais de Viena; d) o advento de projetos liberais na defesa de restrições de liberdade, a exemplo do princípio da associação do trabalho e, da lei das corporações de negócios, fazem perceber que a liberdade de contrato também implicou a liberdade do trabalhador. A liberdade dos homens de negócio, posicionarem-se por medidas até então coletivistas, desembocou na regulamentação do trabalho e na restrição da atividade daqueles, isso tudo para que o ideal de liberdade do *Laissez-faire* pudesse ser mantido<sup>164</sup>.

Para Polanyi restou comprovado que:

[...] o contramovimento que se opôs ao liberalismo econômico e ao laissez-faire teve todas as características inequívocas de uma reação espontânea. Em inúmeros pontos isolados ele surgiu sem que houvesse ligações aparentes entre os interesses diretamente afetados ou qualquer conformidade ideológica entre eles. Até na resolução do mesmo problema, como no caso da compensação aos trabalhadores, as soluções mudavam de individualista para "coletivista", de liberal para antiliberal, do "laissez-faire" para formas intervencionistas, sem que ocorresse qualquer mudança no interesse econômico, nas influências ideológicas ou nas forças políticas em jogo,

---

<sup>164</sup> POLANYI, op. cit., p. 177/180.

mas apenas como resultado da crescente compreensão da natureza do problema em questão. Pode-se demonstrar, também, que uma mudança bastante similar do *laissez faire* para o "coletivismo" ocorreu em vários países, num estágio definido do seu desenvolvimento industrial, revelando a profundidade e independência das causas subjacentes ao processo que os liberais econômicos atribuíram, de forma tão superficial, a climas de mudança ou a interesses diversos<sup>165</sup>.

Assim como a ideia do liberalismo como um sistema econômico, há autores que percorrem tal sistema como uma nova racionalidade, dentre estes destaca-se o pensamento de Foucault que trava uma discussão a respeito da ampliação do poder que a governamentalidade exerce sobre a vida e como a obediência tomou o espaço da atividade do homem.

Mas na verdade traz-se o autor neste momento para dizer que o liberalismo não é “um elemento externo e negador em relação a razão do Estado. É antes o ponto de inflexão da razão de Estado na curva do seu desenvolvimento (...) a razão do Estado mínimo no interior e como princípio organizador da própria razão do Estado”<sup>166</sup>.

O liberalismo diga-se de passagem é a limitação do poder político do Estado, aquele que por intermédio da colocação de limites ao direito público esteve a serviço do desenvolvimento da teoria econômica do mercado. Não por acaso as faculdades de direito na e de economia na França estiveram sediadas nos mesmos prédios e não por acaso os primeiros economistas eram também juristas<sup>167</sup>.

Tem-se que o liberalismo esteve ameaçado pela intervenção do Estado que promoveu, e para reinventar-se, apostou na concorrência. Sobre esse assunto traz-se para o debate a análise da sociedade neoliberal.

Foucault ao discorrer sobre o que é o neoliberalismo destaca que seu principal problema é “saber como se pode regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado”<sup>168</sup> se trata portanto de “relacionar, de referir, de projetar numa arte geral de governar os princípios formais de uma economia de mercado”<sup>169</sup>.

Para alcançar tal situação o liberalismo clássico passou por algumas transformações, das quais Foucault destaca a “dissociação entre economia de mercado, o princípio econômico do mercado, e o princípio político do *laissez-faire*”<sup>170</sup>. Assim os neoliberais apresentaram a teoria da concorrência pura. Sobre o assunto:

---

<sup>165</sup> POLANYI, n.p. cit., p. 182.

<sup>166</sup> FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. trad. Eduardo Brandão. SP - Martins Fontes. 2008. p. 40.

<sup>167</sup> Idem. p. 41/53.

<sup>168</sup> Idem. p. 181.

<sup>169</sup> Idem. p. 181.

<sup>170</sup> Idem. p. 181.

[...] fazia surgir essa concorrência não como um dado primitivo e natural que estaria, de certo modo, no próprio princípio, no fundamento dessa sociedade, e bastaria, de certo modo, deixar subir de volta à superfície e redescobrir; a concorrência, longe disso, era uma estrutura dotada de propriedades formais, [e] eram essas propriedades formais da estrutura concorrencial que asseguravam e podiam assegurar a regulação econômica pelo mecanismo dos preços. Por conseguinte, se a concorrência era de fato essa estrutura interna, mas frágil em sua existência histórica e real, o problema da política liberal era, justamente, o de organizar de fato o espaço concreto e real em que a estrutura formal da concorrência podia atuar. Uma economia de mercado sem *laissez-faire*, isto é uma política ativa sem dirigismo. O neoliberalismo não vai portanto se situar sob o signo do *laissez-faire*, mas ao contrário, sob o signo da vigilância, de uma atividade, de uma intervenção permanente<sup>171</sup>.

Foi o colóquio Walter Lippmann que reuniu os pensadores a conversar sobre o neoliberalismo, nessa época Lippmann lançou uma obra intitulada “*la cité*” que havia recém sido traduzida ao francês, nas palavras de Foucault “curioso por que era um livro que, por um lado, de fato retoma, na forma pura e simples reativação, os temas do liberalismo clássico, mas também, em certo número de aspectos, apresenta elementos que fazem parte do neoliberalismo<sup>172</sup>. No colóquio estavam Lippmann,

[...] liberais de tradição clássica... neoliberais alemães e austríacos (...) é nesse colóquio que temos Ropke (...) Roustow, (...). Hayek (...) é na esteira desse colóquio que (...) se decide em 1939, formar uma comissão permanente que se chamará “Comissão internacional de estudo para a renovação do liberalismo”, CIERL. É no decorrer desse colóquio que se definem (...) as propostas específicas e próprias do neoliberalismo<sup>173</sup>.

Para Brown o “termo “neoliberalismo” foi cunhado no Colóquio Walter Lippmann em 1938, uma reunião de acadêmicos que lançou as bases político-intelectuais daquilo que uma década depois se tornaria a Sociedade Mont Pèlerin<sup>174</sup>. Tal sociedade fora responsável por sistematizar os objetivos do neoliberalismo.

Como um dos personagens importante “cuja trajetória foi afinal importantíssima na definição do neoliberalismo contemporâneo. É alguém que vem da Áustria, um austríaco, von Hayek<sup>175</sup> esse pensador “foi, manifestamente, um dos inspiradores do liberalismo americano contemporâneo ou do anarcocapitalismo”.

Sua participação é distintamente importante por que formulou a razão liberal colocando:

[...] o mercado e a moral como formas singulares de provisão de recursos para as necessidades humanas, compartilhando princípios e dinâmicas ontológicos. Enraizados na liberdade [liberty] e gerando uma ordem e evolução espontâneas, seus

<sup>171</sup> Idem. p. 182.

<sup>172</sup> Idem. p 182/183.

<sup>173</sup> Idem. p. 184.

<sup>174</sup> BROWN, op. cit., p. 28.

<sup>175</sup> FOUCAULT. op. cit., p. 143.

opostos radicais são qualquer tipo de política, planejamento e justiça sociais deliberados e administrados pelo Estado<sup>176</sup>.

Para Dardot e Laval o Estado neoliberal “continua a ser visto como um simples instrumento nas mãos de uma classe capitalista desejosa de restaurar uma relação de força favorável vis-a-vis aos trabalhadores e, desse modo aumentar sua parte na distribuição de renda”<sup>177</sup>.

Mas “o verdadeiro motor da história continua a ser o poder do capital, que subordina o Estado e a sociedade, colocando-os a serviço de sua acumulação”<sup>178</sup>.

Para Rossignoli e Ferrer, no final do século XX e início do século XXI, presenciou-se a transformação dos “papéis desempenhados pelo Estado. É a chamada “globalização”, a nova ordem mundial que alterou toda a correlação de forças entre as nações e, principalmente, reintroduziu a concepção de Estado mínimo do liberalismo clássico, agora sob a denominação de neoliberalismo”<sup>179</sup>.

Denominada de crise de “governamentabilidade neoliberal”, a crise geral mundial está ligada às “medidas que, desde o fim dos anos 1970, introduziram na esfera das finanças norte americanas e mundiais novas regras baseadas na generalização da concorrência entre as instituições bancárias e os fundos de investimentos, o que levou a aumentar os níveis de risco e espalhá-los pelo resto da economia”<sup>180</sup> visando lucro especulativo elevadíssimo.

Dessa forma, a “hipertrofia financeira é antes o efeito historicamente identificável de políticas que estimularam a concorrência entre os atores nacionais e mundiais das finanças”<sup>181</sup>.

Segundo Rossignoli e Ferrer:

[...] em linhas gerais, o ideário neoliberal consiste em políticas voltadas à desestatização da economia, com a minimização da interferência do Estado; abertura dos mercados para desobstrução do comércio internacional, com o objetivo de estimular a concorrência com os produtos nacionais e propiciar a modernização e desenvolvimento da estrutura produtiva nacional; estabilização monetária, a fim de atrair investimentos estrangeiros e amplo processo de privatização, com o objetivo de diminuir as dívidas internas e externas<sup>182</sup>.

<sup>176</sup> BROWN, op. cit., p. 21/22.

<sup>177</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 22.

<sup>178</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 23.

<sup>179</sup> ROSSIGNOLI, Marisa. FERRER, Walkiria Martinez Heirich. **Estado liberal ou intervencionista? uma análise econômica do atual modelo do estado brasileiro**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e9352a4485132942>. Acesso em: 21/10/2020.

<sup>180</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 26.

<sup>181</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 28.

<sup>182</sup> ROSSIGNOLI; FERRER, op. cit., p. 7.

Dardot e Laval discorrem que o “neoliberalismo é um sistema de normas que hoje estão profundamente inscritas nas práticas governamentais, nas políticas institucionais, nos estilos gerenciais”<sup>183</sup>. Sobre o assunto veja:

[...] devemos deixar claro que esse sistema é tanto mas “resiliente” quanto excede em muito a esfera mercantil e financeira em que reina o capital. Ele estende a lógica do mercado muito além das fronteiras estritas do mercado, em especial produzindo uma subjetividade “contábil” pela criação da concorrência sistemática entre os indivíduos [...] o que está em jogo é a construção de uma nova subjetividade, o que chamamos de subjetivação contábil e financeira, que nada mais é que do que a forma mais bem acabada da subjetivação capitalista.<sup>184</sup>

Tal subjetivação refere-se às políticas de superendividamento da população e à transformação da “relação do sujeito com ele mesmo” por via da globalização e dos seus efeitos nas relações humanas e nas relações dos Estados internacionais.

A razão do mundo neoliberal pode ser expressa pelo advento da concorrência geral, a mínima intervenção do Estado e a liberdade total do mercado, como se a economia fosse a perspectiva de salvação da crise civilizatória que enfrenta hoje a humanidade.

Ao discorrer sobre o neoliberalismo Brown assevera que tal formação é “relativamente inédita, divergindo dos autoritarismos, fascismos, despotismos ou tiranias de outras épocas e lugares e diferindo também dos conservadorismos convencionais ou conhecidos”<sup>185</sup>. A discussão proposta pela autora vem acompanhada do engajamento social nos debates referentes ao conservadorismo bastante imbricado na defesa dos evangélicos da moral, do trabalho e da família.

Adepta da ideia de que o neoliberalismo é uma racionalidade a autora busca diversos argumentos para desenvolver sobre a ascensão política antidemocrática no ocidente, dentre esses em um primeiro momento com recorte ao final do século XX, retrata o menosprezo neoliberal à esfera social, o que tornou os sujeitos um capital humano com todos reflexos que isso assegurou socialmente<sup>186</sup>.

Com a capitalização da vida a liberdade é restrita já que o “social é inimigo da liberdade”<sup>187</sup>. Esse cenário coloca dificuldades em conceber o plano político do social, ou seja existe uma dificuldade em perceber o quanto o cenário de realização da vida da sociedade interfere no pensamento político de determinado momento histórico. Isso encarga o século

<sup>183</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 30.

<sup>184</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 30/31.

<sup>185</sup> BROWN, Wendy. **Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente.** traduzido por Mario A. Marino, Eduardo Altheman C. Santos. - São Paulo : Editora Filosófica Politeia, 2019. p. 20.

<sup>186</sup> BROWN, op. cit., p. 50.

<sup>187</sup> BROWN, op. cit., p. 57.

XXI de baixíssimo desenvolvimento no plano político ao que tange às mudanças sociais e o plano social<sup>188</sup>.

O papel do Estado nesse esquema fica fragilizado. Na visão de Dardot e Laval existe uma ingenuidade no discurso de que o Estado pode controlar os mercados, a isso veio dizer à crise que o Estado “mostrou até que ponto ele fez coprodutor voluntário das normas de competitividade, à custa de todas as considerações de salvaguarda das condições mínimas de bem-estar, saúde e educação da população”<sup>189</sup>.

O “estado neoliberal não é, portanto, um instrumento que se possa utilizar indiferentemente para finalidades contrárias. Enquanto “Estado estrategista”, codificador dos investimentos e das normas, ele é uma peça da máquina que se deve combater”<sup>190</sup>.

Anote-se com Chevallier que o “Estado estrategista é suportado pela constatação da mudança do contexto em que se desenvolveu a ação pública; se o Estado dispõe de margens de manobra e de recursos que lhes permitem agir sobre o seu ambiente, ele não mais dispõe da faculdade de moderá-lo a seu bel-prazer”<sup>191</sup>.

Com esse entendimento, ensina Chevallier que através da construção de uma estratégia o Estado visou a ter resultados positivos da melhor maneira possível. Ainda sobre o assunto:

O Estado Estrategista aparece inicialmente como um Estado garantidor da promoção da economia nacional, pelo desenvolvimento de uma “estratégia macroeconômica ofensiva” visando criar e manter os empregos e as riquezas [...] implica também o desenvolvimento de políticas econômicas marcadas pela seletividade: tratar-se-á tanto do apoio aportado a certos setores ou atividades julgadas estratégicas [...] como ainda o acento colocado sobre a inovação e o desenvolvimento tecnológico [...] Essa reorientação das funções econômicas do Estado é reforçada por uma reorganização do dispositivo de proteção social<sup>192</sup>.

Dessa forma, é pertinente destacar que a “racionalidade neoliberal que realmente se desenvolve nos anos 1980-1990 não é a simples implementação da doutrina elaborada nos anos 1930 [...] Antes, é o resultado de uma multiplicidade de processos heterogêneos que [...] denominam de “nova *racionalidade* governamental”<sup>193</sup>.

Anote-se com os autores que:

O neoliberalismo, portanto, não é o herdeiro natural do primeiro liberalismo, assim, como não é o seu extravio nem sua traição. Não retoma a questão dos limites do governo do ponto que ficou. O neoliberalismo não se pergunta mais sobre que tipo de limite dar ao governo político, ao mercado (Adam Smith), aos direitos (Jonh

<sup>188</sup> BROWN, op. cit., p. 67.

<sup>189</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 31.

<sup>190</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 31.

<sup>191</sup> CHEVALLIER, Jaques. O Estado Pós-Moderno. p. 75.

<sup>192</sup> CHEVALLIER, Jaques. O Estado Pós-Moderno. p. 76/77.

<sup>193</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 33/34.

Locke) ou ao cálculo da utilidade (Jeremy Bentham), mas, sim, sobre como fazer do mercado tanto o princípio do governo dos homens como o do governo de si<sup>194</sup>.

Portanto, “a nova ordem mundial e sua expressão política, o neoliberalismo, tornaram imprescindível a redefinição de diversos conceitos, dentre eles a soberania, redimensionando o papel exercido pelo Estado, tanto em seu aspecto econômico, como político e social”<sup>195</sup>.

Viu-se que o liberalismo defende a não intervenção do Estado na economia com o objetivo utópico de autorregulação do mercado, mas foi obrigado, para concretização do Laissez-faire, a simpatizar com as políticas restritivas da liberdade econômica proferidas pelo Estado para garantir a liberdade contratual da qual se beneficiam os senhores de negócios. Por outro lado, o processo de industrialização obrigou a tomada de ações estatais no sentido de proteger a sociedade de perigos envolvidos nesse processo, com os quais os próprios liberais flertaram, evidenciando um duplo movimento de contradição.

De outro lado, frente à grave crise econômica que lançou ao Estado a tarefa de rearranjar a economia, o processo de globalização culminou na realocação do princípio da concorrência, trazendo também para a intimidade da relação subjetiva o encargo de efetivá-la, colocando o Estado e seus instrumentos institucionais a serviço da defesa da economia como a pérola de ouro da civilização atual, corroborando discursos que entendem que dela depende o sucesso da vida na Terra.

De um modo ou de outro, o Estado foi a ferramenta da racionalidade liberal, e a ferramenta que o neoliberalismo precisa para provar que se ele não existisse, haveria paz na fé econômica.

A título de curiosidade, Dardot e Laval pretendem conversar acerca de uma alternativa de organização social que precisa romper tanto com o mercado quanto com a organização do Estado institucionalizado e burocrático, o qual e tem servido aos interesses concorrenciais do modelo econômico neoliberal e de sua racionalidade predatória nas relações interpessoais, nacionais, internacionais e institucionais dos Estados.

Até o momento discutiu-se o Estado em um percurso histórico e político, de diferentes percepções teóricas, historiadores, sociólogos, filósofos ocuparam as primeiras preocupações do percurso do Estado do medievo até o século XVIII, tratando-se também os sistemas econômicos do século XIX e XX e sua implicação na construção e na função do Estado. Assim o próximo capítulo trata a discussão do Estado pela ótica do direito, enriquecendo esta temática renomados juristas estudiosos do Direito Público de diferentes partes do mundo.

---

<sup>194</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 34

<sup>195</sup> ROSSIGNOLI; FERRER, op. cit., p. 7.

### 3. O ESTADO E O DIREITO

Este capítulo propõe uma análise jurídica acerca da relação do Estado e do direito a partir do século XIX. tratar-se -á do Estado de polícia do Estado legal, do Estado intervencionista, do Estado estrategista resgatando sua colocação histórica e percebendo-os na realidade atual do Estado.

No século XX Estado de direito” (*Rechtsstaat, État de droit, Stato di diritto, Estado de Derecho*), a expressão “*Rule of law*” anglo-saxônica, convertem-se nas expressões mais discutidas por juristas as quais se encontram também nesta parte do estudo, como segue.

Na discussão dos antecedentes do Estado de Direito no que toca aos escritos de Jorge Reis Novais, tem-se que ainda em Platão a condição de vida do Estado era a existência das leis (como ditames da razão), em que a lei é o soberano absoluto dos governantes e dos governados. Já em Aristóteles o domínio das leis equivale à soberania de Deus e da Razão (sem paixão) o que se difere da soberania dos homens equivalente a um impulso animal<sup>196</sup>.

Uma racionalidade formal, resultado da generalidade e da universalidade da lei, - pensamento iluminista – se difere de uma racionalidade emergente do reino das leis de Aristóteles axiologicamente fundado. Um exemplo desta situação é a democracia de lei soberana (em que não há espaço para demagogos) versus uma democracia de decretos das assembleias (em que os demagogos circulam livremente)<sup>197</sup>.

Pode-se encontrar neste binômio entre império da lei e estruturação racional do poder político o que deslocou o problema para sua sede determinante – a relação entre o Estado indivíduo no que concerne aos direitos fundamentais<sup>198</sup>.

Novaes explica que na idade média não há o reconhecimento de uma esfera independente de direitos fundamentais, pois nesta época a liberdade é estatutária, logo, não considera o homem como um sujeito o que se constitui em um Estado de Justiça<sup>199</sup>.

Para Chevallier o Estado de polícia “é fundado sobre o bel-prazer do Príncipe: não há, em verdade, limite jurídico à ação do poder, nem real proteção dos cidadãos contra o poder”<sup>200</sup>.

<sup>196</sup> NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma proposta do Estado de Direito**. Edições Almedina S. A. Coimbra. 2006. p. 30/31.

<sup>197</sup> NOVAES, op. cit., p. 30.

<sup>198</sup> NOVAES, op. cit., p. 30.

<sup>199</sup> NOVAES, op. cit., p. 35.

<sup>200</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte – MG. Fórum. 2013. V.2. p. 17.

Ao mencionar o Estado de polícia, considera o autor que duas fases podem ser identificadas: uma em que a soberania dava poderes absolutos para o monarca, e outra na ideia de polícia como o direito do príncipe de estar em todos os domínios em nome da “*raison de État*”<sup>201</sup>.

Então, o Estado de polícia seria, na verdade, um Estado acima do direito. De tal modo:

O processo de despersonalização e objetivação do poder, procurava matizar a identificação do príncipe com o Estado e a Administração, pois enquanto na fase patrimonial do Estado absoluto o monarca detinha a soberania a título pessoal, na fase de polícia passa a exercê-la enquanto um órgão do Estado<sup>202</sup>.

O objetivo da reação burguesa contra o Estado de polícia era a limitação jurídica do Estado. A atividade do príncipe como pessoa do Estado era discricionária e ilimitada, e pendia para a organização de uma nação culta e política, o que provocou a burguesia contra o Estado. Na qual se apresentam a ética do príncipe e a razão da sociedade<sup>203</sup>.

Dentro desses parâmetros, o processo de racionalização do Estado é indissociável do objetivo da sua limitação jurídica. Com efeito, se, por um lado os fins últimos visados com aquele processo – a proteção das autonomias individuais – só encontravam efetiva proteção no reconhecimento jurídico (através de declarações de Direitos e Constituições do liberalismo), por outro lado, as próprias técnicas dirigidas a garanti-los – divisão de poderes e o princípio da legalidade da Administração - eram também técnicas essencialmente jurídicas legitimadas pelo império da razão legisladora vinculativa para todos<sup>204</sup>.

Para Chevallier o Estado de polícia “concede um amplo lugar ao direito, mas esse direito é puramente instrumental, sobre o qual a administração dispõe de um domínio sem estar obrigada ao respeito às normas superiores que se imporiam a ela”<sup>205</sup>.

Pode-se perceber que a discussão sobre o Estado e Estado de Direito distingue-se no que concerne às vertentes teóricas originárias. No primeiro caso pode-se encontrar pensadores desde a idade antiga como no caso de Aristóteles e Platão. No segundo caso, ainda que alguns teóricos da filosofia tenham se ocupado do tema com exemplo de Castanheira Neves, o Estado de Direito passa a ser concebido de uma maneira muito peculiar depois século XIX, o que significa, em poucas palavras que, ao passo que o Estado foi revestindo-se do Direito, o fez de maneira distinta nas diferentes regiões do globo. Logo, é de se esperar que teóricos do Estado Ambiental estejam localizados após o surgimento e agravamento dos problemas

<sup>201</sup> NOVAES, op. cit., p. 37.

<sup>202</sup> NOVAES, op. cit., p. 39/40.

<sup>203</sup> NOVAES, op. cit., p. 41.

<sup>204</sup> NOVAES, op. cit., p. 42.

<sup>205</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte – MG. Fórum. 2013. V.2. p. 17.

ambientais, assim como quando o Estado passou a ser a Lei, como se vai dialogar nas próximas páginas.

Essa constatação é bastante simples, sendo, inclusive popular a discussão sobre o melhor sistema de justiça do mundo, e neste exemplo, sempre se compara o sistema Brasileiro com o sistema norteamericano.

Diz-se isso para fundamentar a necessidade de nestas próximas páginas apresentar-se o que a doutrina jurídica sobre o Estado tem a contribuir neste estudo, já que um dos objetivos aqui avançados faz jus à discussão do percurso do Estado e da verificação de um “modelo” de Estado Ambiental.

O leitor que esteve atento pode perceber que desde muito antes de Maquiavel já se falava do Estado. A doutrina desde o século XV apresenta reflexões que certamente poderão ser revisitadas, e ainda que se possa ser exaustivo nesta temática, as páginas que seguem tratam especificamente do Direito e do Estado, esclarecendo o fundamento jurídico do Estado de Direito a partir do olhar de intelectuais de diferentes partes do globo, em observância à implicação que o percurso histórico impeliu ao Estado de Direito.

Nesse sentido, o século XX contou com o Estado de Direito como a pérola das filosofias jurídicas e políticas ocidentais. Ao “lado da expressão europeia continental “Estado de Direito” (*Rechtsstaat, État de droit, Stato di diritto, Estado de Derecho*), a expressão “*Rule of law*” anglo-saxônica, convertem-se nas expressões mais discutidas por juristas, o que se pode, por ora, antecipar, é que a segunda difundiu-se com mais universalidade que a primeira<sup>206</sup>.

No continente Europeu, explica Zollo, a utilização das duas expressões foi comum, embora não seja pacífica sua equiparação conceitual. Para além da diversidade cultural e da dificuldade de tradução da ideia para diferentes idiomas, o que envolve cada expressão remete a origens distintas tanto jurídica quanto politicamente. Segue o que elaborou Zollo.

A primeira teve origem na cultura liberal alemã da segunda metade do século XIX e, em seguida, difundiu-se no continente, influenciando em particular o direito público da Itália unitária e da Terceira República Francesa. A segunda ostenta profundíssimas raízes na história político constitucional da Grã-Bretanha, desde a conquista da Normanda até a Era moderna, e imprimiu uma marca indelével nas estruturas constitucionais dos Estados Unidos da América e de muitos países que sofreram a influência das instituições britânicas<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS. **O Estado de Direito: história, proposta, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 04.

<sup>207</sup> Idem, p.04.

Ao exercitar uma compreensão construtivista da noção de Estado de Direito encontram-se muitas incertezas e pontos controversos, assim, noções contíguas como Estado legal, Estado liberal, Estado democrático, Estado constitucional acabam sinônimos da expressão, quando na verdade ainda se está à procura de uma determinação analítica que possa caracterizá-la<sup>208</sup>.

Quando o ponto de partida da discussão sobre o Estado de Direito são os “pressupostos epistemológicos inspirados no convencionalismo cognitivo e no pragmatismo, aquilo que conta não é a univocidade semântica e a neutralidade ideológica das proposições teóricas”, mas sim “a sua clareza e utilidade comunicativa no interior de campos enunciativos de natureza convencional, orientados para a compreensão e a solução de problemas”<sup>209</sup>, o que acarreta a majoração da discricionariedade a partir do exercício da interpretação.

Das experiências históricas do Estado de Direito com acentuada relevância dos dois conceitos expostos acima se acrescenta a noção da variante do *Rule of law* norte americano, e o *État de droit* francês.

O *Rechtsstaat* alemão foi inaugurado por “Robert Von Mohl nos anos 30 do século XIX que referido por Zollo carrega a noção da liberdade do sujeito como objetivo central da ação do Estado”<sup>210</sup>. Mas somente após as revoltas de 1848 que o termo se afirmou na realidade alemã.

Na proposta de Mohn, o *Rechtsstaat* precisa ser harmonizado com uma atividade de polícia. Veja:

Em Mohn, tal como nos autores que introduziram a expressão *Rechtsstaat* na específica situação da Alemanha, os fins do Estado de Direito identificavam-se com a racionalização do Estado. Ora, na medida em que a razão deste Estado se orienta para o pleno e harmônico desenvolvimento de todas as capacidades do homem e a actividade de polícia surge como seu componente imprescindível<sup>211</sup>.

Explica Chevallier que o *Rechtsstaat* “aparece então como a condensação dos valores do liberalismo, pregada pelos teóricos do Vormaz, que militam em reação contra o Estado Autoritário, por um conjunto de reformas políticas nos Estados alemães” e o advento de uma monarquia constitucional<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> Idem, p. 06.

<sup>209</sup> Idem, p. 08.

<sup>210</sup> Idem, p. 11.

<sup>211</sup> NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma proposta do Estado de Direito**. Edições Almedina S. A. Coimbra. 2006. p. 49/50.

<sup>212</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte – MG. Fórum. 2013. V.2. p. 16.

Em sucessão “ao Estado despótico, fundado sobre a lei do mais forte e ao “estado teocrático”, repousando sobre o reinado da fé, o *Rechtsstaat*, dominado pelo culto do direito, aparece como estágio supremo da Evolução do Estado”<sup>213</sup>. Sobre o assunto:

O *Rechtsstaat* tende a confundir-se com o simples respeito à legalidade formal. Também a atenção se desloca muito naturalmente em direção à administração: o *Rechtsstaat* se torna o Estado no qual a administração é sujeita à lei e às vias de recurso existentes contra ela – tribunais da ordem judiciária (otto Bar, Otto Gierke) ou jurisdições situadas no seio mesmo da administração (rudolph von Gneist); o *Rechtsstaat* não é mais que “o Estado do Direito administrativo bem ordenado” (otto Mayer), dominado pela figura do juiz encarregado de fazer respeitar a legalidade. A proposta da autolimitação, na qual a doutrina alemã coloca o fundamento do *Rechtsstaat*, reforça esse formalismo, colocando o direito na órbita exclusiva do Estado<sup>214</sup>.

Já no caso do *Rule of law* inglês não há “nenhuma capacidade transitiva no plano de técnicas constitucionais e dos mecanismos institucionais de garantia formal dos direitos”<sup>215</sup>, o que dá origem à “grande divisão” constitucional ocidental “nos Estados Unidos, como na Alemanha, na França e na Itália e nas outras experiências de democracia liberal, não é o modelo de uma Constituição não-escrita – e, portanto, flexível – que se afirma”<sup>216</sup>.

Para Costa, é “o caso da Grã-Bretanha, que certamente elaborou uma proposta original de soberania”<sup>217</sup>, tendo a sua expressão mais perfeita no século XIX, o que acabou por não construir de maneira global uma proposta jurídica do Estado de propor referência ao nexo poder-direito.

O ponto de referência não é o ente “Estado” como síntese global do poder e realização do *ethos* da nação, mas é um ordenamento policêntrico caracterizado, por um lado, por uma precoce divisão da soberania, e de outro, por um sistema jurídico que, no decorrer de um desenvolvimento gradual e aluvional, ofereceu-se como principal baluarte dos “direitos dos ingleses”<sup>218</sup>.

Emilio Santoro, em interpretação de Dicey, refere que no “final do século XVII, com o término da revolução gloriosa, e a vitória do bloco parlamentar, difundiu-se entre os ingleses a convicção de ter criado o ‘domínio da Lei’ e de ter garantido, portanto, a liberdade do indivíduo”<sup>219</sup>.

<sup>213</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 16.

<sup>214</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 17.

<sup>215</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 29.

<sup>216</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 29.

<sup>217</sup> COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 140.

<sup>218</sup> COSTA, Pietro. In ZOLLO, Danilo. COSTA, Pietro. ORGS, op. cit., p. 140.

<sup>219</sup> SANTORO, Emílio. **Rule of law e “liberdade dos ingleses”** ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 201.

No direito inglês os direitos subjetivos foram alinhados para fins de direito objetivo. Explica Santoro que na visão de Coke, a chamada pelo direito apresenta-se como uma condição essencial da liberdade<sup>220</sup>.

Para Chevallier o “primeiro aspecto da limitação do poder reside na referência aos direitos do homem”<sup>221</sup>. Anote-se com atenção essa ideia.

Nesse caso, a liberdade “como reflexo do direito e de uma administração da justiça” tornando livres os sujeitos<sup>222</sup>. Assim, o direito originário é, na verdade, uma ordem objetiva na qual todos buscam um determinado tipo de proteção. Veja:

O “direito que Coke invocava era o *Common law*. (...) tido como verdadeira fonte da liberdade, acreditado como aparelho jurídico capaz de limitar o poder do monarca e de proteger a liberdade dos indivíduos”<sup>223</sup>.

O *Common law* se caracterizou muito cedo como um sistema de ações judiciais (writs) predispostas como garantia das relações entre cidadãos formalmente iguais. A dimensão vertical era constituída pela relação entre os cidadãos e o soberano, que, por definição, não podia lesar os direitos dos cidadãos e, portanto, não podia ser chamado em juízo para responder pelos seus atos<sup>224</sup>.

Mas o *Common law* tinha uma tese insustentável, já que, se todas as normas jurídicas resultam da ação do homem, não é possível que a Constituição inglesa criada pelos juízos não coloque em evidência que “as liberdades dos ingleses longe de serem o resultado da legislação, no sentido ordinário do termo, são fruto das controvérsias levadas perante as Cortes em nome dos direitos individuais”<sup>225</sup>.

Apona-se que “a doutrina e a experiência do <império das leis> remontam, na Grã-Bretanha, à ideia medieval do <reign of law>, vão-se sedimentando ao longo dos anos e recebem definitiva consagração nos sucessos do século XVII, quando se confirma a subordinação do rei e dos seus ministros ao *Common law* e a *souvereignty of parliament*”<sup>226</sup>, logo, “a <*rule of law*> entendida, não já como supremacia da lei de Deus ou da Igreja, mas do Direito consuetudinário e do parlamento”<sup>227</sup>.

---

<sup>220</sup> SANTORO, Emílio. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 201.

<sup>221</sup> CHEVALLIER, op. cit., 46.

<sup>222</sup> SANTORO, In ZOLLO; COSTA, ORS., op. cit., p. 203.

<sup>223</sup> SANTORO, In ZOLLO; COSTA, ORS., op. cit., p. 202.

<sup>224</sup> SANTORO, In ZOLLO; COSTA, ORS., op. cit., p. 203.

<sup>225</sup> SANTORO, ZOLLO; COSTA, ORS., op. cit., p. 223.

<sup>226</sup> NOVAES, op. cit., p.54.

<sup>227</sup> NOVAES, op. cit., p.54.

É importante anotar que, nesse cenário, a garantia das liberdades pessoais se fundamenta no entendimento jurisprudencial, ou seja, “o direito constitucional não é outra coisa senão uma generalização destas decisões”<sup>228</sup>.

Explica Gustavo Gozzi que, “para a Inglaterra, os valores se enraízam na tradição de *Common law* elaborada pelos tribunais e posta como fundamento do *Rule of law*, ao passo que, para a Alemanha a doutrina do Estado de Direito exclui a anterioridade do direito em relação ao Estado”<sup>229</sup>. Sobre o assunto:

É precisamente na especificidade da relação direito-Estado – que é resolvida, no caso alemão, com o primado do Estado – que se deve identificar a característica mais relevante da doutrina do *Rechtsstaat* alemão. Enquanto, ao contrário, é na superioridade do direito proclamado pelas Cortes de justiça como fundamento do *rule of law* que deve ser reconhecido o aspecto mais significativo da doutrina inglesa do “governo do direito”<sup>230</sup>.

Na literatura francesa, por sua vez, durante o século XIX e século XX já se convivia com a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de 1789. De tal forma, a “elaboração do conceito de Estado de Direito por parte dos juristas da Terceira República responde, sem dúvida, ao desejo imediato de combater o sistema do Estado legal, caracterizado pelo apego a soberania da lei”<sup>231</sup>.

A Inglaterra tem um caso particular com a *Rule of law* que está no processo de generalização e individualização dos direitos do homem, que se opôs à transformação dos direitos corporativos (os que foram concedidos como privilégio pelo príncipe em troca da supremacia real). De tal forma, a revolução gloriosa considerava a limitação do poder real a favor do parlamento com as liberdades individuais consideradas invioláveis, inclusive ao próprio legislador<sup>232</sup>.

Assim, o homem livre, cujos direitos a carta magna reconheceu deixa “então de ser identificado como o proprietário de terra, pois os direitos não são já o mero resultado de um equilíbrio imposto ao monarca pelos estamentos socialmente mais poderosos, mas antes concedidos como verdadeira exigência da natureza humana”<sup>233</sup>.

Então, sobretudo a partir do século XVII a Inglaterra evidencia uma vivência efetiva de limitação do poder dirigida ao reconhecimento dos direitos e liberdades

<sup>228</sup> SANTORO, Emílio. In ZOLLO; COSTA, ORS., op. cit., p. 225.

<sup>229</sup> GOZZI, Gustavo. **Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã**. In ZOLLO; COSTA, ORS., op. cit., p. 309.

<sup>230</sup> GOZZI, Gustavo. In ZOLLO; COSTA, ORS., op. cit., p. 309.

<sup>231</sup> LAQUIÈZE, Alain. **État de droit e soberania nacional na França**. In ZOLLO; COSTA, ORS., op. cit., p. 345.

<sup>232</sup> NOVAES, op. cit., p.53/54.

<sup>233</sup> NOVAES, op. cit., p.53.

individuais, antecipando na prática – mais aprofundada e significativamente que quaisquer outras experiências – os ideias do Estado de Direito<sup>234</sup>.

De tal forma a adjetivação liberal do Estado está nos pressupostos teóricos das ideias de separação entre o Estado e a sociedade.

Podem-se identificar três ideologias de separação, quais sejam: Política e Economia (para Adam Smith, a liberdade de empresa e a liberdade concorrencial são pilares do adequado funcionamento do capitalismo concorrencial, no qual com a livre iniciativa resulta em melhor vantagem para todos); Estado e Moral (para Kant, se para a moral aquilo que interessa é o interior da ação do homem, aquilo que o leva a agir, para o direito é só o aspecto físico, o componente externo que é relevante); Estado e Sociedade Civil (para Humboldt, a dimensão positiva do Estado está na procura da felicidade, e a dimensão negativa está na limitação do mal proveniente ou provocadas pelo homem), aos quais se deve considerar como quadro ideológico no qual se inscreve a construção jurídica originária dos Estados de Direito<sup>235</sup>.

No que concerne aos direitos fundamentais, tem-se que “não devem, em rigor, ser considerados como um entre seus vários elementos, mas como o verdadeiro fim da limitação jurídica do Estado”<sup>236</sup>.

Em Novaes, a proposta dos direitos subjetivos “como expressão jurídica da liberdade individual é, além da indubitável eficácia das técnicas de diferenciação do poder, a chave da sua originalidade e de seu sucesso”<sup>237</sup>.

Com relação à proposta dos direitos subjetivos públicos que trata do Estado como pessoa jurídica, pode-se dizer que em condições juridicamente relevantes aspiram-se pretensões jurídicas que designam direitos subjetivos públicos; que consistem, pois, em pretensões jurídicas que resultam diretamente de condições jurídicas<sup>238</sup>.

Enquanto Novaes destaca condições juridicamente relevantes, Zollo enumera três questões teóricas implicadas na instrumentalização conceitual do Estado de direito que são, a) “a relação entre o modelo de Estado de Direito e a proposta democrática”; b) a oposição entre o princípio democrático e a soberania popular e tendência de grande parte dos teóricos do Estado de Direito de propor um endurecimento do Bill of Rights” e c) “os fundamentos

---

<sup>234</sup> NOVAES, op. cit., p. 54.

<sup>235</sup> NOVAES, op. cit., p. 54/70.

<sup>236</sup> NOVAES, cit., p.80.

<sup>237</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p.51.

<sup>238</sup> NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma proposta do Estado de Direito**. Edições Almedina S. A. Coimbra. 2006. p. 83/84 .

filosóficos e, portanto, à universalidade da proposta dos direitos subjetivos” ou direitos do homem<sup>239</sup>. Sobre o tema:

Salvo uma fraca, totalmente implícita referência ao caráter representativo do poder legislativo, a proposta do Estado de Direito não se empenha em temas como a soberania popular, a efetiva participação dos cidadãos nas decisões coletivas, as regras e os valores de representatividade, o pluralismos dos sujeitos da política, as *responsiveness* dos governos<sup>240</sup>.

Para Novaes, há uma classificação de Estado de direito material, formal ou de legalidade<sup>241</sup>, já que para esse autor, o que distingue o Estado de direito liberal de formas absolutas de Estado é a assunção da “esfera de um núcleo de direitos e garantias naturais do homem como fim primordial, de maneira que, no primeiro caso a limitação jurídica do poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado”<sup>242</sup>.

Nas formas absolutas de Estado, os contornos conceituais do Estado de direito identificam-se com “os seus elementos formais-estruturais, nomeadamente o princípio da legalidade da administração e da justiça administrativa, e o ideal de submissão do Estado ao direito progressivamente reduzindo a integral subordinação da administração a lei”<sup>243</sup>.

Esse binômio não traduz a existência de formas alternativas de conceber a relação fundamental entre governantes e governados, antes constituindo o produto de diferentes perspectivas teóricas na abordagem da mesma realidade. Na medida em que os pressupostos políticos em que se fundava o Estado liberal estavam, expressa ou implicitamente, presentes nas duas noções, pode-se dizer que a diferença reside apenas na autonomização ou acentuação de dimensões parcelares do mesmo fenômeno<sup>244</sup>.

De certa forma, se pode dizer que os instrumentos técnico-formais aliados à garantia dos direitos fundamentais frente à necessidade de “manutenção do domínio” fazem a burguesia abandonar o modelo liberal. Esse movimento coloca em xeque o conceito de Estado de direito na medida em que “velada ou expressamente, desvalorizada, descaracterizava ou até eliminava o polo que consideramos como cerne essencial do conceito – a garantia dos direitos fundamentais”<sup>245</sup>.

<sup>239</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 52.

<sup>240</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 53.

<sup>241</sup> NOVAES, op. cit., p. 103.

<sup>242</sup> NOVAES, op. cit., p. 103.

<sup>243</sup> NOVAES, op. cit., p. 105.

<sup>244</sup> NOVAES, op. cit., p. 109.

<sup>245</sup> NOVAES, op. cit., p. 112.

Sobressai-se a perspectiva formal do Estado de direito que implicaria na perda progressiva de referências à liberdade e à proteção dos direitos individuais. Aqui está a abertura para os regimes totalitários na Europa do século XX.

Já Zollo afirma que analisando “esse simples e iluminador axioma, as interpretações formalistas do Estado de direito – como as análogas propostas procedimentais da democracia - revelam na realidade a falácia geral que qualquer doutrina formalista da política e do direito”<sup>246</sup> exaltam.

A crise do Estado de direito está para Zollo nos “fenômenos de complexificação social dentro da área das sociedades industriais avançadas”<sup>247</sup>, que carrega a incapacidade de regular dos “ordenamentos jurídicos estatais” desembocando na crescente inefetividade da proteção dos direitos individuais.

Tal crise e a sobrecarga normativa se agrava diante da tarefa de encontrar os princípios do ordenamento jurídico e definição dos órgãos jurisdicionais do mesmo. Neste sentido:

[...] basta pensar na Corte de Justiça das comunidades europeias que se atribuem a competência de interpretar as normas nacionais, comunitárias e internacionais. Nasce assim um direito europeu de caráter preponderantemente jurisprudencial, por definição, subtraído aos esquemas do Estado de Direito<sup>248</sup>.

O segundo aspecto assenta-se na “erosão da soberania dos Estados nacionais e a preponderância de poderes e de sujeitos transnacionais que se subtraem à lógica da difusão e da diferenciação do poder”<sup>249</sup>. Sobre o assunto:

Os processos de globalização puseram definitivamente em crise o sistema westfaliano dos Estados soberanos, que não estão em condições de enfrentar problemas de escala global, como a contenção do desequilíbrio ecológico, o equilíbrio demográfico, o desenvolvimento econômico, a paz, a repressão da criminalidade internacional, a luta contra o terrorismo global<sup>250</sup>.

Chevallier, ao analisar a crise da racionalidade jurídica, assevera que na modernidade características técnicas, econômicas e políticas se sobressaem no sentido de construir um processo de racionalização da organização da sociedade.

E, na pós-modernidade, a época dos efeitos negativos da modernidade, características alteradas frente a “perturbação do conjunto dos equilíbrios sociais”, a velocidade das mudanças no extrato social aparecem como efêmeras, acompanhadas por um “movimento

<sup>246</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 50.

<sup>247</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 71.

<sup>248</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 73.

<sup>249</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 72.

<sup>250</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 81.

contraditório” e concomitante de “radicalização e enfraquecimento dos valores que foram a vanguarda e a base da modernidade”<sup>251</sup>.

Já no cenário local “é possível contrastar, com meios jurídicos, o poder arbitrário das grandes potências econômicas e militares do planeta e das ramificações comunicativas”<sup>252</sup> se questiona Zollo, e nesse sentido complementa que:

O modelo do Estado de Direito não parece ter alternativas no Ocidente, nem no plano teórico, nem no plano político. Precisamente a crise das grandes ideologias do século passado – seguida pelo declínio do “socialismo real” e pela degradação do poder das imagens (a “videocracia”) dos institutos representativos – parece recomendar o Estado de Direito como estrutura garantidora de uma “ordem política mínima”<sup>253</sup>.

Na discussão sobre o Estado legal (*État légal*) na França e o Estado de Direito Francês (*État de droit*) pode-se destacar que a “primeira diferença está no fato de que, enquanto o Estado de Direito age unicamente no interesse dos cidadãos e para salvaguarda dos seus direitos, o regime do Estado legal está ligado a uma concepção política”<sup>254</sup> em que em todos os casos e matérias da administração subordinam-se ao legislativo, já que a atividade da primeira depende do dito da lei.

A segunda diferença está no alcance do Estado de Direito que é mais amplo que o do Estado legal, no qual a garantia da supremacia do legislativo implica a subordinação da administração à lei. Já o Estado de direito, “protetor dos direitos dos cidadãos, não se limita a submeter às autoridades administrativas aos regulamentos administrativos e às leis. Mas pretende também subordinar o legislador às regras constitucionais”<sup>255</sup>.

Aqui se traz uma reflexão promovida pela Terceira República quanto ao controle de constitucionalidade da lei, trazida por Gozzi: “a crítica doutrinária do Estado legal é, antes de tudo, uma crítica da onipotência do parlamento” versus a concepção da proposta da soberania nacional que “nascera exatamente para limitar o poder dos governantes e evitar que estes se acreditassem detentores exclusivos da autoridade”<sup>256</sup>.

Neste sentido, as “concepções de superioridade formal da Constituição e da sua rigidez, próprias do Estado constitucional, estão, por sua vez, estreitamente vinculadas à ideia de existência de limites supra-estaduais”<sup>257</sup>.

<sup>251</sup> CHEVALLIER, Jaques. **O Estado Pós-Moderno**. p. 16/17.

<sup>252</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 83.

<sup>253</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 85.

<sup>254</sup> LAQUIÈZE, Alain. **État de droit e soberania nacional na França**. ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 345.

<sup>255</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO. ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 345.

<sup>256</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 346.

<sup>257</sup> NOVAES, op. cit., p. 51.

Mas o desenvolvimento do regime parlamentar, que tende a enfraquecer o executivo, e a ampliação do direito de voto no decorrer do século XIX tinham gerado uma confusão entre o titular da soberania e aqueles que a exercem, levando assim a uma identificação da nação com os seus representantes, e conseqüentemente, à transformação da soberania nacional em soberania das assembléias. E as assembléias, seguras da própria legitimação popular, tinham a capacidade de proclamar as normas que quisessem<sup>258</sup>.

Nesse cenário confuso, parte da doutrina francesa se opôs à proposta da autolimitação do *Rechtsstaat*. O principal argumento era a impossibilidade do feitor da lei ‘Estado’ se limitar por vontade própria, contra seus interesses.

Assim, a proposta do Estado de direito do século XX, diga-se de passagem, apresenta “uma série de elementos que atribuem um papel fundamental aos mecanismos jurídicos e põe de lado as garantias políticas, como o mandado imperativo e o referendo das quais se teme o caráter plebiscitário”<sup>259</sup>.

Afirma-se “essencialmente, uma estruturação hierárquica das normas que não se limita a enunciar a subordinação do ato administrativo à lei, mas submete também a lei à constituição, quando não até a uma declaração dos direitos que assume um valor supraconstitucional”<sup>260</sup>.

Há a manifestação de duas correntes de pensamento sobre a temática da Declaração dos Direitos, uma que de braços dados com os defensores do positivismo jurídico diz que ela “não é senão um conjunto de máximas abstratas que aguardam ser postas em prática por textos constitucionais e legislativos futuros e que, em si mesmas, permanecem destituídas de sanção jurídica” orientada pelo pensamento de “Adhemar Esmein e Raymond Carré de Malberg”<sup>261</sup>.

E outra que defende o valor jurídico da Declaração de Direitos “e o seu caráter supremo, tanto em relação à lei, quanto em relação à Constituição” que conta com expoentes como “Léon Duguit e Maurice Hauriou”<sup>262</sup>.

Para Chevallier, o controle de constitucionalidade das leis é “a condição essencial do Estado de direito, pois ele garante a supremacia efetiva da constituição; [...] a constituição tem

---

<sup>258</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS,op. cit., p. 346.

<sup>259</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS,op. cit., p. 346/347.

<sup>260</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS,op. cit., p. 347.

<sup>261</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS,op. cit., p. 347.

<sup>262</sup> ZOLLO; COSTA, ORGS,op. cit., p. 348.

um alcance apenas simbólico e o edifício normativo se encontra desestabilizado”<sup>263</sup>. Tal situação marcou a possibilidade de contestação da lei a qual era, até então, inquestionável.

Resumidamente, as leis versus as Constituições no cenário francês, dada a necessidade de o judiciário dizer sobre ambas em função de um “controle jurisdicional mais estrito sobre a administração, constitui um outro elemento na construção do conceito de Estado de Direito”<sup>264</sup>.

Nesse sentido, a concepção francesa da personalidade jurídica do Estado distingue-se daquela acolhida além-Reno. Sobre esse entendimento:

Segundo esta última, a noção de personalidade do Estado significa que a organização estatal de um povo viva um ser jurídico inteiramente distinto não apenas dos indivíduos *uti singuli* [como indivíduos] que compõem a Nação. Mas também do corpo Nacional dos cidadãos<sup>265</sup>.

Assim, a Nação é um dos elementos que concorre para formar o Estado, e que não será a personificação desta Nação, ao passo personifica somente a si tornado-se “o sujeito dos próprios direitos” e não dos direitos da Nação<sup>266</sup>.

No mesmo sentido discorre Novaes:

Assim, enquanto a especificidade da proposta do <rechtsstaat> consistiria em ter intuído a importância das regras <jurídicas> no processo de limitação do Estado – e daí a insistência no princípio da legalidade e na justiça administrativa-, já no caso do Estado constitucional de matriz francesa a tônica seria, antes do mais, colocada nos mecanismos <políticos>, como o controle parlamentar e as garantias constitucionais<sup>267</sup>.

Então, na França, diante do princípio da soberania nacional, a existência jurídica do Estado e a ideia de Nação são duas faces da pessoa do Estado, já que os “próprios membros da Nação não poderiam ser considerados nas suas relações com o Estado-pessoa, como terceiros, ou seja, absolutamente estranho a esta”<sup>268</sup>, o que se constitui como a tese da personalidade moral do Estado, objeto de contestação, evidentemente.

A contestação está direcionada à abstração do Estado, já que esse seria, bem na verdade, “o indivíduo ou os indivíduos investidos de fato no poder, os governantes”<sup>269</sup>.

A relação entre o Estado e o direito na doutrina francesa ganha fôlego no que tange à legitimação do poder estatal, pois, se é também verdade a afirmação acima, a relação entre os

<sup>263</sup> CHEVALLIER, Jaques. **O Estado de Direito**. p. 68.

<sup>264</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 354.

<sup>265</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 354.

<sup>266</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 358.

<sup>267</sup> NOVAES, op. cit., p. 51.

<sup>268</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 359.

<sup>269</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 360.

governantes e os governados se sobrepõem à subordinação peculiar a que se expuseram os súditos.

E aí sim a questão é peculiar à legitimidade do “direito público e do direito administrativo [...] o estudo do Estado de Direito permite tomar consciência da natureza particular do poder estatal, e, portanto, da necessidade de dispor de um direito específico, derogatório em relação ao direito comum”<sup>270</sup>.

Assim, o Estado constitucional “ia mais além que o <Rechtsstaat> e parecia, naquela assunção de limites supra-positivos, precaver-se contra a redução formalista que afectaria este. Mas, num outro plano, ficava aquém, pois, desvalorizando relativamente as formas jurídicas”<sup>271</sup>, mantinha consequências que decorrem da limitação jurídica do Estado.

Essas últimas considerações sobre a legitimidade e o governo dos juristas está em debate crescente desde a última década do século XX, e alerta para a necessidade de considerar que não há um fim da história do conceito do Estado de direito, senão um acalorado ânimo doutrinário de continuar a fazê-lo inclusive pela ausência de estática das relações em sociedade que vem alterando o seu conceito<sup>272</sup>.

Na visão de Chevallier, o Estado de direito apresenta “todos os aspectos de uma proposta jurídica contingente”<sup>273</sup>, pois, ligada a um contexto sócio-político específico com desenvolvimento que reduziu sua importância ao não aprofundar suas implicações.

Diante de uma ótica universal em que o Estado de direito “ultrapassa e transcende as traduções particulares que lhe são dadas”<sup>274</sup>, há problemas delicados de interpretação: a) de ordem ideológica; b) de ordem de existência e validade e c) de legalidade dos Estados autoritários.

De início anote-se que o nascimento do Estado de direito, na seara jurídica teórica, vem para sistematizar a fundação do direito público. Assim, a produção da doutrina é “reconstruir a realidade jurídica sob a forma de um conjunto coerente, inteligível, racional” e também, no campo teórico fornece “um esquema de explicação global do direito público. Mas essa proposta não constitui de forma alguma um bloco homogêneo”<sup>275</sup>.

---

<sup>270</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 364.

<sup>271</sup> NOVAES, op. cit., p. 52.

<sup>272</sup> LAQUIÈZE, Alain. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 366.

<sup>273</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. p. 09.

<sup>274</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 10.

<sup>275</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 13.

O formalismo tem seu apogeu em Kelsen, que não questiona o conteúdo do direito expresso pela lei e ainda dá conta de tornar oculto o alicerce sobre o qual se apoiou e se fundou a proposta do Estado de direito. Sobre o assunto:

[...] o arranjo de uma ordem jurídica hierarquizada tem, de fato, sentido, na medida em que ele repousa sobre um conjunto de valores sem os quais ele não seria mais que um formalismo vazio; e, ao inverso, ele é indispensável para transcrever de maneira tangível a exigência de limitação do Estado e cristalizar a concepção do direito dominante por um sistema de garantias apropriadas<sup>276</sup>.

Bongiovanni discorre que existem duas teses que correspondem à soberania do Estado e à identificação do Estado-Sociedade. Respectivamente a “relação de poder”, entre dominantes e dominados e a “unidade teleológica”, entre a vontade da sociedade ser a vontade do Estado.

No primeiro caso o Estado é uma força pública em que se encontra a ideia de poder soberano e originário vinculado a um território; e no segundo “o interesse geral presente na consciência comum de uma sociedade vista como homogênea e que se especifica com a ação dos órgãos do Estado”<sup>277</sup>.

De tal maneira explica o autor que:

O Direito não é, então, de nenhum modo a criação do Estado e a expressão de sua supremacia, mais um “fato social”: ele se forma “espontaneamente dentro do espírito dos homens” sob a influência de dois “sentimentos”: aquele da “sociabilidade”, que incita seja sancionado todo ato atentatório à solidariedade social, e aquele da “justiça”, que incita seja preservada a igualdade de todos nas suas relações mútuas (justiça comutativa) e nas suas relações com o grupo (justiça distributiva)<sup>278</sup>.

Se for certo que as relações estabelecidas na sociedade alteram o desenvolvimento de suas “ferramentas” de civilização, certo é que desde o fim do século XX até o momento atual está-se vivenciando modificações tanto no plano teórico, quanto no plano da realização do Estado de direito.

Antes de passar a discussão do Estado à proteção ambiental, precisa-se introduzir a ideia da crise atual do Estado. Dito isso, em atenção à importância da crise da pós-modernidade, a qual se retratou brevemente no tópico 2.2.1, antes de passar ao próximo momento, apresentam-se algumas provocações tratadas por expoentes jurídicos, a fim de dar continuidade ao raciocínio em questão:

<sup>276</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 14.

<sup>277</sup> BONGIOVANNI, Giorgio. **Estado de Direito e justiça constitucional**. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 384/385.

<sup>278</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 34.

1 - Ferrajoli acrescenta “que a nossa cultura jurídica é, ainda, de fato, largamente paleojuspositivista e aconstitucional; e o paradigma do Estado Constitucional de Direito deve ainda, em grande parte, ser desenvolvido, tanto no plano teórico como no institucional”<sup>279</sup>.

- Há indícios fortes de que a sobreposição da economia à política e do mercado sobre a esfera pública, insinua a ausência de um direito público, marcado pela “falta de limites, regras e controles, tanto em relação à força dos Estados militarmente mais potentes, como dos grandes poderes econômicos privados”<sup>280</sup>.

- O papel da razão jurídica e política terá reflexos no resultado da combinação entre enfraquecimento dos esquemas de representação e no “levante” do mercado internacional via globalização. Qual será este papel? Rumo a uma transição de fortalecimento ou de dissolução do Estado de Direito?<sup>281</sup>

2- Chevallier acrescenta que existem falhas da razão jurídica que podem ser traduzidas como o investimento “de um excesso de expectativas, o direito suscita reações contraditórias: exigência de regras, mas também condena a pleora dos textos; apelo ao juiz, mas também denúncia da lentidão e da ineficácia da justiça”<sup>282</sup>.

- O dinamismo da vida social e política não podem ser operados pela objetividade das formas jurídicas, de maneira que a operabilidade de uma Constituição está vinculada às práticas políticas concretas, assim o “Estado de Direito não pode ser confundido com o reinado do direito”<sup>283</sup>.

- Já ao referir a pós-modernidade, se por um lado um entendimento vem se firmando no sentido da erosão do Estado de direito frente à dissolução da soberania nacional, e que ante a globalização, tal Estado reassumiria “papel central no comando da economia”<sup>284</sup> e voltaria a ser a “chave de abóbada da evolução das sociedades; a configuração pós-moderna, é então indissociável do triunfo do liberalismo econômico e político”<sup>285</sup> como parêntese na história. Por outro lado, “na medida em que a crise parece, muito ao contrário, confirmar, senão mesmo acentuar, o processo de transformação do Estado que nós tentamos evidenciar: se ela marca o fim de uma globalização feliz isso nunca foi senão um mito”<sup>286</sup>, pois, a intervenção

---

<sup>279</sup> FERRAJOLI, p. 437.

<sup>280</sup> FERRAJOLI, p. 448.

<sup>281</sup> FERRAJOLI, p. 449.

<sup>282</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 120.

<sup>283</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 123.

<sup>284</sup> CHEVALLIER. Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 279.

<sup>285</sup> Idem.

<sup>286</sup> Idem.

do Estado na economia permanece inalterada ao longo dos últimos anos, e ainda, a “crise conduz à consolidação de uma ordem transnacional em formação”<sup>287</sup>.

### 3.1 ESTADO SOCIAL DE DIREITO - DIREITOS SOCIAIS E A PRESTAÇÃO POSITIVA DO ESTADO.

O Estado Social, também denominado de Estado de Bem-Estar (Welfare State), tem como uma de suas características a intervenção, de forma que o papel interventivo na contemporaneidade que está vinculado a “idéia de função social”<sup>288</sup> se diferencia do modelo assistencial que era realizado anteriormente<sup>289</sup>.

O Estado negativo sempre teve, ainda que em escala menor, um atributo de intervenção, caso contrário, existiria uma supressão do Estado<sup>290</sup>.

Dessa forma, o “grau zero de intervenção é ideal nunca alcançado, pois sempre houve políticas estatais de algum tipo ou, porque, como se percebe, o Estado Liberal requer qualidades e pressupostos igualitários, além de uma competição equilibrada alcançada no legislativo”<sup>291</sup>.

A Constituição americana criada no século XVIII sendo a “expressão das aspirações daquele século poderá ser ainda um instrumento válido para a limitação do poder e a afirmação eficaz dos direitos individuais?”<sup>292</sup> questiona Silva, e neste sentido responde que, na “verdade, a constituição, que há poucos anos gozava de extraordinária autoridade como a mais alta expressão de afirmação democrática e legislativa, perdeu muito de seu prestígio. Isto se deve, porém, a vários fatores anômalos”<sup>293</sup>.

Dentre os fatores mencionados por Silva está a exigência de que o Estado participe por meio dos Direitos sociais “concedidos” pela Carta, o que o obriga a uma “ação eficaz, dinâmica e autoritária, rompendo-se, em grande parte, as barreiras anteriormente opostas pelos direitos individuais”<sup>294</sup>.

---

<sup>287</sup> Idem.

<sup>288</sup> STRECK, Lenio Luiz. MORAES, José Luis Bolzan. **Ciência Política e proposta do Estado**. 8 Ed. Livraria do Advogado Editora. 2014. Online.

<sup>289</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

<sup>290</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

<sup>291</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

<sup>292</sup> SILVA, op. cit., 115.

<sup>293</sup> SILVA, op. cit., 114.

<sup>294</sup> SILVA, op. cit., 115.

De outro norte verifica-se que tanto os indivíduos como os grupos sociais “com muita frequência, esperam, e até mesmo exigem a participação mais ampla e mais intensa do Estado, estimulando com tal atitude o seu crescimento, mesmo à margem da ordem constitucional”<sup>295</sup>.

De acordo com Machado e Silva, as “propostas da soberania popular por sua vez alicerçadas, sobretudo no pensamento de Rousseau estabelecem que o poder do Estado emana do povo que o compõe e, dessa forma pertence a todos e não pertence a ninguém exclusivamente”<sup>296</sup>.

Assim, subsiste um autoritarismo crescente do Estado que não encontrou força de oposição com significância “nem mesmo por parte dos juristas, uma vez que a ênfase posta no desenvolvimento econômico faz parecerem antiquadas e formalistas, até mesmo ridículas e antissociais, as preocupações que aparentemente, são manifestações de exagerado apego a requisitos formais”<sup>297</sup>.

O Estado liberal de direito carregou um individualismo muito acentuado, escancarando injustiças sociais, das quais os movimentos sociais, principalmente do século XVIII, emergiram a insuficiência das liberdades burguesas debatendo a necessidade de justiça social<sup>298</sup>.

Assim, o Estado de direito já não podendo justificar-se como liberal, “necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do direito”<sup>299</sup>.

O Estado de direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. Transforma-se em Estado social de direito, onde o qualitativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social<sup>300</sup>.

De acordo com Diaz, o Estado de direito social, reveste-se de dois elementos característicos, “o capitalismo como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do Welfare State”<sup>301</sup>.

---

<sup>295</sup> SILVA, op. cit., 115.

<sup>296</sup> MACHADO, Ednilson Donizete. SILVA, Felipe João da. O Estado, o Indivíduo e sua relação com os direitos humanos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cbb686245ece57c9>. Acesso em: 22/01/2021.

<sup>297</sup> SILVA, op. cit., 115.

<sup>298</sup> SILVA, op. cit., 115.

<sup>299</sup> LUCAS, Verdu Pablo. **La Lucha por el Estado de Derecho**. Apud, SILVA, op. cit., 115.

<sup>300</sup> LUCAS, Verdu Pablo. **La Lucha por el Estado de Derecho**. Apud, SILVA, op. cit., 115.

<sup>301</sup> DIAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedade democrática**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>.

Com relação ao crescente individualismo vindo da ideia liberal, e diante do surgimento de movimentos de massa postulando por uma alteração na forma de agir do poder público, discorrem Streck e Moraes que isso “vai se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privada, o que se dá, por um lado, para mitigar as consequências nefastas”<sup>302</sup> e, por outro, “para garantir a continuidade do mercado ameaçado pelo capitalismo financeiro”<sup>303</sup>.

Em virtude disso, é possível afirmar que o Estado de Bem-Estar Social constitui uma experiência concreta da total disciplina pública da economia (assumindo como modelo de futuros objetivos autoritários da política econômica) e, ao mesmo tempo, cria hábitos e métodos dirigistas dificilmente anuláveis<sup>304</sup>.

No ocidente, o constitucionalismo prometeu a realização do Estado Social de Direito pela disposição de tais em seus textos, mas ainda aqui resiste à ambiguidade da terminologia, uma vez que, mesmo carregando um sentido material para a expressão “direito”, o termo “social” tem distintas interpretações, tanto que em regimes antagônicos foi o Estado Social sua égide. Há também a ideia de que a democratização da nomenclatura “Estado” para superar o sentido Liberal do Estado de Direito “o que se definiria uma concepção jurídica mais progressista e aberta”, quando na verdade com a atualidade do papel do Estado “por que não avançar um pouco mais e chegar a um conceito de Estado de Direito Econômico?”<sup>305</sup>.

De igual maneira os direitos sociais compõem a segunda dimensão de direitos, juntamente com os direitos culturais e econômicos, que decorrem do princípio da igualdade formal e material, objetivando alcançar a “igualdade *stricto sensu* e surgiram, de fato, nos locais onde restou implantado o Estado Social. São direitos que exigem determinadas prestações por parte do Estado, impondo obrigações de fazer, ‘de facere’, que hoje têm sido objeto de intensa produção científica” não somente sobre seu conteúdo jurídico senão sobre sua efetividade através de aplicação de regras que dispõem sobre essa garantia<sup>306</sup>.

Conforme raciocínio de Bobbio<sup>307</sup>, os direitos de liberdade são os que devem ser garantidos “através” ou “por meio” do Estado. É fato que os direitos fundamentais de segunda dimensão acabaram por passar por um “ciclo de baixa normatividade”, como já salientado por autores como Paulo Bonavides, ou tiveram eficácia duvidosa, eis que, diante de sua própria natureza de direitos a prestações materiais, nem sempre foram considerados resgatáveis pela

<sup>302</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

<sup>303</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

<sup>304</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

<sup>305</sup> SILVA, op. cit., 116/117.

<sup>306</sup> PAE KIM, op. cit., 167.

<sup>307</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, op. cit., 98.

sua baixa concretude, pela carência de recursos ou, ainda, pela limitação essencial de vontade política<sup>308</sup>.

Diaz adverte que a intenção do Estado Social não “era romper com o sistema capitalista de produção [...] mas sim incorporar as demandas de maior igualdade, direitos e liberdades para os tradicionalmente menos favorecidos com a pretensão de fazê-lo aceitando e trabalhando dentro dos esquemas que definiam tal modo de produção”<sup>309</sup>.

Acontece que nesse processo, “determinados princípios e regras constitucionais pertencem à categoria do que ele referiu como explicitações de fins, sem indicação dos meios previstos para alcançá-los”. Essas “normas não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, desfrutável positivamente e exigível quando negada”<sup>310</sup>.

Isso é desencadeado por que a transição para o intervencionismo do Estado têm operabilidade diante de seis aspectos, como ensinam Streck e Moraes:

[...] irá se operar, condicionada, fundamentalmente, por fatores da própria economia capitalista, além de circunstâncias históricas que lhe impulsionaram, podendo ser reunida, resumidamente, nos seguintes aspectos:

1) - A liberdade de mercado, que propiciou o surgimento de economias de escala que favoreciam posições monopolísticas. Com isso, os próprios pressupostos liberais viam-se estrangidos, uma vez que estas posições iam de encontro aos pressupostos da economia liberal como espaço da liberdade de organização e desenvolvimento da economia. Como reação, surgiram duas posições diversas, como forma de enfrentamento à desestruturação do mercado. De um lado, da perspectiva do legislador, “leis antitruste” foram aprovadas com o objetivo de combatê-los. De outro, a jurisprudência consagrou que a formação oligopolista era lícita, e daí defluía uma concorrência perfeita. Assim, na solução americana – leis antitruste –, modificou-se a ordem jurídica para manter o mercado liberal<sup>311</sup>.

Diaz discorre sobre as políticas distributivas com a seguinte reflexão:

Tal sistema, e o pacto social partidos-sindicatos que estavam em sua base, funcionou com ampla vigência e efetividade operativa, não sem altos e baixos e crises estruturais, durante bons decênios em alguns países mais desenvolvidos especialmente após a segunda guerra mundial até os anos setenta aproveitando bem o ciclo expansivo das economias ocidentais nesse período. Assim foram possíveis políticas redistributivas e de importantes serviços sociais e prestações de bem estar

<sup>308</sup> BONAVIDES, Paulo. A carência de normatividade dos princípios na velha hermenêutica: seu caráter meramente programático. São Paulo – SP. Malheiros Editores. 2015. Ed. 30. p. 262.

<sup>309</sup> DIAS, Elias. Estado de Derecho y democracia. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>. Acesso em: 12/07/2020.

No pretendia romper con ele modo capitalista de producción [...] En cualquier caso, en el Estado social la incorporacion de las demandas de mayor igualdad, derechos y libertades, para los tradicionalmente menos favorecidos se pretendia hacer aceptando y trabajando dentro de los esquemas definitórios de tal modo de producción. Tradução livre.

<sup>310</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. Apud PAE KIM, op. cit., 180.

<sup>311</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

que caracterizaram os melhores e não suprimíveis aportes do Estado social garantidos com o Estado de Direito por leis e tribunais<sup>312</sup>.

Juntamente à liberdade de mercado, o segundo aspecto nesse processo diz respeito às "Crises cíclicas do mercado capitalista, ocorrendo em períodos decenais, levavam a desestruturação dos fatores econômicos e aprofundavam as diferenças sociais"<sup>313</sup>, diante da situação de desemprego, ou também com a promoção de um "enfraquecimento profundo dos agentes econômicos, advindos, muitas vezes de fatores naturais, como variações climáticas de grande envergadura, secas, inundações etc."<sup>314</sup>.

Para Diaz, o Estado se utiliza de medidas corretivas que buscam a garantia dos direitos sociais balanceando os interesses econômicos com fins de prevalência do modo de produção capitalista. A mais relevante delas é a "criação e potencialização de um setor público estatal operante no campo da produção assim como a decisão de ação do poder político para avançar nos objetivos de uma melhor distribuição"<sup>315</sup>.

O terceiro aspecto se relaciona "à presença de efeitos externos à produção, e que não podem ser apurados pelo mercado, denominados como deseconomias externas poluição, congestionamento, esgotamento dos recursos naturais etc"<sup>316</sup>.

Já o quarto aspecto trata do desenvolvimento de propostas socialistas. Pode-se considerar que a negativa do mercado e a visão do liberalismo como um sistema fracassado em termos sociais impulsionou o desenrolar de uma "vertente" mitigada do socialismo, na qual "a preocupação com o bem-estar da população é acentuada, não sendo primordial a eliminação das classes sociais"<sup>317</sup>.

Sobre o assunto, ensina o economista Fábio Guedes Gomes que a escola de Frankfurt fortalece a corrente de pensamento social que entende que o contrato social entre capital e trabalho envergou o Estado de bem estar social aos interesses dos capitalistas para

---

<sup>312</sup> DIAZ, op. cit., 13.

Tal sistema, y el pacto social partidos-sindicatos que estaba en su base, funcionó con amplia vigencia y efectividad operativa, no sin altibajos y crisis coyunturales, durante buenos decenios en algunos de los países más desarrollados y especialmente tras la segunda guerra mundial hasta los años setenta aprovechandi bien el ciclo expansivo de las economías occidentales en ese período. Así fueron posibles esas políticas redistributivas y de importantes servicios sociales y prestaciones de bienestar que han caracterizado las mejores e insuprimibles aportaciones des Estado social garantizadas como Estado de Derecho por leyes y tribunales.

Tradução livre.

<sup>313</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

<sup>314</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

<sup>315</sup> DIAS, op. cit., 12.

[...] más relevante la creación y potenciación de un sector público estatal operante en el campo de la producción así como la de una más decidida acción de los poderes políticos para vanzar en esos objetivos de mejor redistribución. Tradução livre.

<sup>316</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

<sup>317</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

legitimá-los, de modo que reformas neste sistema são instrumentos de perpetuação da dominação da classe que trabalha<sup>318</sup>.

Nesse sentido, o quinto aspecto traz a ideia socialista de que a apropriação da força de trabalho como mercadoria contribui para “este processo de transformação do perfil e caráter do Estado Liberal”<sup>319</sup>.

O sexto aspecto diz respeito à aceleração para o Estado Social promovida pela I Guerra Mundial, “que transformou a face do mundo e iniciou novo capítulo nas relações econômicas. Surgiu a necessidade de o Estado atuar para organizar as necessidades produtivas, direcionando-as para o esforço de guerra”<sup>320</sup>, o que contribuiu para a intervenção real.

Em “consequência disso, a concepção da separação entre o econômico e o político não tem como subsistir”. Como já dito, a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia<sup>321</sup>.

Assim, a razão de ser do Estado de bem-estar está na “argumentação do princípio de que a classe capitalista, ao perceber as necessidades de expansão do consumo em decorrência da produção em massa, estabeleceu uma série de acordos e acertos institucionais que foram necessários para a continuidade do processo de produção e acumulação”<sup>322</sup>.

De modo, uma série de acordos e acertos “ficou conhecido como *contrato social fordista*. A classe capitalista, portanto, tinha suas razões em apoiar a ampliação dos benefícios sociais porque, de um lado, rebaixava os custos com o emprego de trabalhadores assalariados”<sup>323</sup> e, por outro, “a classe trabalhadora cooperava com a produção capitalista e tinha acesso aos benefícios do consumo e dos serviços sociais oferecidos pelo Estado”<sup>324</sup>.

É preciso considerar que o papel interventivo do Estado no domínio econômico cumpre um papel mitigador frente aos conflitos do Estado liberal, que atenuando suas características, garante a “separação entre os trabalhadores e os meios de produção”<sup>325</sup>, todavia mantendo a lógica da reprodução das relações estabelecidas por aquele Estado.

---

<sup>318</sup> GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e *welfare state*: Estado e desenvolvimento social no Brasil. Via Scielo. In Rev. Adm. Pública vol.40 no.2 Rio de Janeiro Mar./Apr. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122006000200003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000200003). Acesso em: 19/09/2020.

<sup>319</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

<sup>320</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

<sup>321</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

<sup>322</sup> GOMES, op. cit., online.

<sup>323</sup> GOMES, op. cit., online.

<sup>324</sup> GOMES, op. cit., online.

<sup>325</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online

Toda essa discussão deu ensejo à necessidade de impulsionar, no sentido impositivo, uma função social aos institutos da liberdade contratual e da propriedade privada dos meios de produção. A “propriedade com direito de pleno uso, gozo e disposição, passamos a uma exigência funcional da propriedade, sendo determinante sua utilização produtiva, e não mais seu título formal”<sup>326</sup>, e a liberdade contratual com a interferência do Estado na direção da economia sobressaiu-se a ideia de função social do contrato.

Nas palavras de Streck e Moraes depreende-se que:

O Princípio da Legalidade e o da Separação de Poderes foram mantidos tão somente sob o aspecto formal, tendo sido, na prática, ab-rogados em razão da intensa atividade legislativa praticada pelo Executivo e uma certa prática imediatista que lhe caracteriza. Da propriedade privada dos meios de produção passou a vigor a função social da propriedade, e da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. Contudo, o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em Intervencionista, qual seja: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, gerando mais-valia, de apropriação privada pelos detentores do capital<sup>327</sup>.

Outra situação que transformou o caráter do Estado não interventivo foi a criação de leis de economia advindas do poder executivo, vezes com força vinculativa e vezes não, o que “não condiz com os tipos formais construídos no regime liberal, destinados exclusivamente à produção de leis gerais e abstratas com a finalidade de assegurar o reconhecimento das liberdades individuais formais e limitativas à ação da autoridade pública”<sup>328</sup>.

De maneira resumida, pode-se concluir que o *Welfare State*, “emerge definitivamente como consequência geral das políticas definidas a partir das grandes guerras, das crises da década de 1930, embora sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX”<sup>329</sup>.

Com a I Guerra Mundial, tem-se a inserção definitiva do Estado na produção (indústria bélica) e distribuição (alimentos, etc.); com a crise de 1929, há um aumento das despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores; nos anos 1940, há a confirmação desta atitude interventiva, instaurando-se a base de que todos os cidadãos como tais têm direito a ser protegidos contra dependências de curta ou longa duração<sup>330</sup>.

A aplicabilidade dos direitos de segunda dimensão está intimamente relacionada ao fato de não terem surgido para serem um ponto de “evolução” social, senão de manutenção do Liberalismo, ainda que de maneira mais “branda” na proposta, o que na prática não teve grandes reflexos.

<sup>326</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

<sup>327</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

<sup>328</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

<sup>329</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

<sup>330</sup> STRECK; MORAES, op. cit., online.

Além disso, a viabilidade da garantia dos direitos sociais a que se propõe constitucionalmente o Estado social encontra limites, também, na chamada “reserva do possível”, a qual mitiga a obrigação do Estado em cumprir integralmente os referidos direitos. Um elemento que tem fundamental importância na definição estrutural e material dos direitos sociais “é o facto de que incluem verificadas as condições de carência material pessoal, a imposição ao Estado da obrigação de uma prestação fática que ou consiste em uma subvenção financeira (...) ou tem custos financeiros directos associados à criação e disponibilização”<sup>331</sup> de serviços que viabilizem a quem necessite acessar “bens econômicos, sociais ou culturais (como no direito à habitação, à educação ou à proteção da saúde)”<sup>332</sup>.

O fato é que os direitos sociais, quando reconhecidos, geraram uma obrigação jurídica ao Estado, mas a obrigação aqui avençada depende das condições de seu custo. Assim, mesmo que seja uma obrigação jurídica exigível, para que seja albergada, necessitará da análise da disponibilidade econômica do Estado a que se “pede” “de acordo com a máxima *ultra posse nemo obligatur*”<sup>333</sup>.

Destaca Novaes que o Tribunal Constitucional alemão cunhou a expressão “reserva do possível” em sua primeira jurisprudência “o que afectava os direitos sociais os limitava àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade”<sup>334</sup>.

A discussão da razoabilidade aqui estava assentada nas próprias condições do indivíduo e em que situação poderia ele exigir direitos sociais do Estado. Essa limitação era material, na qual apresentava-se, a preocupação legislativa em orçar a garantia de tais direitos e “acabaria por ser perspectivada quase exclusivamente em torno das disponibilidades do Estado e a identificar-se com aquilo que a doutrina identificava anteriormente como sendo uma reserva constitucional da efectiva capacidade de prestação do Estado”<sup>335</sup>.

Então, a discussão a respeito da razoabilidade “deriva da relação entre necessidade e possibilidades de prestação na situação concreta e das características particulares do titular do direito”<sup>336</sup>.

O que acontece de fato é que, a partir da ideia “de que os tribunais podem e devem

---

<sup>331</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. proposta Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais. Wolters luwer, Coimbra, 1ª Ed. 2010. p. 89.

<sup>332</sup> NOVAES, op. cit., 89.

<sup>333</sup> NOVAES, op. cit., 90.

\**ultra posse nemo obligatur* Ninguém é obrigado além de suas posses. ARAÚJO. Magalhães de. Expressões jurídicas latinas aplicadas ao cotidiano forense. p. 94. Online. In: <http://www.filologia.org.br/revista/36sup/index.pdf>.

<sup>334</sup> NOVAES, op. cit., 90.

<sup>335</sup> NOVAES, op. cit., 90.

<sup>336</sup> NOVAES, op. cit., 90.

controlar a razoabilidade das respostas dos poderes públicos às demandas sociais, respeitando, no entanto o princípio da divisão dos poderes e atentando para as consequências de suas decisões”<sup>337</sup> no sentido de que buscar uma tutela jurisdicional a um direito social, criva a busca daquele direito à análise de proporcionalidade principiológica do ordenamento jurídico em observância ao princípio da separação dos poderes.

Então, e uma vez que nas situações típicas de Estado Social, pelo menos em situação de normalidade, a escassez nunca é absoluta, mas moderada, a reserva do possível implica, mesmo da parte de um poder político empenhado na realização dos direitos sociais, uma definição de prioridades, implica escolhas e opções políticas de distribuição de recursos e, conseqüentemente, conflitos entre as opções públicas selectivas de alocação de recursos e as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais e culturais. A situação de conflito e a multiplicidade de possíveis respostas para solucionar são inevitáveis porque a escassez moderada de recursos significa, na prática, que há sempre dinheiro ou algum dinheiro para realizar a prestação controversa, mas, simultaneamente, que há várias possibilidades de escolha a que se afectam os recursos disponíveis<sup>338</sup>.

Portanto, o Estado pode justificar a não prestação de direitos sociais que tenham sido objeto de pretensão jurisdicional tanto pela situação de escassez de recursos quanto por critério de alocação recursal, porque esta decisão é, na verdade, uma questão política, assim, “o alcance jusfundamental efectivo dos direitos sociais resulta substancialmente afectado”<sup>339</sup>.

Assim, como seria da própria natureza dos direitos sociais serem entregues ou dependerem significativamente da decisão política da maioria parlamentar, desvanecer-se-ia necessariamente a hipótese de lhes ser constitucionalmente conferida uma natureza jusfundamental. Por serem, por definição de (ALEXY), tão importantes que não podem ser deixados à decisão da maioria parlamentar, os direitos fundamentais são, por natureza, furtados à disponibilidade do legislador e entregues aos tribunais, mas, “no âmbito dos direitos sociais, os tribunais só podem decidir se o legislador decidiu”<sup>340</sup>.

Contra esse argumento, os custos do direito à liberdade apresentam-se. A discussão não se assenta em negar a reserva do possível, mas em elucidar que o direito negativo da liberdade reveste-se de custos e a “pretensa especificidade de uma reserva financeira afectando exclusivamente os direitos sociais” perde sua principal base de argumentação<sup>341</sup>.

É preciso imaginar que, se os direitos de liberdade perdessem completamente a atenção do Estado, perderiam seu significado real. Os direitos de liberdade requerem tanto investimento quanto os direitos sociais, porque o aparato estatal que lhe cuida é vultoso em termos de valor.

<sup>337</sup> SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas**: algumas considerações. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 43, n. 141, Dezembro, 2016. p. 4.

<sup>338</sup> NOVAES, op. cit., 91.

<sup>339</sup> NOVAES, op. cit., 91.

<sup>340</sup> ALEXY, Apud, NOVAES, op. cit., 92.

<sup>341</sup> NOVAES, op. cit., 93.

Com efeito, nenhum sistema constitucional pode proteger os direitos de liberdade negativos contra intervenções ou ameaças do estado ou de outros particulares sem a actuação institucional de proteção garantida por outros funcionários, por aparelhos administrativos e policiais e designadamente, através de um sistema judicial. Os custos envolvidos para o Estado são enormes e só o facto de serem vistos como “naturais” indispensáveis, inerentes à própria existência do Estado de Direito, é que leva a não contabilizá-los, a mantê-los ocultos, ao contrário do que se tende, em contrapartida, a fazer e salientar relativamente aos muito mais controversos direitos sociais<sup>342</sup>.

Para Krell, condicionar a realização dos direitos sociais e dos que lhe acompanham na segunda dimensão à existência de recursos disponíveis é o mesmo que reduzir sua eficácia a zero, como se os condenassem a direitos de segunda categoria<sup>343</sup>.

Para o autor, a doutrina já atribui ao direito social a necessidade de um entendimento novo frente às normas jurídicas, mas muitos operadores do direito ainda os interpretam em um espírito “antigo”, sem considerar os valores subjacentes das normas constitucionais que dispõem sobre tais direitos<sup>344</sup>.

Como ensina Sarlet, há um dilema entre a garantia dos direitos sociais e a existência de uma crise do Estado social, já que:

[...] seja como consequência da fragilização das instituições estatais e do fortalecimento correspondente das esferas de poder econômico no contexto da globalização, certo é que hoje, mais do que nunca, constata-se que a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado Social e democrático de Direito – e consequentemente, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social – constituem um dos temas centrais da nossa época<sup>345</sup>.

É preciso considerar que qualquer forma de Estado está sujeita a acompanhar as mudanças de seu tempo, de forma que “os sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça sociais – em suma por direitos sociais efetivos”<sup>346</sup> permanece como um desafio importante.

Ao referir Canotilho e Gomes, Sarlet traz que “as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de carácter positivo implicam uma proibição de retrocesso”<sup>347</sup>, pois quando se sua satisfação, ele transmuta-se em direito negativo que implica a abstenção do Estado.

<sup>342</sup> NOVAES, op. cit., 95.

<sup>343</sup> KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: SAFe, 2002. p. 53.

<sup>344</sup> KRELL, op. cit., 72.

<sup>345</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais**. Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. Revista Eletrônica sobre a Reforma do estado. n° 15 – set. out. nov. 2008. Salvador –BA – ISSN 1981-1888. p. 13.

<sup>346</sup> SARLET, op. cit., 14.

<sup>347</sup> CANOTILHO, José Gomes. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Apud, SARLET, op. cit., 22.

Assim, o princípio da proibição do retrocesso, em sentido estrito, está implícito no sistema constitucional verificado da leitura dos seguintes princípios “Estado democrático de Direito (...), Dignidade da Pessoa Humana (...), Máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais (...), Contramedidas de cunho retroativo (...) proteção da confiança (...), vinculação às disposições constitucionais (...)”<sup>348</sup>.

É possível verificar que, no sentido tratado, a proibição de retrocesso tem resultado do princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais. Sobre o assunto veja:

Por via de consequência, o artigo 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança<sup>349</sup>.

Dessa forma, os órgãos estatais têm dever para com os direitos fundamentais, tais órgãos também não podem, em hipótese alguma, “suprimir pura e simplesmente direitos sociais ou, o que praticamente significa mesmo, restringir os direitos sociais de modo a invadir o seu núcleo essencial ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade e de outros princípios fundamentais da Constituição”<sup>350</sup>.

### 3.2 ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO

Com a comum intenção de superar os limites do liberalismo, diante da situação política do pós-guerra, diante das “tentativas fascista e nacional socialista, de um lado, e a revolução soviética, por outro, afectavam, a própria subsistência do Estado de Direito”<sup>351</sup>, outra via se legitima na busca desse espaço.

O modelo de Estado constitucional, que se configura “originariamente nas Constituições mexicana de 1917 e de Weimar, em 1919, e retomado posteriormente em várias Constituições do segundo pós-guerra”<sup>352</sup> constituiu o quadro-histórico que recebeu e preservou o princípio do Estado de direito às condições do século XX.

---

<sup>348</sup> SARLET, op. cit., 23/24.

<sup>349</sup> SARLET, op. cit., 24.

<sup>350</sup> SARLET, op. cit., p. 24.

<sup>351</sup> NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma proposta do Estado de Direito**. Edições Almedina S. A. Coimbra. 2006. p.179.

<sup>352</sup> NOVAES, op. cit., 179.

O Estado no seu conjunto reconhecia agora a necessidade de superar os pressupostos do liberalismo e assumia, no objectivo da prossecução da justiça social, a via para a integração das camadas até então marginalizadas. E este objectivo era tanto mais inadiável quanto, nas convulsões que atravessavam a Europa, era cada vez mais presente à referência à alternativa soviética de resoluções da questão social<sup>353</sup>.

De tal forma, o “Estado de direito moderno, na sua forma social e constitucional, pretenderia fornecer aos cidadãos os instrumentos essenciais para exercer um controle eficaz sobre o exercício do poder (uma concepção de carácter substancial do rule of law)”<sup>354</sup>.

Assim, se a função estrutural da Constituição da justiça constitucional, a lei ordinária e a possibilidade de limites da justiça administrativa se justificam, tem-se que “é, sobretudo na revitalização, aprofundamento e generalização das regras da democracia política que o Estado de direito encontra as contrapartidas que lhe permitem assumir o novo princípio social sem perda de legitimidade”<sup>355</sup>.

De tal forma, o “modelo corrente de democracia liberal funda-se sobre uma distinção nítida entre o Estado e sociedade civil. Esse modelo considera o constitucionalismo como um quadro normativo que estabelece as tarefas e os limites do poder estatal”<sup>356</sup>.

Como condição do Estado social, a democracia política, “afirma-se, por maioria de razão, como dimensão essencial do Estado social de direito, a cujos valores e elementos surge indissociavelmente ligada”<sup>357</sup>; sobre o assunto veja:

De facto, com a extensão exigida pela actual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático. Desde logo, por que sem o reconhecimento geral dos direitos políticos – só concebível numa situação democrática - a esfera de autonomia individual seria decisivamente amputada; mas também – e sem que isso signifique qualquer ideia de funcionalização ou despersonalização de direitos<sup>358</sup>.

Dado o alcance a que se propõe o princípio democrático tem-se que ele:

[...] confere uma nova inteligibilidade aos elementos do Estado de Direito, e desde logo, legitima a recomposição verificada na divisão de poderes tradicional. Assim, quer a autonomia do executivo quer o reforço da independência e posição relativa do poder judicial se justificam à luz da submissão básica de todas as funções estaduais à vontade democrática livremente expressa<sup>359</sup>.

<sup>353</sup> NOVAES, op. cit., 183.

<sup>354</sup> BELLAMY, Richard. CASTIGLIONE, Dario. **O Déficit democrático da Europa e o problema constitucional**. In ZOLLO, Danilo. COSTA, Pietro. ORGS, op. cit., 612/613.

<sup>355</sup> NOVAES, op. cit., 207.

<sup>356</sup> BELLAMY; CASTIGLIONE, op. cit., 615.

<sup>357</sup> NOVAES, op. cit., 207.

<sup>358</sup> NOVAES, op. cit., 207.

<sup>359</sup> NOVAES, op. cit., 208.

Assim, a legitimidade democrática passa de pressuposto do poder legislativo para converter-se em “fundamento de todo o edifício estadual e traduz-se, não apenas na necessidade de eleição democrática dos órgãos representativos, mas também no aperfeiçoamento, racionalização ou introdução de garantias”<sup>360</sup> que interfiram nas intervenções do Estado e passem a ser ditos unilaterais a extravasar os limites do Estado de direito.

O Estado social de Direito é indissociável da estruturação democrática do estado, o que se por um lado exclui, como veremos, a ideia de uma eventual antinomia ao Estado democrático de direito, rejeita igualmente, e desde logo, qualquer possibilidade de caracterização como Estados sociais de Direito de regimes onde não se verifique a existência de uma verdadeira democracia política<sup>361</sup>.

Na visão de Novaes, o Estado de direito é social, e democrático. Sobre seu princípio estruturante, colaciona-se o entendimento do autor:

De fato ela sugere imediatamente a confluência, no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional, de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta na proteção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática<sup>362</sup>.

Novaes explica que “rejeitamos a diluição no princípio do Estado social democrático de direito do primado da ideia de proteção da autonomia e realização da personalidade individual que, em nosso entender, constitui o núcleo fundamental e imprescindível de qualquer realização histórica do ideal de Estado de direito”<sup>363</sup>.

. De forma que, o Estado social e democrático de direito, frente à vontade popular, é condicionado por seus elementos.

Existe, por sua vez, enraizado no Estado em questão, a intencionalidade material com bases axiológicas, o que pode ser percebido inclusive no caráter metapositivo da sua limitação.

São, então, três elementos que se firmam desta interpretação, quais sejam: a) o objetivo da limitação do Estado é a proteção dos direitos fundamentais; b) o que ocupa o cerne da dimensão social do Estado de direito é a intenção de realização material que se coloca; essa carga axiológica coloca o terceiro elemento; c) redução formalista do Estado de direito frente ao reconhecimento da autonomia individual e dos direitos fundamentais como uma força que “independentemente dos fundamentos filosóficos, políticos ou ideológicos

---

<sup>360</sup> NOVAES, op. cit., 208.

<sup>361</sup> NOVAES, op. cit., 209.

<sup>362</sup> NOVAES, op. cit., 210.

<sup>363</sup> NOVAES, op. cit., 210.

invocados, afecta não só a administração e o conjunto dos poderes constituídos, mas que se impõem materialmente ao próprio poder constituinte originário”<sup>364</sup>.

Ferrajoli esclarece que um sistema normativo complexo como é o Estado constitucional de direito “(que disciplina não apenas as formas de produção jurídica, mas também os significados normativos produzidos) incoerência e incompletude, antinomias e lacunas são vícios ligados aos desníveis normativos nos quais se articula a sua própria estrutura formal”<sup>365</sup>.

De modo que o levar a sério o constitucionalismo significa conferir à ciência e à jurisprudência, funcionalidade e dimensão pragmática, que até então não se conhecia a essa racionalidade juspositivista dogmática e formalista que veio questionar.

É importante estar atento para a ideia de que antinomias e lacunas, sob a égide do intérprete do direito, deram à ciência jurídica o que faltou no juspositivismo, elevou a responsabilidade civil e política em busca da coerência e completude do sistema de leis, o que alterou o paradigma epistemológico da ciência jurídica para a funcionalidade crítica e projetual.

Assim, veja o entendimento de Ferrajoli:

[...] condições substanciais de validade das leis, que no paradigma pré-moderno se identificam com os princípios do direito natural e no paradigma paleopositivista tinham sido removidas pelo princípio puramente formal da validade como positividade, penetram novamente no sistema jurídico sob-forma de princípios positivos de justiça estipulados em normas supra-ordenadas à legislação<sup>366</sup>.

De tal forma, é sobre o significado que se fundamenta o Estado constitucional de direito e é aí “que se manifesta, com a convenção democrática, o paradigma jurídico da democracia constitucional: o jogo, mas também as regras do jogo democrático; o projeto democrático, mas também o método e as formas da democracia”<sup>367</sup>.

Diante do modelo de Estado legislativo de direito e Estado constitucional de direito, Ferrajoli explica que há uma crise com dois aspectos e duas ordens “o Estado de direito tanto em sentido forte quanto fraco ou o próprio direito na sua forma positiva, seja legal ou constitucional. Sob ambos os aspectos, a crise se manifesta em outras tantas formas de regressão a um direito jurisprudencial de tipo pré-moderno”<sup>368</sup>.

<sup>364</sup> NOVAES, op. cit., 212.

<sup>365</sup> FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e futuro**. In ZOLLO; COSTA, ORGS. O Estado de Direito: história, proposta, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 426.

<sup>366</sup> FERRAJOLI, Luigi. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 431.

<sup>367</sup> FERRAJOLI, Luigi. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 431.

<sup>368</sup> FERRAJOLI, Luigi. In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 439.

A racionalidade da lei contraposta por Hobbes à “*juris prudentia* ou sabedoria de juízes desordenados”, típico do antigo direito comum, foi dissolvida por uma legislação de legisladores ainda mais desordenados, cujo efeito é exatamente o de reproduzir, através do aumento da discricionariedade na prática jurídica, um direito de formação preponderantemente jurisprudencial ou administrativa ou privada, segundo o antigo modelo do direito pré-moderno<sup>369</sup>.

Ao mesmo tempo, na visão de Ferrajoli a crise que acompanhou a legislação fez com que a própria força constitucional fosse questionada em observação aos ataques sofridos pela constituição italiana, lançando-a à guerra do Kosovo e minorando a força vinculante da autoridade da Carta<sup>370</sup>.

Apresentando-se interconectados, o Estado e o direito têm sido indissociáveis, de maneira que se complementam. Assim, o Estado age por meio do direito e se amolda ao direito de modo que a institucionalização do poder passa pelo crivo do direito.

O Estado se apresenta como uma entidade jurídica, governada e regida pelo direito, que, mais ainda, não pode ser apanhado e apreendido senão através do prisma do direito. Essa aderência é de tal modo intensa que certos teóricos, tal como Kelsen puderam afirmar a absoluta identidade entre o Estado e direito, que constituiriam uma única e mesma “ordem de coerção”<sup>371</sup>.

Há um evidente emaranhado desenvolvido a partir do Estado, nota-se que de uma conformação estritamente positivista do século XIX, a transformação da identidade do Direito e a sua força residem no final do século XX para o século XXI na carga axiológica da proteção dos direitos do homem, de maneira que os princípios informadores das decisões da judicatura chegam a equiparar-se às condições substanciais de validade da lei, conformando uma tendência de justiça de Corte, tradicional característica do *Common law*, com todas as implicações que advêm deste novo posicionamento social em relação ao Estado de direito.

Assim, “ainda que os fenômenos não estejam ligados por um vínculo de causalidade, mas sim de concomitância, a dinâmica pós-moderna que sacode as sociedades contemporâneas atravessa simultaneamente, e como um mesmo movimento, tanto o direito quanto o Estado”<sup>372</sup>, de maneira paralela ao direito clássico “ligado à construção do Estado e característico das sociedades modernas, assiste-se à emergência progressiva de um novo direito, reflexo da pós-modernidade”<sup>373</sup>, o direito pós-moderno elaborado brevemente em 2.2.1.

<sup>369</sup> FERRAJOLI, In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 441.

<sup>370</sup> FERRAJOLI, In ZOLLO; COSTA, ORGS, op. cit., p. 442.

<sup>371</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 115.

<sup>372</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 115.

<sup>373</sup> CHEVALLIER, op. cit., p. 115.

#### 4. PROPOSTAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Neste capítulo, propõe-se tratar algumas das propostas do Estado relacionadas à preservação ambiental, dividido em dois momentos: destacando que a jurisprudência, na primeira parte, cumpriu papel de norte à busca da doutrina que fundamentou as decisões e a doutrina que aqui é a fonte de pesquisa. Já na segunda parte, a doutrina é fonte e norte da temática das novas perspectivas de Estado à proteção ambiental.

De tal forma, na primeira parte do texto podem-se encontrar alguns elementos que dialogam com a percepção que o STJ e o STF tem transparecido sobre a temática, o que embora não tenha o condão de afirmar sobre a recepção dessas teorias no campo da jurisprudência, elucida uma construção a partir das obras de alguns dos doutrinadores que fundamentaram, de certo modo, as suas decisões judiciais, conforme descrito na metodologia deste estudo.

Já na segunda parte do capítulo, pode-se encontrar subsídio para fundamentação da percepção da proposta do Estado à preservação ambiental, subdividida em Estado de Direito Ecológico, Estado de Direito para a Natureza, e Ecologia Integral, como segue.

##### 4.1 AS PROPOSTAS QUE FUNDAMENTARAM DECISÕES JUDICIAIS QUE TRATAM DO MEIO AMBIENTE

Com base na doutrina encontrada na busca jurisprudencial, nesta primeira parte do capítulo discorre-se sobre a proposta de Estado à preservação ambiental que foi objeto de referência pelas Cortes Superiores do Brasil, STJ e STF, quais sejam, o Estado Socioambiental, com expoentes como Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer e Democracia Sustentada, com José Canotilho.

Pode-se encontrar já ao final da primeira parte, a ideia da proteção ambiental da Carta Francesa em comparativo com a Constituição Federal de 1988 e a Política Nacional do Meio Ambiente. Há, ainda, a menção simplificada ao diploma eclesiástico da Encíclica *Laudato Si*, a Carta Magna Brasileira e a Francesa e a Encíclica, que compõem esta parte do estudo, tendo em vista que foram mencionadas nas jurisprudências encontradas, e também, por corroborar os argumentos dos autores mencionados no parágrafo acima. Começando com o Estado Socioambiental como segue:

Para Sarlet, é preciso considerar “o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da

comunidade dos seres humanos”<sup>374</sup>.

[...]sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana<sup>375</sup>.

Os direitos de terceira dimensão concentram “o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o de comunicação”<sup>376</sup>. Para Pae Kim, há um entendimento de senso comum de afirmação que estendem esses direitos, conforme a universalização e a globalização se apresentam no cenário das tratativas internacionais. Essa discussão não encontra espaço nos objetivos deste estudo, motivo pelo qual esse elemento é trazido para fins apenas de conhecimento.

Discorre Fensterseifer que, com a finalidade de reparar o débito social do projeto burguês do Estado liberal e agregar a dimensão coletiva da condição humana alçada pelo Estado Social, projeta-se hoje o modelo de Estado socioambiental. Conjugando as conquistas positivas em termos de tutela da dignidade humana, dos modelos de estado de direito que o antecederam incorpora a tutela dos novos direitos transindividuais, e num paradigma de solidariedade humana projeta a comunidade num patamar mais evoluído de manutenção da vida e de proteção do meio ambiente.

Sobre o Estado socioambiental explica Fensterseifer que a “preferência aqui estabelecida na nomenclatura de estado socioambiental vem da necessidade de uma convergência das agendas social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano”<sup>377</sup>.

Para Fensterseifer o Relatório Nosso Futuro Comum “reconhece a nossa dependência existencial em face da biosfera e destaca o quadro de desigualdade social na base do projeto de desenvolvimento econômico e social levado a cabo até agora”<sup>378</sup> caracterizado, por um lado, por países que superutilizam e degradam recursos naturais e por outro por países que pouco utilizam e que vivem em condições, inclusive de miséria.

De início pode-se observar que o autor demonstra uma preocupação com a efetivação

<sup>374</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

<sup>375</sup> SARLET, op. cit., p. 55.

<sup>376</sup> PAE KIM, op. cit., p.168.

<sup>377</sup> FENSTERSEIFER, op. cit., p. 93.

<sup>378</sup> FENSTERSEIFER, op. cit., p. 94.

dos direitos sociais do Estado social de direito, que segundo ele foi deixado para trás e que agregou a preocupação ambiental.

Ao referir tais circunstâncias analisa Fensterseifer que se deve encontrar no princípio da dignidade da pessoa humana duas dimensões distintas: a) uma dimensão ecológica; b) uma dimensão social; pois, o objetivo do estado ambiental e do estado social de acordo com Haberle em seu “conteúdo fundamental é o respeito e a proteção da dignidade humana, no sentido de uma atualização viva do princípio”<sup>379</sup>.

Assevera Leite que nem as ideologias liberais nem as ideologias socialistas conseguiram lidar ou contemplar em seu projeto político a crise ambiental, considerando que ambos, respectivamente, o capitalismo industrialista e o coletivismo industrialista, colocaram em operação “um modelo industrial agressivo aos valores ambientais da comunidade”<sup>380</sup>, não é por acaso que o quadro de gravidade das condições ambientais tem reflexo destes modelos econômicos experimentados, os quais não alcançaram o bem estar coletivo prometido.

Diante dessas considerações, vislumbra-se que “a proteção ambiental projeta-se como um dos valores constitucionais mais importantes a serem incorporados como tarefa ou objetivo do Estado de Direito neste início de século XXI”<sup>381</sup>, frente à sociedade de risco enfrentada por Beck.

Ressalta o autor que o “Estado socioambiental tem um papel ativo e promocional dos direitos fundamentais especialmente no que tange à tutela ambiental”, o que pretende com tal afirmação é considerar que o Estado socioambiental emergente precisa levar em conta a crise ambiental e posicionar-se diante de sua tarefa de defesa do meio ambiente, já que o Estado do ambiente não é um Estado liberal no sentido de um Estado de polícia limitado a assegurar a ordem jurídica e permitindo o livre jogo entre particulares.

A partir da compreensão de que nenhuma das éticas tradicionais teve o condão de instituir normas sobre o bem e o mal que devem ser submetidas a modalidades novas de poder e de suas criações possíveis, e diante da guinada à tecnologia, na atualidade, a ética precisa ser desenvolvida em uma terra de ninguém.

Ao discutir a responsabilidade parece oportuno resgatar que para Jonas, a assunção de um papel mais interventivo do Estado na proteção da sociedade dos perigos e dos riscos a que está exposta “desloca a responsabilidade para o centro da ética, considerando-se aí os horizontes espaço-temporais que correspondam àqueles atos. Consoante isso, a proposta da

---

<sup>379</sup> HABERLE, apud FENSTERSEIFER, op. cit., p. 95.

<sup>380</sup> LEITE, op. cit., p. 28.

<sup>381</sup> FENSTERSEIFER, op. cit., p. 96.

responsabilidade”<sup>382</sup>.

Dessa forma, o princípio da responsabilidade contrapõe com persistência “a dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder”<sup>383</sup>. O poder referido pelo autor diz respeito à gerência do homem sobre a natureza e sua atuação frente a ela ser diferenciada das outras espécies que também a habitam.

A ética se relaciona com o agir e a consequência disso é a natureza modificada, na qual a natureza do homem também se modifica, por esse motivo existe a necessidade de modificar-se também a ética desse agir humano, no que se pode inferir do pensamento de Jonas.

Uma das questões relevantes à concretização de um Estado ocupado pela proteção ambiental diz respeito às práticas econômicas, já que, toda “a prática econômica desajustada aos valores ambientais e sociais no seu processo produtivo estará agindo de forma contrária aos ditames constitucionais”<sup>384</sup>, já que:

[...] a Constituição Federal traz o bem estar social e a qualidade de vida como “princípios base da ordem econômica”, sendo que a ordem social (ai também incluída a proteção ambiental), que era relegada a um plano secundário antes de 1988, ganhou “foro de títulos próprios” no novo texto constitucional. Pode-se dizer, portanto, que o constituinte brasileiro delimitou no texto constitucional, para além de um capitalismo social, um capitalismo socioambiental (ou ecológico), consagrando a proteção ambiental como princípio-base da ordem econômica<sup>385</sup>.

Existem, ainda, preocupações acerca da ideia de justiça ambiental consideradas por Fensterseifer, pois o Estado Socioambiental “carrega uma ideia de *justiça ambiental*, na medida em que à luz de uma justiça distributiva e solidária toma como fundamento a proteção das minorias” expostas de forma desigual a degradação ambiental. Essa ideia encontra-se com o pensamento exposto por Francisco na *Laudato Si*.

O fundamento básico dessa ideia tem a ver com o alargamento das condições de justiça no mundo globalizado.

Vê-se que a justiça ambiental tratada por Fensterseifer é um dos aspectos que norteariam o Estado Socioambiental, e que também faz parte deste emaranhado de dispersões à justiça distributiva, porém, entende-se não ser, por ora, oportuno iniciar a discussão da justiça, mas seria ainda mais destoante não trazer-lhe, ainda que brevemente. Sobre esta temática pode-se consultar o tópico sobre considerações as propostas de proteção ambiental

<sup>382</sup> JONAS, op. cit., p. 22.

<sup>383</sup> Idem, p. 23.

<sup>384</sup> Idem, p. 101.

<sup>385</sup> ROCHA, apud, FENSTERSEIFER, op. cit., p. 101/103.

na página 117.

Em artigo publicado, Marin e Leonardelli apontam para a “inegável importância da atuação ética, responsável e solidária de toda a sociedade para que haja a efetivação dos direitos insculpidos na Constituição”<sup>386</sup>. O diálogo proposto diz respeito exatamente à previsão constitucional de proteção ambiental intergeracional, e da forma como o Estado Socioambiental proposto por Fensterseifer, é a reunião necessária do social e do ambiental protegidos. Mencionam, ainda, que há um dever ético “da coletividade em relação ao ambiente”<sup>387</sup> e aos direitos sociais, e “também há uma obrigação legal, que resta positivada na Constituição Federal de 1988 e nas normas infraconstitucionais que tratam do tema”<sup>388</sup>.

Das considerações até aqui apresentadas, pela expressão de Canotilho parece fácil “imaginar” a emergência de um Estado preocupado com as questões ambientais, mas que no mundo em que vivemos é permeado por forças diversas, as quais não necessariamente dialogam com a mesma afinidade com que os ambientalistas o fazem.

A democracia sustentada ganha relevo de proposta de Estado constitucional ecológico, assim denominado pelo autor que por se aproximar com a visão sobre a constitucionalização do direito fundamental ao meio ambiente será tratada no tópico 3.2.3, como uma nova perspectiva de proteção ambiental.

Antes, contudo, se que informar que os escritos de Canotilho foram mencionados pelas cortes em decisões sobre o meio ambiente, mas por uma questão metodológica fora desenvolvido junto às propostas.

Assim, a emergência do Estado Socioambiental de direito traz consigo a necessidade de uma nova forma de Estado que aproveite as boas experiências dos Estados que o fizeram emergir, mas que se proponha a promover uma ruptura flagrante com os interesses que não possam ser compartilhados por todos com o objetivo máximo da proteção ambiental.

Na Carta Ambiental Francesa de 2004 existem diversas disposições que dão conta de delinear as ações humanas e sua relação com os recursos naturais. Já em sua abertura considera que “os recursos naturais e os equilíbrios condicionaram o surgimento da humanidade”<sup>389</sup>, em atenção à dependência do desenvolvimento humano a qualidade

---

<sup>386</sup> MARIN, Jeferson Dytz. LEONARDELLI, Pavlova Perizzollo. O Estado Socioambiental: a afirmação de um novo modelo de Estado de Direito no Brasil. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 374-386, julho/dezembro de 2013. p. 378.

<sup>387</sup> Idem. p. 381.

<sup>388</sup> Idem. p. 382.

<sup>389</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (1). NOR: JUSX0300069L Versão consolidada em 30 de julho de 2020. Artigo 2. Redação. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000790249>. Acesso em 20/07/2020.

ambiental.

Há também naquele diploma uma preocupação com o futuro, pois “a própria existência da humanidade são inseparáveis de seu ambiente natural”<sup>390</sup> sendo meio ambiente “uma herança comum dos seres humanos”<sup>391</sup>, de forma que se avança a preocupação que todos os seres humanos precisam despender para com a natureza. Também existe referência de importância da diversidade biológica: “o desenvolvimento da pessoa e o progresso das sociedades humanas são afetados por certos modos de consumo ou produção e pela exploração excessiva dos recursos naturais”<sup>392</sup>, reconhecendo que tanto a ideia de progresso capitalista quanto a sociedade do hiperconsumo globalizada afetam significativamente o meio ambiente por meio da exploração desordenada dos recursos naturais.

De tal forma, diante dessas preocupações “a preservação do meio ambiente deve ser buscada da mesma maneira que os outros interesses fundamentais da Nação”<sup>393</sup>, ou seja, assim como na busca de melhores condições na democracia, esta deve ocupar-se com o mesmo afincamento das questões ambientais, dada a relevância da matéria.

Assim, “para garantir o desenvolvimento sustentável, as escolhas destinadas a atender às necessidades do presente não devem comprometer a capacidade das gerações futuras e de outros povos de atender às suas próprias necessidades”<sup>394</sup>, com clara preocupação para com as futuras gerações.

Tal dispositivo com essas ideias centrais proclamou uma série de regras e normas para a atuação humana em sociedade, de modo a proteger e cuidar do meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988, diploma maior Brasileiro, também se ocupa de um olhar de proteção ambiental, especialmente em seu artigo 225<sup>395</sup>, que delinea o direito e o dever de um meio ambiente sadio e equilibrado. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente dá os contornos da proteção ambiental no país. Nesse sentido dispõe também a Carta Francesa, com observância na participação cidadã<sup>396</sup>, na reparação de danos

---

<sup>390</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. Redação. Leia-se artigo como seção.

<sup>391</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. Redação. Leia-se artigo como seção.

<sup>392</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. Redação. Leia-se artigo

<sup>393</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. Redação. Leia-se artigo

<sup>394</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. Redação. Leia-se artigo como seção.

<sup>395</sup> BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Online. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21/07/2020.

<sup>396</sup> BRASIL. Constituição Federal da República de 1988, op. cit., Art. 225. Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. (Leia-se artigo como seção), Arte. 1° e 2° (Leia-se Arte. como artigo).

ambientais<sup>397</sup>, na observância do princípio da precaução<sup>398</sup>, no desenvolvimento de políticas públicas vistas o desenvolvimento sustentável<sup>399</sup>, no acesso à informação<sup>400</sup>, na educação ambiental<sup>401</sup>, na pesquisa<sup>402</sup>.

Na sequência, abordam-se alguns aspectos encontrados no diploma eclesiástico mais discutido dos últimos tempos, encontra-se disposto aqui, para fins de coerência metodológica, uma vez que a Encíclica foi mencionada no fundamento das decisões das Cortes Superiores, que foram norte à busca da doutrina e apresenta-se aqui como uma corrente de pensamento. No próximo tópico será elaborada com mais especificidade, por também ser proposta pura, e apresentar um grau bastante evoluído de desapego à forma, e preocupação com o conteúdo de um Estado de Direito à proteção ambiental, e de uma sociedade de volta à natureza.

Na Carta Encíclica *Laudato Si'* sobre o Cuidado da Casa Comum, o Papa Francisco chama a coletividade a pensar e a agir em termos de proteção da Casa que abriga os seres, alertando para o mal que os humanos vêm causando ao que lhes foi gratuitamente concedido por Deus<sup>403</sup>.

Há no documento uma fundada crítica à apropriação da natureza e à mentalidade dirigida para uma autorização de saqueio desse bem comum, e como a violência do coração dos seres humanos pode ser verificada “no solo, na água, no ar e nos seres vivos”<sup>404</sup>, com a afirmação de que nada que acontece ao Planeta pode ser indiferente ao homem, uma vez estabelecida sua dependência deste complexo sistema que mantêm a Terra.

O Pontífice, ao citar outras encíclicas escritas por seus predecessores, reconhece que naqueles documentos havia um forte clamor para uma preocupação com o desenvolvimento preocupado com a natureza, a exemplo da primeira encíclica de São João Paulo II, e das

<sup>397</sup> BRASIL. Constituição Federal da República de 1988, op. cit., Art. 225. Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. (Leia-se artigo como seção), Arte. 1° e 2° (Leia-se Arte. como artigo).

<sup>398</sup> BRASIL. Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31/08/1981), Art. 4, I e IV. Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. (Leia-se artigo como seção), Arte. 5° (Leia-se Arte. como artigo).

<sup>399</sup> BRASIL. Constituição Federal da República de 1988, op. cit., Art. 170, VI. Art. 225. BRASIL. Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31/08/1981), Art. 14. Loi constitutionnelle n° 2005-

<sup>400</sup> BRASIL. Constituição Federal da República de 1988, op. cit., Art. 5°, XIV. Art. 225. BRASIL. Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31/08/1981), Art. 4°, V, Art. 9° VII, XI, § 3°. Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. (Leia-se artigo como seção), Arte. 7° (Leia-se Arte. como artigo).

<sup>401</sup> BRASIL. Constituição Federal da República de 1988, op. cit., Art. 5°, XIV. Art. 225. BRASIL. Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31/08/1981), Art. 4°, V, Art. 9° VII, XI, § 3°. Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. (Leia-se artigo como seção), Arte. 7° (Leia-se Arte. como artigo).

<sup>402</sup> BRASIL. Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31/08/1981), Art. 2°, VI, Art. 4°, IV, Art. 13, I. Loi constitutionnelle n° 2005-205, op. cit., Artigo 2. (Leia-se artigo como seção), Arte. 9° (Leia-se Arte. como artigo).

<sup>403</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 2: AAS 107 (2015), p.3

<sup>404</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 2: AAS 107 (2015), p.3.

reflexões do Papa Bento XVI<sup>405</sup>.

Assim, as contribuições avançadas em documento anteriores, a bem da verdade, “recolhem a reflexão de inúmeros cientistas, filósofos, teólogos e organizações sociais que enriqueceram o pensamento da Igreja sobre estas questões”<sup>406</sup>.

Ao retomar as contribuições do Patriarca Ecuménico Bartolomeu, pontua o Papa a responsabilidade de cada um para com Planeta, bem como o chamamento “para as raízes éticas e espirituais dos problemas ambientais, que nos convidam a encontrar soluções não só na técnica, mas também numa mudança do ser humano; caso contrário, estaríamos a enfrentar apenas os sintomas”<sup>407</sup>.

Com relação aos ensinamentos de São Francisco de Assis, remonta Francisco o seu cuidado com o que é frágil, na visão de uma ecologia integral que “requer abertura para categorias que transcendem a linguagem das ciências exactas ou da biologia e nos põem em contacto com a essência do ser humano”<sup>408</sup>.

O apelo de Francisco retrata um desafio urgente de proteção da Casa Comum, com o lançamento do convite “a renovar o diálogo sobre a maneira como estamos a construir o futuro do planeta. Precisamos de um debate que nos una a todos, porque o desafio ambiental, que vivemos, e as suas raízes humanas dizem respeito e têm impacto sobre todos nós”<sup>409</sup>.

E é nessa seara que se quer resgatar sobre os entraves encontrados para a efetivação da proteção ambiental no Brasil, pelo Poder judiciário que passa por uma crise também de justiça. É importante destacar que o recorte teórico desta pesquisa acerca da análise do Poder Judiciário e de sua crise, assim como de uma crise de justiça sustentada por autores diversos, ficará apenas como elemento de conhecimento sobre os entraves sobre os quais passa a eficácia da proteção ambiental, e não como estudo exploratório.

## 4.2 NOVAS PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO ESTATAL AMBIENTAL

<sup>405</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 3/4/5/6: *AAS* 107 (2015), p.4.5.6.

<sup>406</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 7: *AAS* 107 (2015), p. 7.

<sup>407</sup> *Vision and Initiatives of Ecumenical Patriarch Bartholomew*. Apud Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 8/9: *AAS* 107 (2015), p. 8. 9.

<sup>408</sup> Tomás de Celano, *Vita prima di San Francesco*, XXIX, 81: *Fonti Francescane*, Apud, Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 10/11/12: *AAS* 107 (2015), p. 10.11.12.

<sup>409</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 13/14/15: *AAS* 107 (2015), p. 12.13.14.15.

A aproximação entre a proposta do Estado e a centralidade do problema ambiental/ecológico tem levado os doutrinadores e os tribunais, nas últimas décadas, a propor conceitos que revelam as novas características e missões do Estado na contemporaneidade.

O caminho que vai da proposta do Estado à preservação ambiental possui, nestes diferentes autores, pontos de convergência, mas não é necessariamente homogêneo. Reflexo disso é a riqueza conceitual com que se tem enfrentado o problema. Nesta seção, serão trabalhados os conceitos identificados como mais frequentemente evocados pela doutrina: a) o Estado de Direito Ecológico; b) Estado de Direito para a Natureza; c) Estado Ambiental de Direito; e d) a Ecologia Integral.

#### 4.2.1 Estado de direito ecológico

A cultura jurídica brasileira recebeu o conceito germânico do Estado de Direito, o qual (ao contrário do *Rule of law* anglo-saxão) é caracterizado pela prevalência do Legislativo em relação ao Executivo e ao Judiciário.

Em um movimento de buscas de uma alternativa a pensar a natureza e a proteção dos recursos naturais, há autores de alto nível intelectual que vêm elaborando a ideia de um Estado de Direito Ecológico.

Nesse sentido, apresentam-se alguns elementos da contribuição teórica de Aragão<sup>410</sup>, como segue.

Primeiramente, cumpre destacar que a autora começa sua elaboração teórica a partir da ideia do antropoceno, caracterizada como uma nova era geológica, marcada pela interferência antrópica do homem sobre a natureza, com potencial altamente modificador das condições naturais dos ecossistemas<sup>411</sup>. Sobre o assunto consultar p. 118/119.

Ao referir uma mudança no *status quo*, adverte a autora que os “seres humanos são agora a principal força que molda e transforma o Planeta, mais profundamente do que vulcões, terremotos ou tufões”<sup>412</sup>. De tal forma, a ciência e a tecnologia, diante da evolução dos estudos que dão conta de perceber a biosfera e a sociedade a partir de uma ótica peculiar

---

<sup>410</sup> Doutorada em Ciências Jurídico-políticas na área de Direito do Ambiente, é Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, membro do Observatório Jurídico Europeu da Rede Natura 2000 e das águas, pertence ao conselho científico do European Law Fórum e é trustee do grupo de especialistas de Direito Europeu do Ambiente Avosetta.org. Das suas obras destacam-se “O Princípio do Poluidor Pagador - Pedra angular do Direito Comunitário do Ambiente” (1997) e “O Princípio do Nível Elevado de Protecção e a Renovação Ecológica do Direito do bient” (2006). (<http://apps.uc.pt/mypage/faculty/aaragao/pt>).

<sup>411</sup> ARAGÃO, Alexandra. O estado de direito ecológico no antropoceno e os limites do planeta. **In.** DINNEBIER, Flávia França (Org.) LEITE, José Rubens Morato (Org.). Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Protecção da Natureza - São Paulo : Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 20.

<sup>412</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 21.

aos estilos de vida e níveis de consumo, estão para a proteção ambiental (em sentido amplo, proteção do planeta terra) de uma maneira nova, trazendo implicações e consequências ao mundo jurídico<sup>413</sup>.

A lógica argumentativa proposta por Aragão consiste, em suas palavras, em três etapas e uma conclusão, quais sejam: 1. Estamos a mudar profundamente a Terra, 2. Sabemos que muitas dessas mudanças terão efeitos negativos, 3. Compreendemos porque e como ocorrem as alterações<sup>414</sup>. Logo, “temos o dever de evitar futuras mudanças negativas e de promover as alterações institucionais e jurídicas necessárias à inversão das tendências”<sup>415</sup>.

De tal maneira, o Estado Ecológico de Direito “pauta-se por um conjunto de normas, princípios e estratégias jurídicas necessárias para garantir a preservação de um conjunto de condições de funcionamento do sistema terrestre que tornam o Planeta Terra um espaço seguro, para o Homem e os restantes seres vivos”<sup>416</sup>.

Discorre a autora que nos Tratados da União Europeia já existe disposição, no que toca a política ambiental, que trata sobre a importância e a necessidade da observância dos achados científicos e técnicos na “elaboração da legislação ambiental”<sup>417</sup>. Sobre o assunto cita-se:

Fica demonstrada a relação entre a evolução para um novo paradigma científico e a transformação do caráter do Estado — o novo Estado Ecológico de Direito — responsável por regular os projetos, as atividades, os planos, os programas e as políticas que afetam o estado do sistema terrestre<sup>418</sup>.

As bases científicas do novo objeto jurídico, qual seja, o antropoceno, dizem respeito à evidência dos limites do Planeta “que ajudam a definir aquilo a que os especialistas chamam o “espaço operacional seguro”<sup>419</sup>.

O “espaço operacional seguro” corresponde então ao conjunto de condições bio-físico-geo-químicas características da época geológica anterior, que existia antes da profunda transformação operada por ação do Homem, e que eram as ideais para a existência da vida na Terra. Numa palavra: o Holoceno<sup>420</sup>.

Assim como a ciência e a tecnologia têm sido fundamentais para a caracterização dos limites do planeta, a fim de esclarecer o novo paradigma da humanidade, observa a

---

<sup>413</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 21.

<sup>414</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 21.

<sup>415</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 22.

<sup>416</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 22.

<sup>417</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 23.

<sup>418</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 23.

<sup>419</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 23.

<sup>420</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 23.

ambientalista que “falta uma visão jurídica global para proteger esse novo objeto jurídico, que é o Planeta, num certo estado”<sup>421</sup>.

Concebendo o Planeta como patrimônio mundial, considerando suas características, e sua multiplicidade de fenômenos naturais, antrópicos, culturais e outros, o papel do direito no antropoceno é de “ciência social fundamental para impulsionar mudanças de paradigma”<sup>422</sup>.

Sendo o direito, para além da solução de conflitos, um instrumento de mudança social, como nos exemplo do direito ao voto feminino e da abolição da escravatura, há que se reconhecer uma vinculação jurídica aos limites do Planeta que diz respeito à sobrevivência em longo prazo, e de justiça, em curto prazo<sup>423</sup>. Sobre o assunto consultar p.120.

Se “forem transpostos para diferentes escalas, os limites planetários podem servir como critérios para avaliar a equidade no uso dos recursos da Terra e operacionalizar a justiça nas relações entre nações, cidadãos, gerações e espécies”<sup>424</sup>. Veja:

- Justiça entre as nações - entre os Estados que são detentores de recursos naturais e outros Estados que não os têm.
- Justiça entre os cidadãos – entre ricos e pobres que têm um acesso muito desigual aos recursos da Terra.
- Justiça entre gerações - entre as gerações atuais, que exploram o Planeta para além do espaço operacional seguro, e as gerações futuras, que hão de herdar um Planeta mais pobre e a funcionar mal.
- Justiça no relacionamento entre as espécies – entre a espécie humana, que consome e degrada de forma desproporcional os recursos, e as outras espécies, cujas vidas são ameaçadas por fatores antrópicos.

Como imperativo legal para os Estados ecológicos de direito está a “operacionalização dos limites planetários em diferentes escalas e dimensões de justiça”<sup>425</sup>.

A força jurídica das obrigações impostas no Estado de direito ecológico estão vinculadas ao alcance de “resultados na prevenção eficaz de danos ambientais e de melhoria real da qualidade do ambiente”<sup>426</sup>. Quais “são os motivos para essa mudança jurídica? Qual é a justificação para que as obrigações sejam mais fortes no Antropoceno?”<sup>427</sup>.

Para a pesquisadora, o Estado de direito clássico concebe as obrigações para com a proteção ambiental de maneira maleável, de forma que o direito aqui “imposto” tem características de esforço no sentido de evitar danos e melhorar a qualidade ambiental; ao passo que o Direito baseado no resultado, que é o paradigma do Estado de direito ecológico,

---

<sup>421</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 25.

<sup>422</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 25.

<sup>423</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 28/30.

<sup>424</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 28/30.

<sup>425</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 30.

<sup>426</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 31.

<sup>427</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 32.

está para fazer efeito, ou, diga-se de passagem, a “justificação é dupla: primeiro, o conhecimento científico sobre o funcionamento dos complexos processos inerentes ao sistema terrestre tem aumentado; segundo, a influência humana sobre o estado do sistema terrestre está igualmente a crescer”<sup>428</sup>.

No contexto do espaço operacional seguro, o que significa uma obrigação de resultados? Significa que não basta adotar algumas medidas de proteção ambiental bem-intencionadas, e torcer para que funcionem. Claro que medidas pró-ambientais como o comércio de licenças de emissão, as avaliações de impacto ambiental, a rotulagem ecológica, a gestão integrada de resíduos, a política integrada de produtos, a reforma fiscal ecológica e a educação ambiental, são todas muito importantes para manter as condições ambientais. Elas são as melhores técnicas jurídicas disponíveis, neste momento, para lidar com as mudanças antropogênicas irreversíveis que estão a conduzir o Planeta para fora do Holoceno. Mas não é suficiente aplicar estas medidas ambientais se, ao mesmo tempo, não houver um acompanhamento permanente para saber se os efeitos das medidas correspondem ao que é necessário para alcançar os fins, ou se é necessário adotar novas e reforçadas medidas de proteção ou recuperação ambiental<sup>429</sup>.

Assim, a manutenção da abordagem jurídica do Estado de direito clássico “correndo o risco de ultrapassar os limites do Planeta será considerado contrário ao direito”<sup>430</sup>, de forma que, iniciativas “de precaução e prevenção para evitar exceder os limites perigosos serão obrigatórias”<sup>431</sup>. E, em sendo as medidas normais “insuficientes para manter o Planeta dentro do espaço operacional seguro, deverão ser adotadas medidas extraordinárias”<sup>432</sup>.

Por medidas extraordinárias, cita a autora duas decisões, uma do “Tribunal de Justiça em desfavor do Reino Unido a pedido da organização ambiental britânica, Client Earth, a propósito do dever de elaboração de planos relativos à qualidade do ar”<sup>433</sup>. Como segue:

Quando um Estado-Membro não tenha respeitado as exigências decorrentes (...) da Diretiva 2008/50 e não tenha pedido a prorrogação do prazo nas condições previstas no artigo 22.º desta diretiva, incumbe ao órgão jurisdicional nacional competente, eventualmente chamado a conhecer do processo, adotar, contra a autoridade nacional, qualquer medida necessária, como uma injunção, para que esta autoridade elabore o plano exigido pela referida diretiva, nas condições que a mesma prevê<sup>434</sup>.

A segunda refere a “Holanda, numa decisão judicial ainda mais ambiciosa, suscitada pela organização não governamental Urgenda, a propósito da política climática”<sup>435</sup>. Como segue:

---

<sup>428</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 32.

<sup>429</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 33.

<sup>430</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 35.

<sup>431</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 35.

<sup>432</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 35.

<sup>433</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 35.

<sup>434</sup> Processo C-404/13, de 19 de novembro de 2014, apud, ARAGÃO, op. cit., p. 35.

<sup>435</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 35.

Em junho de 2015, o Tribunal Distrital de Haia decretou que o Estado holandês deveria adotar medidas “para limitar o volume conjunto das emissões de gases com efeito de estufa anuais holandeses, ou mantê-los limitados, de modo a que este volume tenha reduzido em pelo menos 25% no final de 2020 em comparação com os níveis de 1990<sup>436</sup>”.

Foi “exaustivamente demonstrado pelo Tribunal, que estes objetivos não são meras obrigações políticas dependentes da realização recíproca de outros estados. Além disso, eles não são meras normas programáticas exigindo aplicação jurídica anterior”<sup>437</sup>. As “metas de emissão são obrigações legais estritas suscetíveis de execução nos tribunais”<sup>438</sup>.

Em continuidade à leitura doutrinária acerca do Estado de Direito Ecológico, segue-se com a contribuição de Carolina Medeiros Bahia<sup>439</sup>, e Melissa Ely Melo<sup>440</sup>.

O Estado de direito ecológico, para essas autoras, é uma etapa posterior ao Estado de direito ambiental. Esta distinção é feita porque o Estado de direito teria assumido “funções prioritárias à proteção do meio ambiente”<sup>441</sup>, mas continuou tratando as questões ambientais de maneira residual. De forma que, “boa parte da doutrina reconhece a necessidade imperativa de se atribuir a prioridade mais elevada à proteção ambiental como um objetivo político, e limitar o crescimento econômico e o consumo no sentido tradicional, por meio da constituição de outro modelo de Estado”<sup>442</sup>.

Ao analisar a sociedade de risco proposta por Beck, discorrem as pesquisadoras que há uma série de incertezas, com as quais as ciências, inclusive o direito, estão tendo que compreender. Esta época é marcada pelos efeitos da interferência humana sobre o meio ambiente e todos serão afetados de alguma maneira quando toca as questões ambientais de qualidade e salubridade<sup>443</sup>.

Consideram, também, que diante de uma nova era geológica, marcada por processos que ultrapassam os limites do planeta com afetação da resiliência, inclusive, das sociedades

<sup>436</sup> Processo C/09/456689/HA ZA 13-1396, acórdão de 24 de junho de 2015. Apud. ARAGÃO.op. cit., , p. 32.

<sup>437</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 36.

<sup>438</sup> ARAGÃO, op. cit., p. 36.

<sup>439</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Adjunto C, nível I, do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, atuando nos Cursos de Graduação, Mestrado Acadêmico e Mestrado Profissional. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental na Sociedade de Risco (GPDA/UFSC-CNPq). Diretora do Instituto O Direito Por Um Planeta Verde;

<sup>440</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com estágio de doutoramento na Universidade de Alicante (Espanha) pelo PDSE da CAPES. Membro do GPDA/UFSC-CNPq. Professora em Cursos de Graduação e Pós-graduação *Lato Sensu* da UNIVALI. Pós-Doutorado na UFSC com bolsa do CNPq (PDJ - Processo n. 150114/2017-6)<sup>#</sup>.

<sup>441</sup> BAHIA. Carolina Medeiros. MELLO. Melissa Ely. **O Estado De Direito Ecológico Como Instrumento De Concretização De Justiça Ambiental**. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. e-ISSN: 2525-9628 | Porto Alegre | v. 4 | n. 2 | p. 38 – 59 | Jul/Dez. 2018. p. 39.

<sup>442</sup> BAHIA; MELLO,op. cit., p. 40.

<sup>443</sup> BAHIA; MELLO,op. cit., p. 40.

humanas, há que se discutir sobre “um novo modelo de Estado, que apresentando uma maior sensibilidade ecológica e um compromisso com a sustentabilidade forte, seja capaz de lidar com os novos desafios – o Estado de direito ecológico”<sup>444</sup>.

Atribuindo a mais elevada prioridade aos valores ambientais, respeitando os direitos inerentes à natureza e impondo a todos os atores jurídicos obrigações de resultado, o Estado de Direito Ecológico teria, então, melhores condições para combater a devastação causada pela Sociedade de Risco, controlar as atividades que gerem riscos significativos para o meio ambiente e manter os processos biofísicos planetários mais próximos das condições do Holoceno. Porém, considerando que nosso meio ambiente já ultrapassou os limites que garantiriam o funcionamento pleno dos ciclos ecológicos em diversas localizações, o Estado Ecológico teria, num primeiro momento, a missão de desacelerar as mudanças do Antropoceno<sup>445</sup>.

No entendimento das autoras “um Estado de direito ecológico precisa ter alicerce legal para os ideais de justiça ambiental”<sup>446</sup>, ao discorrerem sobre a necessidade de considerar a distribuição das externalidades negativas da sociedade globalizada.

Ao tratar o Estado ecológico de direito e as implicações sobre a justiça ambiental, as pesquisadoras explicam que “o desafio fundamental que a discussão sobre justiça ambiental propõe é a superação dos problemas que ligam justiça social e proteção ambiental, de forma que o processo de integração social se realize por meio do aprofundamento das relações democráticas”<sup>447</sup>.

Neste caso, em sendo o Estado de direito ambiental, insuficiente para controlar a crise ambiental, agravando um cenário de desproteção humana e natural, o Estado de direito ecológico seria, em observância à Declaração Mundial do Estado de direito ecológico, uma força protetiva de resultado.

Assim, no mesmo sentido das autoras que precederam encontra-se a discussão sobre Estado de Direito Ecológico trata-se com a contribuição de Klaus Bosselmann<sup>448</sup>.

Para o autor, a dimensão internacional é, talvez, a característica mais significativa da compreensão contemporânea do princípio do Estado de direito. Se a adesão ao Estado de

<sup>444</sup> BAHIA; MELLO, op. cit., p. 39.

<sup>445</sup> BAHIA; MELLO, op. cit., p. 39.

<sup>446</sup> BAHIA; MELLO, op. cit., p. 55.

<sup>447</sup> BAHIA; MELLO, op. cit., p. 57.

<sup>448</sup> Diretor do Centro de Legislação Ambiental da Nova Zelândia desde seu estabelecimento em 1999. Ele é Presidente do Grupo de Especulistas de Ética da Comissão Mundial de Direito Ambiental (WCEL) da IUCN, Presidente do Comitê Diretor da Associação de Legislação e Governança Ecológica (ELGA), co-presidente do Global Ecological Integrity Group (GEIG) e membro executivo de várias outras redes profissionais, incluindo a Sustainable Aotearoa New Zealand (SANZ) e o New Zealand Center of Global Studies (NZCGS). Klaus é autor ou editou 30 livros sobre direito ambiental e ecologia política, vários dos quais foram traduzidos para vários idiomas; seus artigos apareceram em muitas das principais revistas jurídicas do mundo. Por seu trabalho pioneiro em direito ecológico, ele recebeu vários prêmios, incluindo o Prêmio Inaugural de Bolsa Sênior da Academia de Direito Ambiental da IUCN<sup>#</sup>.

direito é uma característica do Estado moderno, qualquer fundamento dele na natureza - em qualquer forma - teria ramificações para o conteúdo do direito internacional. Dada a natureza transfronteiriça dos impactos ambientais, tal globalização do Estado de direito abre novas oportunidades para superar a dicotomia desatualizada entre sistemas de direito nacional e internacional. Noções sobre "lei global" já entraram no vocabulário jurídico, sugerindo a existência de normas comuns a todas as pessoas<sup>449</sup>.

Sustenta Bosselmann que “relacionar o Estado de direito ao desafio ecológico é muito oportuno”<sup>450</sup>, afirmando que, resumidamente, há dois momentos distintos. Um primeiro, que diz respeito ao reconhecimento de fronteiras planetárias, já que dos “nove limites identificados até agora, três já foram excedidos (estufa atmosférica concentração de gases, taxa de perda de biodiversidade e ciclo do nitrogênio)”<sup>451</sup>. O segundo momento diz respeito à hierarquia conceitual e interpretativa das leis que orientam o comportamento humano.

No primeiro, existe a implicação do reconhecimento da dependência do ser humano da natureza e de seus sistemas, colocando-o diante do dilema do desenvolvimento, da necessidade da sustentabilidade, da assunção de uma posição hierárquica, no sentido de o meio ambiente vir antes mesmo do homem, e a economia somente em terceiro plano nessa perspectiva.

No segundo momento, por sua vez, sendo o Estado de direito o garantidor, é de se esperar uma preocupação em salvaguardar a vida, diante de aspectos de aplicação legítima da lei. Na contramão da eficácia da proteção ambiental, pode-se concluir que “mais de quarenta anos de direito ambiental não fizeram muita diferença em relação à situação ou ao sistema jurídico. Ambos em mau estado”<sup>452</sup>.

<sup>449</sup> BOSSELMANN, op. cit., p.82. Tradução livre.

The international dimension is perhaps the most significant feature in the contemporary understanding of the rule of law principle. If adherence to the rule of law is a characteristic of the modern state and its recognition in international law, then any grounding of it in nature – in whatever shape or form – would have ramifications for the contents of domestic and international law. Given the cross-boundary nature of environmental problems, such globalization of the rule of law opens new opportunities for overcoming the outdated dichotomy between domestic and international law systems. Notions around ‘global law’ have already entered the legal vocabulary, suggesting the existence of norms common to all people .

<sup>450</sup> BOSSELMANN, op. cit., p. 76. Tradução livre.

Relating the rule of law to the ecological challenge is very timely

<sup>451</sup> J. Rockström et al ., ‘ Planetary Boundaries: Exploring the Safe Operating Space for Humanity ’, 14 :2 Ecology and Society, apud, BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law, IN, RUL E OF LAW FOR NATURE. Org. CHRISTINA VOIGT P. 77. Tradução livre.

*Of the nine boundaries identified thus far, 2 three have already been exceeded (atmospheric greenhouse gas concentrations, rate of biodiversity loss and nitrogen cycle).*

<sup>452</sup> BOSSELMANN, Klaus. Grounding the rule of law, IN, RUL E OF LAW FOR NATURE. Org. CHRISTINA VOIGT P. 77. Tradução livre.

*that more than forty years of environmental law have not made much of a difference to the state of affairs or to the legal system. Both are in bad shape.*

O “estado de direito tem certas qualidades positivas associadas a um estado democrático moderno. Os sistemas jurídicos ocidentais geralmente se referem ao estado de direito como uma de suas principais características juntamente com a democracia, justiça e direitos humanos”<sup>453</sup>.

A problemática proposta pelo autor diz respeito à relação que tem o Estado com o meio ambiente. Para ele, a lei sempre esteve a serviço da degradação ambiental, chancelando aberrações no campo da proteção. Bosselmann parte do pressuposto de que nunca se deveria ter chegado à condição que precisamos administrar hoje, e para chegar neste contexto a lei teve uma “culpa” acentuada<sup>454</sup>.

Na visão do professor, nunca a natureza ocupou um lugar significativo nos objetivos da lei. Assim, visualiza ele que o “reducionismo ambiental precisa ser substituído com o expansionismo ecológico. Com isso, queremos dizer um processo que começa com um compromisso normativo fundamental e objetivos para sua implementação em todos os níveis legislativos”<sup>455</sup>.

Para isso, a sugestão de Klaus é a criação de uma norma básica. Neste sentido:

Para o nosso propósito, podemos definir um *grundnorm* como uma norma básica para vincular poder governamental no mesmo sentido que o estado de direito é geralmente percebido como norma básica para vincular o poder governamental. Essa compreensão difere da definição de Kelsen e está mais perto do argumento de Kant de que qualquer lei positiva deve ser baseada em uma norma "natural" de aceitação geral e razoabilidade (*Vernunft*) para evitar arbitrariedade pura (*blosse Willkür*). A existência de um *grundnorm* ambiental, portanto, repousa na suposição de que respeitar os limites ecológicos do planeta é um ditame da razão (*Gebot der Vernunft*) e aceitação geral (*allgemeine Gültigkeit*)<sup>456</sup>.

Diante da discussão proposta por Bosselmann, o enfoque do Estado ecológico de direito é a exigência do “esverdeamento de todo o sistema de leis e governança”<sup>457</sup>:

<sup>453</sup> BOSSELMANN, op. cit., p. 78. Tradução Livre.

Environmental reductionism needs to be replaced with ecological expansionism. By this we mean a process that starts with a fundamental normative commitment and aims for its implementation at all levels of law-making.

the rule of law has certain positive qualities associated with a modern democratic state. Western legal systems usually refer to the rule of law as one of their core characteristics along with democracy, justice and human rights.

<sup>454</sup> BOSSELMANN, op. cit., p. 75/78. Tradução Livre.

<sup>455</sup> BOSSELMANN, op. cit., p. 78. Tradução Livre.

<sup>456</sup> BOSSELMANN, op. cit., p. 83. Tradução Livre.

For our purpose, we can define a *grundnorm* as a basic norm to bind governmental power in the same sense as the rule of law is generally perceived as a basic norm to bind governmental power. This understanding differs from Kelsen's definition and is closer to Kant's argument that any positive law must be grounded in a 'natural' norm of general acceptance and reasonableness (*Vernunft*) to prevent pure arbitrariness (*blosse Willkür*). The existence of an environmental *grundnorm*, therefore, rests on the assumption that respecting the planet's ecological boundaries is a dictate of reason (*Gebot der Vernunft*) and general acceptance (*allgemeine Gültigkeit*).

<sup>457</sup> BOSSELMANN, op. cit., p. 90. Tradução Livre.

(...) como, por exemplo, capturado na noção de estado ecoconstitucional (ökologischer Rechtsstaat). O estado ecoconstitucional difere significativamente de um estado meramente comprometido com o Estado de Direito (Rechtsstaat), por um lado, e proteção ambiental (Umweltstaat) por outro. Em vez disso, ambos devem ser vistos como um reforço mútuo e, juntos, definindo o estado. Uma visão integradora contrasta fortemente com a ideia liberal tradicional de estado (percebido como "neutro")<sup>458</sup>.

#### 4.2.2 Estado de direito para a natureza

Uma segunda noção importante no que diz respeito à conexão entre proposta do Estado e a centralidade assumida pela proteção ambiental, ao menos em tese, na contemporaneidade, é a de “Estado de Direito para a Natureza”.

No uso desse conceito, uma das colaborações mais destacadas é a de Hans Cristian Bugge<sup>459</sup>, professor de Direito Ambiental no Departamento de Direito Público e Internacional da Universidade de Oslo, desde o ano de 1998.

Para ele<sup>460</sup>, após a primeira conferência sobre Meio Ambiente Humano em Estocolmo, de 1972, criou-se um vasto corpo de leis ambientais nos países desenvolvidos e em desenvolvimento em escala internacional, existindo muitos exemplos de sucesso, mas também o amplo descumprimento da política de proteção ambiental almejada por esse corpo jurídico.

Considere-se que em balanço sobre a condição ambiental após a primeira conferência “Rio + 20”, acontecido no Rio de Janeiro em 2012, propiciou-se reflexões sobre a necessidade de encarar o desafio da degradação e do desenvolvimento. Nesse acontecimento a “base factual importante para a conferência foi o mais recente PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente) *Global Environmental Outlook (GEO5)*”<sup>461</sup>, do qual se pode

<sup>458</sup> BOSSELMANN, op. cit., p. 90. Tradução Livre.

for example, captured in the notion of the eco-constitutional state ( ökologischer Rechtsstaat ). The eco-constitutional state differs significantly from a state merely committed to the rule of law ( Rechtsstaat ) on the one hand, and environmental protection ( Umweltstaat ) on the other. Rather, both must be seen as mutually reinforcing and together defining the state. Such an integrating view is in stark contrast to the traditional liberal idea of the state (perceived to be ‘neutral’).

<sup>459</sup> Ele tem um doutorado em planejamento regional pela Universidade de Paris II (Doutorado de especialidade) (1972) e é dr.juris da Universidade de Oslo sobre uma tese sobre a responsabilidade pela poluição na legislação norueguesa (1998). Antes de se tornar um advogado acadêmico em 1991, ele ocupou vários cargos importantes como funcionário público no Ministério do Meio Ambiente da Noruega, de 1972 a 1982. Ele era i.a. Vice-Diretor do Departamento de Controle da Poluição, Diretor-Geral da Autoridade de Controle da Poluição da Noruega e Diretor-Geral do Departamento de Planejamento Urbano e Regional. 1976-77 foi Vice-Diretor do Departamento de Planejamento do Ministério das Finanças.

<sup>460</sup> BUGGE, Hans Christian. Twelve fundamental challenges in environmental law : An introduction to the concept of rule of law for nature In RULE OF LAW FOR NATURE. Org. CHRISTINA VOIGT p. 03. Tradução livre.

<sup>461</sup> BUGGE, op. cit., p. 4.

An important factual basis for the conference was the most recente UNEP (United Nations Environment Programme) Global Environmental Outlook (GEO5).

extrair, por exemplo, que não houve reversão da alteração dos efeitos ambientais adversos, já que tanto o alcance, quanto a velocidade desses não foram reduzidos. Pode-se perceber, através das afirmações do relatório que:

‘a taxa de perda de florestas, particularmente nos trópicos, permanece assustadoramente alta’. No que diz respeito a fontes de água doce, apesar do progresso em algumas áreas, há preocupações de que o limite da sustentabilidade dos recursos hídricos, tanto superficiais quanto subterrâneos, já foi alcançado ou superado em muitas regiões’. Além disso, apesar de muitos acordos globais sobre a questão "há sinais contínuos de degradação" do meio marinho devido à poluição. E com relação à biodiversidade - perdas substanciais e contínuas de espécies contribuem para a deteriorização do ecossistema<sup>462</sup>.

Diante desse cenário de agravamento das condições de salubridade ambiental, pontua Bugge que há uma dimensão ética implicada no modo como se trata a natureza<sup>463</sup>.

É possível verificar a preocupação com os direitos dos animais como uma influenciadora no campo da ética contra a desestruturação natural ambiental. Porém, mesmo essa iniciativa encontra barreira no objetivo de desenvolvimento econômico e bem-estar humano com foco no curto prazo, assim, surge uma implicação para o pensamento jurídico e papel da lei nesta área<sup>464</sup>.

Observa Bugge que a declaração da degradação ambiental feita pelo *GEO5* deixa evidente que “as metas acordadas internacionalmente foram apenas parcialmente alcançadas, essas tendências negativas são contrárias às ambições e objetivos políticos de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável que foi estabelecido por estados e organizações internacionais por várias décadas”<sup>465</sup>.

O questionamento a que tem pertinência as reflexões de Bugge retrata que o “objetivo da sustentabilidade ambiental em longo prazo é totalmente reconhecido, por que não conseguimos alcançá-lo?”<sup>466</sup>.

Existem, na visão do autor, dois aspectos principais sobre o conceito de “estado de direito da natureza”: a) a “importância do estado de direito em geral como pré-requisito

---

<sup>462</sup> BUGGE, op. cit., p. 4.

‘the rate of forest loss, particularly in the tropics, remains alarmingly high’. With regard to freshwater sources, despite progress in some areas, ‘there are concerns that the limit of sustainability of water resources, both surface and ground water, has already been reached or surpassed in many regions’. Furthermore, despite many global agreements on the issue ‘there are continuing signs of degradation’ of the marine environment due to pollution. And with regard to biodiversity ‘substantial and on-going losses of species contribute to ecosystem deterioration.

<sup>463</sup> BUGGE, op. cit., p. 5.

<sup>464</sup> BUGGE, op. cit., p. 5.

<sup>465</sup> BUGGE, op. cit., p. 5.

<sup>466</sup> BUGGE, op. cit., p. 5.

obviously has important consequences for legal thinking and the role of law in this area.

também para a gestão da natureza e dos recursos naturais<sup>467</sup>; b) os elementos do estado de direito são estendidos além dos seres humanos como cidadãos à natureza e aos valores naturais<sup>468</sup>.

A forma pela qual se pretende garantir a proteção da natureza na visão de Bugge é da efetividade da tutela legal para que se possa, através da aplicação de leis fortes e bem elaboradas, garantir, com primazia, que as decisões que envolvam de utilização ou modificação de recursos naturais sejam baseadas em critérios de integridade e de segurança real da natureza frente a essas ações.

A proposta de Bugge não considera a natureza no centro das decisões, tanto que o próprio autor pontua sobre a justificativa para a causa de um dano ambiental. Assim sendo, ainda que este corpo de leis venha a fortalecer a eficácia da proteção da natureza, quando o limite da sua aplicação for suficientemente justificável para o homem, pode-se sucumbir a sua aplicação. sobre o assunto:

Claro, isso não significa que deve ser protegida a qualquer preço e independentemente de qualquer outro objetivo ou interesse conflitante. Mas esses objetivos ou interesses devem ser fortes o suficiente para justificar os danos ambientais, e deve haver regras processuais que garantam que o trade-off seja feito com a devida consideração o valor da natureza e todos os outros fatos relevantes.<sup>469</sup>

Por óbvio que a proteção ambiental é emblemática desde o ponto de vista antropogênico, e ainda que o autor reconheça esta situação, percebe-se que é preciso outra forma de pensar o direito para garantia da proteção da natureza.

Bugge enumera doze tratativas sobre as quais se precisam debruçar as discussões de um Estado de direito para a natureza, as quais se enumeram<sup>470</sup>.

A *primeira* diz respeito à autorregulação da natureza e sua complexidade, neste caso a apequenada influência que podem exercer os seres humanos sobre suas leis. A discussão aqui é sobre o desconhecimento do comportamento futuro, pode-se aferir sobre o que passou, e o impacto de algumas atividades sobre os ciclos naturais, mas não se pode afirmar com certeza qual será a cadeia de reações que advirão. Isso é emblemático. Exemplifica o autor que não

---

<sup>467</sup> BUGGE, op. cit., p. 7.

importance of rule of law in general as a prerequisite also for proper management of nature and natural resources.

<sup>468</sup> BUGGE, op. cit., p.7.

elements of rule of law are extended beyond human beings as citizens to nature and natural values.

<sup>469</sup> BUGGE, op. cit., p.8.

Of course, this does not mean that it shall be protected at any price and regardless of any other conflicting goal or interest. But these goals or interests must be strong enough to justify the environmental damage, and there must be procedural rules that ensure that the trade-off is made with due regard to nature's value and all other relevant facts.

<sup>470</sup> BUGGE, op. cit., p. 9/24.

podemos interromper o efeito estufa ou impedir que se espalhem resíduos tóxicos pelos oceanos, porque esta interferência antrópica já é real, mas muito menos ainda, pode-se, dada a complexidade das leis naturais, manter-se controle sobre as influências da humanidade sobre os recursos naturais.

A *segunda* questão trata da invisibilidade dos problemas ambientais. Muitos dos problemas de desregulação dos ciclos naturais só podem ser vistos quando proliferam efeitos, e então já está dada a situação fática sobre a qual, em casos de danos nucleares, por exemplo, não se pode interferir, somente observar a reação da natureza.

A *terceira* diz que muitos problemas ambientais carregam incertezas pelo fato de que não há ainda um elevado grau de conhecimento sobre as causas e efeitos de mudanças no ambiente.

A *quarta* elabora sobre a natureza não poder, no âmbito jurídico, dizer por si mesma na tomada de decisões são os humanos que precisam falar por ela e há uma dificuldade grande nesta situação diante do objetivo daquele que está em poder dos direitos da natureza, por assim dizer.

A *quinta* discorre que há bens e serviços ambientais que são considerados bens públicos no sentido econômico, o que significa que os bens que seriam comuns são dispostos por particulares de maneira privada e regulados pelo direito privado. Para que isso não prejudique o *status* público da natureza, seria preciso que seus recursos fossem considerados sobre a proteção do direito público, por que podem ser destruídos sob a égide das relações de direito privado.

A *sexta* fala sobre a dificuldade de colocar um preço nos valores ambientais da natureza quando se propõem a compensar um dano, porque é difícil mensurar qual valor poderia compensar a perda de um ecossistema dentro de uma decisão jurídica.

A *sétima* trata sobre o paradoxo das pequenas e múltiplas decisões dentro de um sistema jurídico que, quando analisadas de maneira global, podem não resultar na proteção dos recursos naturais, tendo em vista que é preciso que as decisões trabalhem em uma mesma direção.

A *oitava* é o cruzamento entre a economia e setores sociais quando dos problemas ambientais. Tanto em causa quanto em efeito, existem vários tipos de indústria e diferentes legislações sobre cada ramo que intervém na natureza, ainda que versem sobre o mesmo ecossistema (Terra), além das implicações sociais que vão desde um desastre com desalojamentos e mortes, até o comprometimento da agricultura em uma determinada região.

A *nona* é relacionada à questão de serem transfronteiriços os problemas ambientais, já que a maioria dos casos de grandes proporções atravessam uma determinada fronteira administrativa, e no exemplo da água, a contaminação de um manancial do outro lado do globo pode chegar a qualquer continente devido à interconexão dos fluxos hidrográficos.

A *décima* enfrenta o prazo dos efeitos ambientais, sendo que muitos danos podem perpetuar-se por décadas, afetando muitas gerações futuras.

A *décima primeira* apresenta a corrupção, pois não tem como compreender a alta destruição natural, senão pelo reconhecimento da corrupção como uma causa muito importante. Portanto no Estado de Direito da Natureza há que se combater veementemente através do estímulo à participação cidadã.

A *décima segunda* aufere a pluralidade de valores e a complexidade envolta na tomada de decisões. Aqui, a existência de cláusulas de exceção nos instrumentos legais é evidenciada frente ao interesse coletivo de proteção ambiental, dessa forma, o sistema jurídico precisa de boas leis e de bons representantes que considerem as pluralidades envoltas nas deliberações ambientais para além do econômico.

Sobre a abordagem do antropoceno também escreve Nicholas A. Robinson<sup>471</sup>, que desenvolve a legislação ambiental desde 1969, quando foi nomeado para o Comitê Consultivo Jurídico do Conselho Presidencial de Qualidade Ambiental.

Elabora Robinson que a natureza vem dando aos seres humanos diversos sinais de que sua atuação está perturbando a possibilidade de regeneração dos ecossistemas. Assim como uma bússola, a natureza mostra que é preciso mudar a forma de viver da humanidade para encontrar na raiz do ser e na sua carga energética os instintos naturais de sobrevivência e controlar os instintos econômicos do antropoceno<sup>472</sup>.

Nossas “opções neste domínio são três. Elas são mitigação, adaptação e sofrimento. Se nós fizermos menos mitigação e adaptação, vamos sofrer muito mais”<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> Ele praticou direito ambiental em escritórios de advocacia de municípios e como consultor jurídico do Departamento de Conservação Ambiental do Estado de Nova York. Ele redigiu as leis sobre pântanos e aves selvagens de Nova York e foi inaugurado como o primeiro presidente do Conselho de Recursos de Freshwater Wetlands e da Greenway Heritage Conservancy para o Vale do Rio Hudson. Ele atuou como assessor jurídico e presidente da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, atuando na elaboração de tratados e assessorando diferentes países na preparação de suas leis ambientais. Ele fundou os programas de direito ambiental da Pace, editou os procedimentos da Cúpula da Terra das Nações Unidas em 1992 no Rio de Janeiro, Brasil, e é autor de vários livros e inúmeros artigos. Ele ministra vários cursos de direito ambiental.

<sup>472</sup> ROBINSON. Nicholas A. A canon for the Anthropocene, IN, RUL E OF L AW FOR NATURE. Org. CHRISTINA VOIGT p. 48/49.

<sup>473</sup> HOLDREN. John P. apud. ROBINSON. Nicholas A. A canon for the Anthropocene, IN, RUL E OF L AW FOR NATURE. Org. CHRISTINA VOIGT p.50. tradução livre.

“options in this domain are three. T ey are mitigation, adaptation and suf ering. If we do less mitigation and

Adaptações são inevitáveis. Alguns pequenos estados insulares deixarão de existir. As principais cidades costeiras se tornarão relíquias de sua glória passada. No entanto, na esteira de desastres ambientais, surgirão inovações jurídicas em nível local e tomada de decisão nacional. Enquanto os humanos confrontam novas formas geofísicas e condições biológicas, eles compartilharão soluções. Comunicações globais pela Internet disseminarão e ampliarão adaptações efetivas de lugar para lugar<sup>474</sup>.

Os “princípios legais ambientais refletem o amor à natureza e os seres humanos cooperam para promover essa norma compartilhada. Enfrentando o Antropoceno emergentes condições biológicas e geofísicas”<sup>475</sup>, os homens farão reformas nos diferentes países que vão propiciar uma melhor qualidade ambiental, reduzindo a poluição e as interferências antrópicas.

Isso foi cumprido com leis para coibir emissões de gases que empobrecem a camada estratosférica de ozônio. Os instintos humanos foram alinhados para produzir ação positiva e cooperativa.

A confiança nos princípios legais compartilhados facilita as leis que promovem resiliência e sustentabilidade socioecológica<sup>476</sup>. É o que contribui a sociobiologia na busca por uma regra de direito da natureza, já que “a sociobiologia permite o estudo de funções cognitivas que motivam atividade artística e realização espiritual consiste na necessidade de visualizar uma ordem humanamente significativa dentro da ordem total da natureza”<sup>477</sup>.

A visão que oferece Robinson encontra bases em três conceitos: a cooperação a biofilia e a resiliência.

De maneira simplificada, a cooperação diz respeito ao instinto humano de precisar uns dos outros, logo, se coopera por necessidade, mas há também no fundo da cooperação um sentimento humano de fazer parte de um todo, tornando-se ela uma norma ética, também. A

---

adaptation, we're going to do a lot more suffering”.

<sup>474</sup> ROBINSON, op. cit., p. 50. Tradução livre.

Adaptations are unavoidable. 17 Some small island states will cease to be. Major coastal cities will become relicts of their past glory. Yet in the wake of environmental disasters, legal innovations will emerge from local and national decision-making. As humans confront new geophysical and biological conditions, they will share solutions. Global communications over the Internet will disseminate and magnify effective adaptations from place to place.

<sup>475</sup> ROBINSON, op. cit., p. 59. Tradução livre.

“Environmental legal principles reflect a love of nature, and humans cooperate to further this shared norm. Confronting the Anthropocene’s emerging biological and geophysical conditions”.

<sup>476</sup> “This has been accomplished with laws to curb emissions of gases that deplete the stratospheric ozone layer.

68 Human instincts have been aligned to produce positive, cooperative action”.

Reliance on the shared legal principles facilitates laws promoting resilient socio-ecological sustainability

<sup>477</sup> ROBINSON, op. cit., p. 54. Tradução livre.

(...) sociobiology enables the study of higher cognitive functions that motivate “artistic activity and spiritual fulfillment consists in the need to envision a humanly meaningful order within the total order of nature.

cooperação faz parte dos sentidos evolutivos, ou seja, ela é uma norma de evolução. Sobre o assunto:

Os fundamentos evolutivos da cooperação são detalhadamente descritos na pesquisa sociobiológica de Samuel Bowles e Herbert Gintis,<sup>478</sup> que ache que a capacidade humana de cooperação é uma característica humana evoluída, e por Enrico Coen<sup>479</sup>, Mark Pagel<sup>480</sup>, e Matt Ridley<sup>481</sup>. Os seres humanos são "conectados" para cooperar, a lei ambiental pode se basear em instintos cooperativos para promover suas disposições corretivas. Leis são mais robustas ao confiar explicitamente na cooperação. No futuro, as questões ambientais a lei precisará fazer mais para estruturar procedimentos para promover a cooperação confiança e expandir a consciência humana da reciprocidade para incluir outros animais e ecossistemas. A cooperação decorre da compaixão. Cultural ética pode ampliar o escopo da compaixão e as leis podem incentivar uma visão coletiva necessária: "Estamos todos juntos nisso". Darwin querido a "maravilha" de que toda a vida está relacionada<sup>482</sup>.

Já no que se refere à biofilia, Robinson evoca a necessidade de declará-la como um orientador jurídico, exemplificando que faz tempo que o homem age de maneira a entender seu pertencimento e sua dependência da natureza, tanto que os homens reservam para seu lazer, parques, jardins, paisagens; aprovam para seu lazer leis de pesca, caça e jogos. Assim, a biofilia são os instintos humanos positivos sobre a natureza. Sobre o assunto veja:

A biofilia é um instinto humano. Stephen Kellert observa que “todos os nossos valores biofilicos emergiram como tendências universais marteladas em nossos genes porque refletem funções adaptativas que avançam nossa saúde, aptidão e bem-estar ao longo da evolução e desenvolvimento humano.”<sup>483</sup> Muitas das leis de conservação da natureza derivam deste princípio da biofilia. Ele tem tanto direito sobre o discurso político quanto o direito à vida. A biofilia defende o direito ao meio ambiente, reconhecido nas decisões da Suprema Corte na Índia, nas Filipinas, e em outros lugares. É à base do primeiro deserto legal do mundo, o estado de Nova York Reserva Florestal “para sempre selvagem”. Biofilia fornece a base para cada parque local, estadual, provincial, nacional ou transnacional em todo o mundo<sup>484</sup>.

Já a resiliência é uma característica da natureza humana. De forma que o que está implícito “na biofilia é uma vontade estimular uma forte cooperação entre os seres humanos

<sup>478</sup> Bowles and Gintis, *A Cooperative Species* Apud. ROBINSON, op. cit., p. 61. Tradução livre.

<sup>479</sup> Coen, *Cells to Civilizations*. Apud. ROBINSON, op. cit., p. 61. Tradução livre.

<sup>480</sup> Mark Pagel, *Wired for Culture*. Apud. ROBINSON, op. cit., p. 61. Tradução livre.

<sup>481</sup> Ridley, *The Origins of Virtue*. Apud. ROBINSON, op. cit., p. 61. Tradução livre.

<sup>482</sup> Darwin, *The Origin of Species*. Apud. ROBINSON, op. cit., p. 61. Tradução livre.

<sup>483</sup> Stephen R. Kellert, *Birthright – People and Nature in the Modern World*. Apud. ROBINSON, op. cit., p. 63. Tradução livre.

<sup>484</sup> ROBINSON, op. cit., p. 63. Tradução livre.

Biophilia is a human instinct. Stephen Kellert observes that “all our biophilic values emerged as universal tendencies hammered into our genes because they reflect adaptive functions that advanced our health, fitness, and well-being over the course of human evolution and development.”<sup>89</sup> Much of nature conservation law grows out of this principle of biophilia. It has as much claim on the political discourse as does the right to life. Biophilia sustains the right to the environment, acknowledged in Supreme Court decisions in India, the Philippines, and elsewhere. It underpins the world’s first legal wilderness, New York State’s “forever wild” Forest Preserve. Biophilia provides the foundation for every local, state, provincial, national, or transnational park worldwide. No international law mandates the establishment of parklands. Human nature does.

em relação à natureza, a fim de melhorar as capacidades de resiliência”<sup>485</sup>. As “capacidades de resiliência permitem aos seres humanos e à natureza, igualmente, para se recuperar das perturbações do antropoceno”<sup>486</sup>.

O objetivo de tratar a partir da cooperação, da biofilia e da resiliência é que todos esses desdobramentos da conduta humana demonstram que com a ampliação destas “normas evoluídas selecionadas como princípios legais, os seres humanos podem ajudar um ao outro, e toda a natureza. A evidência da sociobiologia afirma que os seres humanos podem moldar um novo estado de direito para a natureza”<sup>487</sup>.

Assim, qualquer “cânone útil para a vida da lei surgirá do parentesco que os humanos compartilham com a natureza. Os três princípios legais aqui podem fornecer à humanidade bússola pela qual navegar suas - nossas - viagens intergeracionais através o antropoceno”<sup>488</sup>.

#### 4.2.3 Estado ambiental de direito

No Brasil, alguns pesquisadores já se ocupam da temática do Estado e do meio ambiente o enfoque doutrinário brasileiro da proposta do Estado ambiental de direito é a ideia de concebê-lo como direito fundamental desde o advento do art. 225 da Carta Magna do país. Para contribuir neste sentido, interage-se primeiramente com Andreas J. Krell<sup>489</sup>.

O Estado ambiental, como princípio Estrutural da Constituição Brasileira, diz respeito à maneira como as questões ambientais têm encontrado lugar na governança<sup>490</sup>.

Para desenvolver sua ideia Krell refere que existe uma ambivalência em “Estado de direito”, que está assentada na concepção material e formal de cada Nação. Assim, no caso

<sup>485</sup> ROBINSON, op. cit., p. 65. Tradução livre.

Implicit in biophilia is a will to stimulate strong cooperation among humans toward nature, in order to enhance capabilities of resilience.

<sup>486</sup> ROBINSON, op. cit., p. 65. Tradução livre.

Capacities for resilience allow humans and nature alike to rebound from the disruptions of the Anthropocene.

<sup>487</sup> ROBINSON, op. cit., p. 71. Tradução livre.

By magnifying evolved norms selected to be legal principles, humans can help one another, and all of nature. The evidence of sociobiology affirms that humans can shape a new rule of law for nature.

<sup>488</sup> ROBINSON, op. cit., p. 71. Tradução livre.

Any canon useful for the life of the law will grow out of the kinship that humans and nature share. The three legal principles here may provide humanity’s compass by which to navigate its – our – intergenerational travels through the Anthropocene.

<sup>489</sup> *Doctor Juris da Freie Universität Berlin; Professor de Direito Ambiental e Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL); colaborador do PPGD da Faculdade de Direito do Recife (UFPE); pesquisador bolsista do CNPq (nível IB); consultor da CAPES#.*

<sup>490</sup> KRELL, Andreas J. Informado pelo autor. In. . DINNEBIER, Flávia França (Org.) LEITE, José Rubens Morato (Org.). Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza - São Paulo : Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 38.

brasileiro, esclarece que a Constituição Federal apresenta-se para além do que o próprio país pode alcançar. Em suas palavras:

Uma boa parte das normas da Constituição brasileira está situada além de sua possível efetivação a curto e médio prazo, e serve mais como ponto de referência e de integração para os grupos sociais que reivindicam a sua realização no embate político. Muitos consideram as estruturas jurídicas do Estado como secundárias, enfatizando a importância das condições político-sociais para o funcionamento das instituições democráticas: a escandalosa distribuição de renda, o espírito cívico pouco desenvolvido e a participação política insuficiente, a qual, por sua vez, se deve à exclusão social de boa parte quanto a sua negação estavam e estão presentes na vida diária do país<sup>491</sup>.

Servindo mais como um ponto de referência e integração das normas no Brasil, adverte Krell que a Constituição Federal “afirmou expressamente a natureza do Estado, fixando princípios fundamentais que possuem uma função importante para a construção de uma ética social; tanto a sua presença quanto a sua negação estavam e estão presentes na vida diária do país”<sup>492</sup>.

Em suas palavras, a “cultura jurídica brasileira recepcionou o conceito germânico do Estado de Direito, o qual (ao contrário do *Rule of law* anglo-saxão) é caracterizado pela prevalência do Legislativo em relação ao Executivo e ao Judiciário”<sup>493</sup>.

De tal maneira observa o autor que:

O entendimento predominante de uma legalidade meramente formal foi substituído, a partir de 1988, pelo modelo teórico do Estado de Direito material que encontra a sua base não apenas na correta elaboração e promulgação das leis, mas na legitimidade substancial de suas normas, o que traz para a discussão aspectos adicionais como a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência. Essa concepção aposta no direcionamento material e na vinculação axiológica de todo poder estatal. Isto significa que, no Brasil, o princípio do Estado de Direito, com as suas regras concretizadoras, não representa tão só uma determinada ordem jurídica, mas estabelece uma tarefa para o próprio Estado<sup>494</sup>.

Ao relacionar a existência de um Estado ambiental de direito, ensina o professor que “riscos difusos como a energia nuclear, a pesquisa genética e as mudanças climáticas são capazes de levantar dúvidas sobre o funcionamento dos instrumentos representativo-democráticos do moderno Estado de direito”<sup>495</sup>.

---

<sup>491</sup> KRELL, Andreas J. O estado ambiental como princípio Estrutural da constituição Brasileira. In Dinnebier, Flávia França (Org.) LEITE. José Rubens Morato (Org.). Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza - São Paulo : Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. p. 39.

<sup>492</sup> KRELL, op. cit., p. 41.

<sup>493</sup> KRELL, op. cit., p. 41.

<sup>494</sup> KRELL, op. cit., p. 41.

<sup>495</sup> KRELL, op. cit., p. 44.

Dessa maneira, a situação de vida na Terra precisa ser reestruturada, o que significa que um “Estado ambiental, numa definição simples, é aquele que faz da incolumidade do seu ambiente a sua tarefa, bem como o critério e a meta procedimental de suas decisões, empenhando-se pelo equilíbrio entre as exigências sociais à natureza e a preservação das bases naturais da vida”<sup>496</sup>.

O autor delinea um cenário no qual as condições brasileiras parecem ser mais adequadas ao modelo do “Estado socioambiental”, “visto que está orientado simultaneamente às metas do bem-estar público até hoje pouco realizado e da proteção ambiental, também negligenciada”<sup>497</sup>.

Ainda que a “ordem jurídica contemporânea do Brasil obriga os diferentes níveis de governo a considerar mais intensamente os aspectos ecológicos na realização de projetos”<sup>498</sup>, no que concerne à efetividade destas considerações, depara-se muito mais com normas simbólicas e neste caso “o poder estatal finge que algo acontece em favor do meio ambiente, mas, ao mesmo tempo, acena em direção aos agentes econômicos diretamente atingidos, para que eles entendam que essa pretensa intenção, na verdade, também não é ‘tão séria assim’”<sup>499</sup>.

Partindo da premissa da não efetivação do Estado social, e da também não efetivação do Estado ambiental, para Krell, as ambições de ambos estão dispostas na Constituição Federal de 1988, e neste caso o Estado ambiental é constitucional, pelo disposto em seu artigo . 225. Observando que o próprio dispositivo proíbe o retrocesso ambiental.

Assinala o autor que existe uma função utópica importante na função simbólica e ideológica do Estado Ambiental que, por sua vez, não deve ser desmerecida, já que “estimula os poderes públicos e serve de incentivo para a opinião pública, para o desenvolvimento daquelas metas ainda não alcançadas e que contrastam com as realidades que se desejam superar”<sup>500</sup>.

De tal maneira, a “discussão sobre a formatação concreta de um Estado ambiental no Brasil ainda é incipiente, necessitando de aprofundamento teórico em vários aspectos, mormente no que diz respeito à questão de em que medida a tradição burocrática e institucional-política”<sup>501</sup> que se pode efetivar no país com a alteração significativa do conceito do Estado. Veja:

---

<sup>496</sup> KRELL, op. cit., p. 44.

<sup>497</sup> KRELL, op. cit., p. 45.

<sup>498</sup> KRELL, op. cit., p. 46.

<sup>499</sup> KRELL, op. cit., p. 47.

<sup>500</sup> KRELL, op. cit., p. 47.

<sup>501</sup> KRELL, op. cit., p. 52.

Assim, resta duvidoso até que ponto seria viável uma orientação dos órgãos estatais no sentido de uma maior proteção e prevenção em relação a riscos ecológicos ante a realidade de eleitores bastante passivos, da participação política pouco desenvolvida de boa parte da população e da permanência de uma casta de burocratas e tecnocratas que exerce efetivamente o poder estatal, mas cuja atuação, na realidade, está fora dos limites do controle democrático<sup>502</sup>.

Neste cenário, “a Constituição normativa e a empírica exercem um efeito mútuo: a pretensão normativa somente pode ser cumprida à medida que são realizados determinados fatores extrajurídicos”<sup>503</sup>. Com isso, “o próprio conceito de “Estado ambiental” retira a legitimidade das suas funções simbólicas, apelativas e conscientizadoras, além das normativas”<sup>504</sup> dispostas na Carta Magna.

Na visão de Canotilho, um dos expoentes do debate do Estado e do meio ambiente, é preciso mergulhar nas águas profundas para encontrar a discussão jurídica constitutiva desse Estado (Estado Ecologicamente Informado e Conformado) e dessa democracia (Democracia Adequada às exigências de desenvolvimento ambientalmente justo e duradouro).

Diante de diferentes posicionamentos, há diferentes olhares jurídicos: o postulado globalista, a perspectiva individualista, a perspectiva publicista, a perspectiva associativista, são algumas formas de pensar a vida e a sociedade que apresenta Canotilho.

Com relação ao postulado globalista, tem-se que “a proteção do ambiente deve ser feita em nível de sistemas jurídicos políticos, internacionais e supranacionais”<sup>505</sup> com o objetivo de efetivação dessa proteção em nível planetário.

Essa proposição remete, também, a uma responsabilidade que transcende as fronteiras dos países, sendo assim como a proteção global, “de estados, organizações, grupos, quanto às exigências de sustentabilidade ambiental” rumo a um “direito do ambiente mundial”<sup>506</sup>.

De tal maneira, a leitura globalista tem alicerce na compreensão do princípio da sustentabilidade ambiental e é dirigida para “aquilo que se passou a chamar problemas ecológicos de segunda geração (camada de ozônio, mudanças climáticas, biodiversidade)”<sup>507</sup>.

Essa forma de pensar os problemas ambientais<sup>508</sup> faz subsistir a dificuldade de dar contornos rigorosos ao conteúdo normativo essencial do princípio da sustentabilidade ambiental. Assim, a Conferência do Rio com a Agenda 21 e a Convenção do Clima, por

---

<sup>502</sup> KRELL, op. cit., p. 53.

<sup>503</sup> KRELL, op. cit., p. 53.

<sup>504</sup> KRELL, op. cit., p. 53.

<sup>505</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 496.

<sup>506</sup> Idem, p. 496.

<sup>507</sup> Idem, p. 497.

<sup>508</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 497.

exemplo, não resolveram o problema entre o norte-sul com relação ao desenvolvimento econômico e à sustentabilidade ambiental.

Pontua-se sobre o Estado Brasileiro por Bortoline e Ayala<sup>509</sup>, que existe uma “leitura coerente que se faz do discurso de uma Constituição que se diz compromissada com o desenvolvimento sustentável: permanente construção de um Estado com contornos de sensibilidade ecológica”<sup>510</sup>.

A proposta é exatamente uma leitura de integração, que se assemelha ao agir integrativo da administração pontuado por Canotilho, e que na visão dos autores citados não exclui a existência de conflitos “das múltiplas realidades e valores, entre os quais o ambiente”<sup>511</sup>.

[...] modelo de Estado Socioambiental afigura-se como o mais adequado para enfrentar os problemas ambientais da contemporaneidade. Por seu viés de integração entre direitos fundamentais e de aproximação de múltiplas realidades, sem implicar numa escolha de prevalência ou preponderância de qualquer delas, apresenta-se como o modelo estatal de maior sensibilidade e compatível com um projeto de vida digna e com qualidade às presentes e futuras gerações<sup>512</sup>.

No que diz respeito à aproximação jurídico-constitucional ao Estado Ecológico, assevera Canotilho a necessidade de uma visão integrativa do meio ambiente, da institucionalização dos deveres fundamentais ecológicos, do instituto do mandado de injunção ecológico e do agir integrativo da administração, os quais se abordam brevemente a seguir.

A visão integrativa de meio ambiente é um conceito que aparece, sobretudo na avaliação integrada do impacto ambiental, apontando para a “necessidade de uma proteção global e sistemática que não se reduza a defesa isolada dos componentes ambientais naturais ou dos componentes humanos”<sup>513</sup>.

Para a construção de um pensamento integrativo do meio ambiente, passamos de uma “compreensão monotemática para um entendimento multitemático que obriga uma ponderação ou balanceamento dos direitos e interesses existentes de uma forma substancialmente inovadora”<sup>514</sup>.

Ainda, no que diz respeito à visão integrativa de meio ambiente, há uma “necessidade de compatibilização dos instrumentos imperativos e cooperativos, da articulação de regras de

---

<sup>509</sup> BORTOLINI, Rafaela Emília. AYALA Patrick de Araújo. **O projeto de Estado Socioambiental de Direito.S/D.**

<sup>510</sup> Idem, p. 18/19.

<sup>511</sup> Idem, p. 18/19.

<sup>512</sup> Idem, p. 18/19.

<sup>513</sup> Idem.

<sup>514</sup> Idem. p. 500.

caráter jurídico e estritamente vinculadas ao princípio da legalidade”<sup>515</sup>. A proposta é sair de um sistema de fiscalização de polícia para uma tutela integral do meio ambiente, por meio de um sistema que esteja preocupado também com os resultados de suas ações e não apenas com parte delas.

Importante destacar que uma visão integrativa do meio ambiente requer uma reestruturação inclusive da atuação estatal, já que não se trata mais de fiscalizar e apenas policiar os perigos das instalações ou atividades, mas também de acompanhar todo o processo produtivo e de funcionamento sob um ponto de vista ambiental.

Por oportuno resgatar a questão da responsabilidade levantada por Leite e Ayala ao referirem o Estado de direito ambiental, já que, ambos os pensamentos exprimem a ideia da atuação na área ambiental ser seriamente encarada como dever de todos através do chamamento à responsabilidade<sup>516</sup>.

Precisa-se enfrentar, ainda, a questão da institucionalização da “problemática do sentido jurídico-constitucional dos deveres fundamentais ecológicos”<sup>517</sup>. Para Canotilho, o individualismo caracterizou-se pela existência de um debate acerca de um direito fundamental ao ambiente, já hoje em dia o debate gira em torno das questões comuns que seriam da comunidade humana, ou seja, um “comunitarismo ambiental” como o chamou.

Novamente o autor chama atenção para o fato de que a responsabilidade a ser avençada para essa proteção comum precisa também sê-lo, já que nessa linha de pensamento não se atribui ao indivíduo ou ao Estado a proteção ou a responsabilidade, mas à comunidade, formada por esses e por outros atores como as empresas, os organismos internacionais, e outros.

Assim, com tal narrativa pretende o doutrinador refletir que a existência de um dever fundamental ecológico carece de respaldo constitucional. E, quanto mais deveres são criados, maior o risco do Estado de direito converter-se em um “Estado de não direito”<sup>518</sup>.

É evidente que existe um dever fundamental ecológico, pois o debate acerca da proteção ambiental vem ocupando espaço na agenda política mundial, assim como localmente nas residências, empresas, universidades. Porém, não é imprescindível a positivação desse dever, sob pena de sua essência ser comprometida e do ordenamento jurídico sofrer consequências. Uma das alternativas apontadas para essa situação seria a utilização dos princípios do próprio direito ambiental (poluidor pagador, prevenção,

---

<sup>515</sup> Idem, p. 500.

<sup>516</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental**. 2014. p. 28.

<sup>517</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 502.

<sup>518</sup> Idem, p. 501.

proteção) que transparecem esse dever que está sendo analisado.

[...] como, quem e através de que processo ou procedimento se poderá recorrer aos tribunais para estes proferirem um mandado de injunção dirigido ao Estado no sentido de emanar normas, cuja omissão, nos casos assinalados de agressões irreparáveis ou ameaça de lesão se converte em ilícito normativo ambiental<sup>519</sup>.

O Estado constitucional ecológico terá “talvez de reconstruir os esquemas processuais de legitimação ativa nas ações de responsabilidade, mas parece seguro”<sup>520</sup> que:

- (1) em primeiro lugar, O Estado deve dinamizar ações de responsabilidade tendentes a garantir a reparação dos danos à biodiversidade e descontaminação das áreas poluídas, utilizando as verbas indenizatórias pagas pelos agentes lesivos;
- (2) em segundo lugar, abrir a possibilidade, pelo menos, às associações não governamentais de defesa do ambiente de agirem a título subsidiário quando o Estado não intervenha ou não atue de forma adequada<sup>521</sup>.

Ou seja, pode-se inferir que existem diferentes maneiras de se conversar sobre a responsabilidade, traduzidas por Canotilho como visão integrativa do meio ambiente, institucionalização dos deveres fundamentais ecológicos, instituto do mandado de injunção ecológico agir integrativo da administração.

Dizem respeito primeiramente ao dever humano de amor, que não precisaria e/ou deveria ser institucionalizado para não perder seu caráter “abstrato” da esfera do sentir e sentir-se. E que convoca os Estados internacionais, se reformula em Estado socioambiental e usa as ferramentas do Estado para dar conta da proteção ambiental de qualquer maneira.

A primeira questão diria respeito exatamente ao chamamento à responsabilidade. Um chamado vinculado ao dever de proteção ambiental com responsabilidade como humanidade de suas gerações passadas, presentes e futuras.

E a segunda se relaciona à emergência do Estado socioambiental que rompe com o instituto clássico da responsabilidade e dialoga com o que Freitas<sup>522</sup> propõem acerca da releitura do instituto em questão, afirmando que existe a necessidade de um Estado proativo que esteja à frente da ocorrência de um dano ambiental, por exemplo, que tenha responsabilidade de fato, não só em fazer cumprir a lei, mas em proteger e preservar.

Aqui reside um novo paradigma à sociedade do risco, que de acordo com o entendimento do autor colacionado a seguir, ajuda a elucidá-lo:

<sup>519</sup> Idem. p. 503.

<sup>520</sup> Idem, p. 506.

<sup>521</sup> Idem, p. 507/508.

<sup>522</sup> FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade Direito ao Futuro**, 2011.

É o momento de repensar a responsabilidade do Estado Sustentável, em sintonia com a noção de que o Estado existe para os direitos relativos à sustentabilidade, não o contrário. Existe para prevenir, não para chegar tarde. Existe para poupar e investir com impessoalidade, não para os caprichos das dominações emotivistas. Existe para promover o desenvolvimento durável, não para cultuar o crescimento hiperconsumista, a qualquer preço. Existe para a cidadania ativa e ativa, voltada para a sustentabilidade, não para a insaciabilidade que só faz enganar os consumidores vulneráveis das políticas públicas<sup>294</sup>.

É evidente que a proposição trazida neste momento quer informar acerca da sustentabilidade, e aqui também se pode constatar que existem nuances em um Estado que vem para propor uma ruptura com o crescimento desvinculado da proteção ambiental. Ao ser considerado um Estado forte e proativo também carrega o desejo de estar próximo, em essência, da preservação da natureza. Sim, o Estado Sustentável.

O Estado socioambiental pauta a existência de um novo Estado “surgido” no seio do Estado Social que foi promulgado com as constituições republicanas que conferiram direitos sociais, sem, contudo, garanti-los, e incluiu a preocupação com a natureza, mas também com a proteção dos povos originários. Por esse motivo, a terminologia escolhida no desenvolvimento do Estudo foi o Estado à proteção ambiental, no sentido que se quer tratar a proteção da natureza.

#### 4.2.4 A ecologia integral

A Ecologia Integral é um conceito muito mais amplo que as concepções ambientalistas de proteção ambiental, seja o Estado Ecológico, seja o Estado de Direito para a Natureza e ainda que o próprio Estado Socioambiental.

Isso se dá pelo fato de que o principal documento que relata a necessidade de uma Ecologia Integral ser de cunho religioso, carregado de fé, esperança e clamor: a Encíclica *Laudato Si*.

Na Carta Encíclica *Laudato Si'* sobre o Cuidado da Casa Comum, o Papa Francisco chama a coletividade a pensar e a agir em termos de proteção da Casa que abriga os seres, alertando para o mal que os humanos vêm causando ao que lhes foi gratuitamente concedido por Deus<sup>523</sup>.

Há no documento uma fundada crítica à apropriação da natureza e à mentalidade dirigida para uma autorização de saqueio desse bem comum, e como a violência do coração dos seres humanos pode ser verificada “no solo, na água, no ar e nos seres vivos”<sup>524</sup>, com a

<sup>523</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 2: AAS 107 (2015), p.3.

<sup>524</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 2: AAS 107 (2015), p.3.

afirmação de que nada que acontece ao Planeta pode ser indiferente ao homem, uma vez estabelecida sua dependência deste complexo sistema que mantêm a Terra.

O Pontífice, ao citar outras encíclicas escritas por seus predecessores, reconhece que naqueles documentos havia um forte clamor para uma preocupação com o desenvolvimento preocupado com a natureza, a exemplo da primeira encíclica de São João Paulo II, e das reflexões do Papa Bento XVI<sup>525</sup>.

Assim, as contribuições avançadas em documento anteriores, a bem da verdade, “recolhem a reflexão de inúmeros cientistas, filósofos, teólogos e organizações sociais que enriqueceram o pensamento da Igreja sobre estas questões”<sup>526</sup>.

Ao retomar as contribuições do Patriarca Ecuménico Bartolomeu, pontua o Papa a responsabilidade de cada um para com Planeta, bem como o chamamento “para as raízes éticas e espirituais dos problemas ambientais, que nos convidam a encontrar soluções não só na técnica, mas também numa mudança do ser humano; caso contrário, estaríamos a enfrentar apenas os sintomas”<sup>527</sup>.

Com relação aos ensinamentos de São Francisco de Assis, remonta Francisco o seu cuidado com o que é frágil, na visão de uma ecologia integral que “requer abertura para categorias que transcendem a linguagem das ciências exactas ou da biologia e nos põem em contacto com a essência do ser humano”<sup>528</sup>.

O apelo de Francisco retrata um desafio urgente de proteção da Casa Comum, com o lançamento do convite “a renovar o diálogo sobre a maneira como estamos a construir o futuro do planeta. Precisamos de um debate que nos una a todos, porque o desafio ambiental, que vivemos, e as suas raízes humanas dizem respeito e têm impacto sobre todos nós”<sup>529</sup>.

Ao relatar o que está acontecendo à nossa Casa, no capítulo I da Encíclica, elabora-se sobre:

A contínua aceleração das mudanças na humanidade e no planeta junta-se, hoje, à intensificação dos ritmos de vida e trabalho, que alguns, em espanhol, designam por *fd* «rapidación». Embora a mudança faça parte da dinâmica dos sistemas complexos, a velocidade que hoje lhe impõem as acções humanas contrasta com a lentidão natural da evolução biológica. A isto vem juntar-se o problema de que os objectivos desta mudança rápida e constante não estão necessariamente orientados para o bem comum e para um desenvolvimento humano sustentável e integral. A mudança é

<sup>525</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 3/4/5/6: *AAS* 107 (2015), p.4.5.6.

<sup>526</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 7: *AAS* 107 (2015), p. 7.

<sup>527</sup> *Vision and Initiatives of Ecumenical Patriarch Bartholomew*. Apud Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 8/9: *AAS* 107 (2015), p. 8. 9.

<sup>528</sup> Tomás de Celano, *Vita prima di San Francesco*, XXIX, 81: *Fonti Francescane*, Apud, Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 10/11/12: *AAS* 107 (2015), p. 10.11.12.

<sup>529</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 13/14/15: *AAS* 107 (2015), p. 12.13.14.15.

algo desejável, mas torna-se preocupante quando se transforma em deterioração do mundo e da qualidade de vida de grande parte da humanidade<sup>530</sup>.

Dessa forma, a confiança irracional no progresso possibilitou que uma parcela da sociedade em tempo atual encontre na conscientização “uma crescente sensibilidade relativamente ao meio ambiente e ao cuidado da natureza, e cresce uma sincera e sentida preocupação pelo que está a acontecer ao nosso planeta”<sup>531</sup>.

Quanto à poluição e às mudanças climáticas, tem-se na Encíclica a relação da poluição com a degradação da qualidade de vida e com a condição de degradação ambiental experimentada pelo alto índice da atividade humana sobre a Terra, via atividade de descarte, o sistema industrial e sua capacidade de absorção de seus resíduos, e nos seus sistemas, diante da complexidade destes e dos impactos da poluição nos mesmos<sup>532</sup>. Apresenta também o clima como um bem comum caracterizado por um “sistema complexo, que tem a ver com muitas condições essenciais para a vida humana”<sup>533</sup> discorrendo que:

Há um consenso científico muito consistente, indicando que estamos perante um preocupante aquecimento do sistema climático. Nas últimas décadas, este aquecimento foi acompanhado por uma elevação constante do nível do mar, sendo difícil não o relacionar ainda com o aumento de acontecimentos meteorológicos extremos, embora não se possa atribuir uma causa cientificamente determinada a cada fenómeno particular. A humanidade é chamada a tomar consciência da necessidade de mudanças de estilos de vida, de produção e de consumo, para combater este aquecimento ou, pelo menos, as causas humanas que o produzem ou acentuam. É verdade que há outros factores (tais como o vulcanismo, as variações da órbita e do eixo terrestre, o ciclo solar), mas numerosos estudos científicos indicam que a maior parte do aquecimento global das últimas décadas é devida à alta concentração de gases com efeito de estufa (anidrido carbónico, metano, óxido de azoto, e outros) emitidos sobretudo por causa da actividade humana. A sua concentração na atmosfera impede que o calor dos raios solares reflectidos pela terra se dilua no espaço. Isto é particularmente agravado pelo modelo de desenvolvimento baseado no uso intensivo de combustíveis fósseis, que está no centro do sistema energético mundial. E incidiu também a prática crescente de mudar a utilização do solo, principalmente o desflorestamento para finalidade agrícola<sup>534</sup>.

Assim como a questão da poluição, as mudanças climáticas são um problema global que implicam no meio ambiente, na sociedade, na economia, na política, sendo um desafio tal situação<sup>535</sup>. Neste cenário a despreocupação dos abastados detentores de poder por sua condição de “superioridade” é mais um elemento de preocupação, vez que, em suas ações

<sup>530</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 18: *AAS* 107 (2015), p. 17.18.

<sup>531</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 19: *AAS* 107 (2015), p. 18.

<sup>532</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 20/21/22: *AAS* 107 (2015), p. 20.21. 22.

<sup>533</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 23: *AAS* 107 (2015), p. 20/21.

<sup>534</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 23: *AAS* 107 (2015), p. 20.

<sup>535</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 25: *AAS* 107 (2015), p. 22.

apenas preocupam-se em mascarar o impacto de suas atividades na salubridade ambiental<sup>536</sup>. Sobre a superação desse cenário afirma o Pontífice, como segue.

Por isso, tornou-se urgente e imperioso o desenvolvimento de políticas capazes de fazer com que, nos próximos anos, a emissão de anidrido carbónico e outros gases altamente poluentes se reduza drasticamente, por exemplo, substituindo os combustíveis fósseis e desenvolvendo fontes de energia renovável<sup>537</sup>.

No diploma eclesiástico há uma preocupação com a condição da água do planeta, diante de sua escassez já presente em algumas regiões, a poluição dos recursos hídricos, os potenciais conflitos pelo controle da água que se aproximam e o aumento do custo dos alimentos. Há uma reflexão a respeito da perda da biodiversidade, de como os recursos do planeta e seus sistemas estão se esvaindo aos olhos de toda a extinção de espécies e a contaminação de habitats. Com isso apresentasse, como segue.

O cuidado dos ecossistemas requer uma perspectiva que se estenda para além do imediato, porque, quando se busca apenas um ganho econômico rápido e fácil, já ninguém se importa realmente com a sua preservação. Mas o custo dos danos provocados pela negligência egoísta é muitíssimo maior do que o benefício econômico que se possa obter. No caso da perda ou dano grave de algumas espécies, fala-se de valores que excedem todo e qualquer cálculo. Por isso, podemos ser testemunhas mudas de gravíssimas desigualdades, quando se pretende obter benefícios significativos, fazendo pagar ao resto da humanidade, presente e futura, os altíssimos custos da degradação ambiental<sup>538</sup>.

No que tange ao enfrentamento destes dilemas assevera Francisco, observando as condições de desigualdades entre os povos da Terra, e a despreocupação com a pobreza crescente do mundo globalizado indiferente tanto as pessoas quanto a Casa Comum, que o “problema é que não dispomos ainda da cultura necessária para enfrentar esta crise e há necessidade de construir lideranças que tracem caminhos, procurando dar resposta às necessidades das gerações actuais, todos incluídos, sem prejudicar as gerações futuras”<sup>539</sup>.

Neste mesmo sentido é necessário e “indispensável criar um sistema normativo que inclua limites invioláveis e assegure a protecção dos ecossistemas, antes que as novas formas de poder derivadas do paradigma tecno-económico acabem por arrasá-los não só com a política, mas também com a liberdade e a justiça”<sup>540</sup>.

<sup>536</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 26: *AAS* 107 (2015), p. 24.

<sup>537</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 26: *AAS* 107 (2015), p. 24.

<sup>538</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 36: *AAS* 107 (2015), p. 30.

<sup>539</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 53: *AAS* 107 (2015), p. 43.

<sup>540</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 53: *AAS* 107 (2015), p. 43.

Francisco externa uma preocupação com “a fraqueza da reacção política internacional. A submissão da política à tecnologia e à finança demonstra-se na falência das cimeiras mundiais sobre o meio ambiente”<sup>541</sup>. Sobre isso segue.

Há demasiados interesses particulares e, com muita facilidade, o interesse económico chega a prevalecer sobre o bem comum e manipular a informação para não ver afectados os seus projectos. Nesta linha, o *Documento de Aparecida* pede que, « nas intervenções sobre os recursos naturais, não predominem os interesses de grupos económicos que arrasam irracionalmente as fontes da vida. A aliança entre economia e tecnologia acaba por deixar de fora tudo o que não faz parte dos seus interesses imediatos. Deste modo, poder-se-á esperar apenas algumas proclamações superficiais, acções filantrópicas isoladas e ainda esforços por mostrar sensibilidade para com o meio ambiente, enquanto, na realidade, qualquer tentativa das organizações sociais para alterar as coisas será vista como um distúrbio provocado por sonhadores românticos ou como um obstáculo a superar»<sup>542</sup>.

Nota-se que o pontífice aponta para um avanço na área política que esteja tanto para o Meio Ambiente quanto para os seres humanos, como que rompendo o paradigma o desenvolvimento impulsionado pelo mercado, que desconsidera todas as inter-relações envoltas na vida da Casa Comum, reconhecendo a importância que cada ser vivo tem no espaço comum que se ocupa. A dimensão da crise ambiental em suas palavras tem origem nas relações dos seres humanos para com eles e para com o todo que o cerca, assim a visão de apropriação, de uso e gozo dos recursos naturais precisa revestir-se em responsabilidade da comunidade global, por meio de seus instrumentos jurídicos e políticos, precisando reavivar na coletividade o sentimento de pertença por algo maior que sua apequenada existência.

#### 4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NOVAS PROPOSTAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

A primeira proposta apresentada de proteção ambiental estatal foi o Estado Socioambiental, o objeto jurídico desse Estado é o alcance do princípio da dignidade humana; considerando que o Estado Social ficou em débito na proposição de garantia de direitos que estabelecera, tendo em vista a necessidade “atual” de proteção da natureza, por parte do Estado, a proposição teórica é uma conjugação dos objetivos do Estado Social com a ideia de proteção ambiental estabelecida pelo art. 225 da Constituição Federal. Assim uma dimensão ecológica e uma dimensão social formariam um novo instituto jurídico lastreado na dignidade humana, com carácter antropocêntrico.

Ao analisar a temática, da justiça ambiental Fensterseifer relaciona a justiça

<sup>541</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 54: *AAS* 107 (2015), p. 43/44.

<sup>542</sup> Carta enc. *LAUDATO SI'* (24 de Maio de 2015), 54: *AAS* 107 (2015), p. 43/44.

distributiva (ver p. 85).

A luz do entendimento de Fraser<sup>543</sup> que questiona os efeitos da globalização sobre a política há uma discussão sobre a justiça que se quer retratar.

Sugere a autora que um dos traços que define a globalização é “a politização generalizada da cultura, especialmente nas lutas pela identidade e diferença – ou, como passarei a designá-las, as lutas pelo reconhecimento – que explodiram nos últimos anos”<sup>544</sup>. O segundo traço dessa construção retrata a participação encarado pela autora como o “o risco da actual centralidade da política cultural, que está a reificar as identidades sociais e a fomentar um comunitarismo repressivo”<sup>545</sup>. A proposta de neutralização de tal risco para Fraser está em:

[...] uma concepção não-identitária do reconhecimento adequada à globalização, uma concepção que promova a interação entre as diferenças e que estabeleça sinergias com a redistribuição. Em terceiro e último lugar, examinarei o risco de a globalização estar a subverter as capacidades do Estado para reparar ambos os tipos de injustiça. A fim de neutralizar este risco, proporei uma concepção múltipla de soberania que descentre o enquadramento nacional. Em cada um dos casos, as concepções propostas assentam em potencialidades emancipatórias que estão a despontar na actual constelação<sup>546</sup>.

Caracterizado pela autora como o *problema da substituição*, em que as demandas por distribuição (justiça distributiva) passam a ser demandas por reconhecimento, a proposta de Fraser é olhar para a justiça analisando tanto a distribuição quanto o reconhecimento, não com a intenção de substituir a primeira pela segunda, mas entender cada uma destas demandas fazem parte da justiça social<sup>547</sup>.

Outro problema tratado por ela diz sobre a *reificação*, no qual o aumento “da interação e comunicação transculturais”<sup>548</sup> no cenário de globalização acabam por não fomentar “a interação e o respeito entre diferenças em contextos cada vez mais multiculturais, mas tendem antes a encorajar o separatismo e a formação de enclaves grupais, o chauvinismo e a intolerância, o patriarcalismo e o autoritarismo”<sup>549</sup>. Para superar este problema propõe Fraser “uma concepção do reconhecimento baseada no estatuto que não conduz a uma política de identidade”<sup>550</sup>.

O *problema do enquadramento desajustado* é a terceira ameaça a justiça social tratado

<sup>543</sup>FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 63, Outubro 2002: p. 8.

<sup>544</sup>FRASER, op. cit., p. 8.

<sup>545</sup>FRASER, op. cit., p. 10.

<sup>546</sup>FRASER, op. cit., p. 10.

<sup>547</sup>FRASER, op. cit., p. 11.

<sup>548</sup>FRASER, op. cit., p. 14.

<sup>549</sup>FRASER, op. cit., p. 14.

<sup>550</sup>FRASER, op. cit., p. 20.

por Fraser que diz respeito a reivindicação participatória sem paridade, “ao impor à força um enquadramento nacional a processos que são inerentemente transnacionais”<sup>551</sup>. A proposta para superar essa questão uma “concepção de soberania de múltiplos níveis que descentra o enquadramento nacional”<sup>552</sup>.

Vê-se que a justiça ambiental pensada à luz da distribuição desigual dos efeitos do problemas ambientais precisa continuar sendo elaborada, de maneira a considerar os aspectos tratados acima no sentido de tornar claro sobre o que se trata essa justiça, e em que aspectos ela contribui para a busca de uma justiça distributiva.

A democracia sustentada aparece como um pilar de sustentação da forma de organização do Estado, o objeto jurídico apresentado é um Estado ecologicamente informado e conformado com olhar à democracia preocupada com as exigências de desenvolvimento sustentável.

A proposta do Estado de Direito Ecológico tem seu objeto jurídico vinculado ao antropoceno; existem mudanças no ecossistema terrestre patrocinadas pelos homens, e existe a necessidade de provocar mudanças neste cenário. Este Estado é, então, o conjunto de normas, princípios e estratégias jurídicas necessárias para garantir a prestação de um conjunto de condições de funcionamento do sistema terrestre. Este Estado precisa considerar o que diz a ciência para elaborar sua legislação ambiental, adotando uma visão jurídica global, encarar os problemas em escalas internacionais, considerar o planeta patrimônio mundial.

A justiça entre nações, cidadãos, gerações e entre as espécies precisa se impor com força jurídica de obrigações vinculadas a resultado. O reconhecimento das fronteiras terrestres coloca o dilema do desenvolvimento e da sustentabilidade, e a hierarquia conceptiva e interpretativa das leis as coloca a serviço da degradação ambiental. De maneira que um processo que começa com o compromisso normativo fundamental e objetivos sérios de implementação em todos os níveis legislativos é, assim, a substituição do reducionismo para o expansionismo ecológico. De tal sorte, é necessária a criação de uma norma básica, que respeite os limites ecológicos e que tenha alicerce em ditames da razão e aceitação geral.

Sobre o objeto jurídico do Estado de Direito Ecológico (consultar p. 90/91) é preciso considerar que Paul Crutzen, em 2000 no México em uma reunião do Programa Internacional de Geosfera e Biosfera, foi quem popularizou o termo para referir-se a uma nova era

---

<sup>551</sup> FRASER, op. cit., p. 17.

<sup>552</sup> FRASER, op. cit., p. 20.

geológica emergente<sup>553</sup>. Desde aí a discussão foi se aquecendo e hoje diversos profissionais dos mais variados campos científicos debatem a questão.

Foi criado em 2008 um “grupo de trabalho (*Anthropocene Working Group*) para discutir o Antropoceno como parte da Subcomissão de Estratigrafia do Quaternário. Este grupo é vinculado à Comissão Internacional de Estratigrafia (ICS)<sup>554</sup> Essa comissão é “responsável pela aceitação ou não de mudanças na Carta Estratigráfica Mundial”<sup>555</sup>, que trata sobre as épocas geológicas, e precisa ser “ratificada pelo Comitê Executivo da União Internacional das Ciências Geológicas (IUGS)”<sup>556</sup>.

A “questão da humanidade como agente geológico é a questão de fundo da discussão do Antropoceno”<sup>557</sup>, que de alguma maneira encontrou muito mais receptividade no campo de estudo que o próprio Holoceno. Sobre isso:

A definição de um tempo “humano”, onde a humanidade seria o agente determinante, foi um tema sempre colocado pelos geocientistas. Desde o princípio da caracterização da coluna estratigráfica padrão, vários nomes foram propostos. Conceitos como Holoceno, Antropozóico, Psicozóico, entre outros, foram aplicados no sentido de reconhecer a ação humana sobre a natureza numa escala até então não percebida pelos agentes científicos, sociais e políticos. No entanto, estes nomes tiveram pouca ou quase nenhuma aceitação pela comunidade científica. O conceito de “Recente”, proposto informalmente por Lyell, foi aplicado até meados do século XX. O Holoceno, por conta de sua indefinição conceitual, sempre apresentou sérias dificuldades de aceitação pela comunidade geocientífica. Talvez tenha sido esse o motivo de tantas proposições de nomes alternativos ao longo do tempo<sup>558</sup>.

É razoável pensar na interferência da atividade humana sobre o planeta, mas não se pode, ainda, considerar o antropoceno uma nova era geológica, por que formalmente não há essa afirmativa pela sociedade estratigráfica.

De acordo com Latour se pode, sem correr o risco de prejudicar a ideia do antropoceno, tratar sobre uma perspectiva filosófica e teológica que são aportes do termo caracterizado por sua hibridez<sup>559</sup>.

Sobre o Estado de Direito Ecológico, o último aspecto que se quer tratar se refere a sobre o direito como um instrumento de mudança social tratado por Aragão (ver p. 92).

<sup>553</sup> ZALASIEWICZ, Jan. **Ciência e sociedade do Antropoceno: Transição a partir do Holoceno**. Trad. Amin Simaika. Disponível em: <https://www.comciencia.br/ciencia-e-sociedade-do-antropoceno-transicao-partir-do-holoceno/>.

<sup>554</sup> PICANÇO, Jefferson. MESQUITA, Maria José. **Uma breve história do tempo geológico: a questão do Antropoceno**. Disponível em: <http://climacom.mudancasclimaticas.net.br/uma-breve-historia-do-tempo-geologico-a-questao-do-antropoceno/>.

<sup>555</sup> idem.

<sup>556</sup> idem.

<sup>557</sup> idem.

<sup>558</sup> Idem.

<sup>559</sup> LATOUR, Bruno. **Para distinguir amigos e inimigos no tempo do Antropoceno**. Revista de antropologia, São Paulo. USP. 2014, v. 57 n° 1. p. 13.

Paolo Grossi entende que o direito nasceu “com o homem e para o homem, incidivelmente coligado as vicissitudes humanas no espaço e no tempo”<sup>560</sup>. Para o autor o direito exprime a sociedade e não o Estado. Elabora ele que o “direito não é necessariamente coligado a uma entidade social e politicamente autorizada, não tem como ponto de referência necessário aquele formidável aparato de poder que é o Estado moderno”<sup>561</sup> em realidade a história ostenta o “monopólio do direito operado pelo Estado”<sup>562</sup>, mas o direito existe independente disso, por que ele está na sociedade.

O ponto de referência necessário do direito é somente a sociedade, a sociedade como realidade complexa, articuladíssima, com a possibilidade de que cada uma das suas articulações produza direito, inclusive a fila diante da repartição pública. Não é um esclarecimento banal; ao contrário, ele subtrai o direito da sombra condicionante e mortificante do poder e o restitui ao seio materno da sociedade, que o direito é então chamado a exprimir<sup>563</sup>.

Quando se trata por ordenamento do social quer se falar em organização em dois aspectos: “o direito organiza o social, coloca ordem no desordenado conflito que ferve no seio da sociedade; é antes de tudo *ordenamento*”<sup>564</sup>; mas também “organização é antes de tudo coexistência de sujeitos diferentes que, ainda que conservem as características das suas próprias diversidades, estão coordenados num escopo comum”<sup>565</sup>.

Pode-se caracterizar um equívoco a ideia de que o direito molda e transforma o social, esse é um movimento inverso por que o entendimento que se mantêm é que a sociedade ou seja o social molda e transforma o direito.

A ideia de Estado ecológico se insere na perspectiva de que o direito transforma o social, talvez seja por isso que a proposta para a superação dos dilemas ambientais seja a criação de mais legislação, em um descompasso com a discussão que a sociedade vem enfrentando no sentido de fazer cumprir a legislação já existente.

A proposta do Estado de Direito para a Natureza tem como objeto jurídico a sustentabilidade ambiental em longo prazo. Existindo uma dimensão ética no cenário de agravamento das condições de salubridade ambiental, o Estado de Direito é um pré-requisito para gestão da natureza e dos recursos naturais. Há aqui, também, uma extensão dos direitos dos seres humanos para a natureza e para os valores naturais. Esta linha de pensamento também discorre que é necessário visualizar uma ordem humanamente significativa dentro de

<sup>560</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. RJ - Florense. 2006. p. 8.

<sup>561</sup> Idem. p. 11.

<sup>562</sup> Idem. p. 11.

<sup>563</sup> Idem. p. 11.

<sup>564</sup> Idem. p. 12.

<sup>565</sup> Idem. p. 13.

uma ordem natural, de modo que a mitigação, adaptação e sofrimento podem ser uma face distinta da cooperação, biofilia e resiliência, de maneira que seria mais fácil organizar a proteção da natureza como necessidade, a simplesmente vê-la ruir.

A proposta do Estado Ambiental de Direito diz que o estado ambiental é o princípio estrutural da Constituição brasileira, de modo que as questões ambientais e seu lugar na governança garantem a discussão central. Pode-se dizer que o Estado Ambiental é uma ordem jurídica simbólica, uma vez que pouco se auferir seu desdobramento em proteção real, cumprindo uma função ideal do Estado brasileiro, e também ideológica, no sentido da defesa de um projeto de organização social que considere a proteção ambiental.

Já a proposta da Ecologia Integral é a mais completa de todas as propostas, com uma carga religiosa muito significativa, tendo a concepção da terra como mãe de todas as criaturas, visualiza na harmonia do ser humano com a natureza sua realização, colocando para atuar nos rumos da sociedade, além dela mesma, as nações, o corpo internacional dos países, as pessoas, as empresas, os estudiosos... Considera a existência digna como pressuposto do avanço da política estatal protetiva ao meio ambiente, propõe a superação da política do mercado e a valorização do ser humano, questiona a pobreza crescente e acelerada e esclarece que nem todos estão no mesmo momento civilizatório, apelando para uma alteração do rumo deste cenário.

## 5. CONCLUSÕES

O presente estudo foi realizado com o objetivo de elaborar sobre o Estado a partir de uma perspectiva histórica e doutrinária, no sentido de discorrer sobre a proposta do Estado de Direito à proteção ambiental, identificando as bases estruturantes de propostas que tratam sobre a natureza e a proteção ambiental oferecida pelo Estado.

O Estado institucional é moderno, e não renascentista. O Estado Liberal se caracteriza como a submissão do império à lei, com expressão na divisão de poderes, e a garantia de direitos individuais, e é aqui o ponto comum com o Estado de Direito, que se altera conforme a época, mas que subsiste. Já que os direitos fundamentais são o verdadeiro fim da limitação jurídica do Estado.

No Estado Social, a prestação positiva por meio da intervenção do Estado na economia carrega um papel mitigador dos conflitos sociais acentuados pelo liberalismo (como a pobreza, por exemplo). Assim, os direitos sociais conformam-se em obrigações jurídicas, mas que, por óbvio, precisam conversar com a necessidade e a possibilidade de efetivação, haja vista o princípio da proibição do retrocesso e a reserva do possível.

O Estado e o Direito guardam raízes históricas assim, o *Rechtsstaat* alemão, o *Rule of law* inglês, e o *Etat de droit* francês se consolidaram como as três correntes de pensamento jurídico do Estado que deram origem ao Estado de direito.

Pode-se dizer que o Estado de direito alemão é marcado pela tendência de confundir-se com o respeito à legalidade formal, já que a autolimitação imposta à administração na Alemanha colocou o Direito no campo exclusivo do Estado, gerando uma especificidade nesta relação.

Já o *Rule of law* britânico contou com o domínio da lei para a garantia das liberdades do indivíduo, via revolução gloriosa. Assim, o direito originário como ordem objetiva na qual todos buscam proteção encontra matriz na *Common law* em que ganha relevo o direito proclamado pelas Cortes.

O *État de droit* francês nasce, por sua vez, para combater o sistema do Estado legal e, na tentativa da proteção dos direitos dos cidadãos, age em seu próprio interesse. Aqui o Estado também se submete a regulamentos, mas se subordina a uma Constituição.

O caso do *Rule of law* inglês é particular no sentido de que lá a limitação do poder do Estado estava dirigida para o reconhecimento dos direitos e liberdades individuais.

A superveniência da Declaração de Direitos do Homem manifestou-se como: a) máxima abstrata, no sentido de precisar de disposição legal para serem postos em prática, uma

vez que são destituídos de sanção jurídica; e b) valor jurídico supremo, tanto em relação à lei, como à Constituição.

No caso do Estado Democrático, a legitimidade democrática passa de pressuposto do poder legislativo para ser estrutura do Estado e alavancar a ideia de participação popular, representação e garantia dos particulares contra o poder do Estado.

Assim, o Estado social e democrático de direito – de concepção unitária – carrega três elementos: a) o objetivo da limitação do Estado é a proteção dos direitos fundamentais; b) a intenção de realização material (alta carga axiológica) ocupa o cerne da dimensão social do Estado de direito; e c) a redução formalista do Estado de direito frente ao reconhecimento da autonomia individual e dos direitos fundamentais como força que se impõe materialmente ao próprio poder constituinte originário.

Pode-se, então, constatar que, embora seja comum identificar as propostas de Estado para a natureza de maneira a generalizá-las, há diferenças em suas bases estruturantes que merecem ser tratadas.

Destaca-se que é semelhante em todas as propostas à proteção ambiental a característica do apreço à lei (instrumentos legais) como forma de superação dos problemas ambientais. A que mais acentua esse aspecto é a proposta do Estado ecológico de direito.

*Oikos*, que significa casa, e *logos*, que quer dizer estudo são expressões gregas que formam a ecologia. Com o tempo, a ecologia tornou-se parte da biologia e passou a dar corpo a uma ciência que trata a relação dos seres vivos com o meio ambiente. É curioso pensar que a ecologia, como uma ciência bastante peculiar, elabora sobre uma visão sistêmica, na qual precisam ser considerados aspectos precisos que envolvem os diferentes ecossistemas do sistema terrestre ao passo que o Estado ecológico de direito opera por meio da lei de proteção ambiental, simplificando a carga axiológica do termo.

Para além disso, leis, de maneira geral, não alcançam um objetivo específico, senão a observação e a aplicação das leis é que garantem que o objetivo da lei seja alcançado. Em termos de proteção ambiental a edição de uma lei, por diversos fatores, não garante a proteção da natureza, assim como dizer Estado Ecológico não garante que este Estado tenha contornos de ecologia, que considere a relação dos seres vivos com o meio ambiente e suas interações.

Para elucidar a simplicidade dessa proposição pode-se utilizar como exemplo o Direito de Família: cada núcleo familiar tem sua própria maneira de ‘regular-se’, de modo que, a prestação jurídica alcançada por meio de tutela jurisdicional, principalmente nos divórcios litigiosos, encontrou como baliza o melhor interesse do menor. Algumas vezes se profere uma

decisão acertada, e em outras inúmeras não. Porque a família conforma-se de um sistema, e lá os sentimentos vão e vem, mas não é por isso que não existe uma obrigação material com o menor. Na família, de jeito ou outro, o menor terá suas necessidades atendidas, e isso independe de tutela jurisdicional, por que o dever alimentar pode ser decretado, mas a fome é o alimento que sacia.

Só que a natureza não tem garantia de proteção, por mais que haja conflitos de interesse que passem pela tutela jurisdicional, o poder econômico exercido por grandes exploradores ambientais impede inclusive que a família “povos originários” possa tratar e cuidar de suas necessidades.

Dessa forma, a ideia de um sistema global de proteção ambiental que considere o meio ambiente como patrimônio da humanidade desconsidera o percurso histórico que levou ao atual estado de coisas em matéria ambiental, e os interesses que existem sobre os recursos dos países em desenvolvimento: a maior quantidade de recursos naturais existentes no mundo se encontra nos países de terceiro mundo, é óbvio que esta ideia pressupõe uma postura intervencionista que colide com a ideia de soberania nacional.

Se o desaparecimento do poder soberano está vinculado ao desaparecimento do próprio Estado (uma vez que a soberania muitas vezes se apresenta como uma característica do poder do Estado e muitas vezes como qualidade desse poder), um sistema global de proteção ambiental exigiria, por óbvio, uma espécie de titular de direitos que inexistente. Não há um sujeito de direitos em matéria de meio ambiente e, se houvesse, não poderia ser chamado de Estado.

Os países colonizadores, que hoje constituem a maior parte dos países considerados de primeiro mundo, com alto grau de desenvolvimento socioeconômico, foram responsáveis pela subalternização de países subdesenvolvidos. No contexto em que se observam empresas, públicas e privadas, predatórias da natureza nesses territórios, o futuro de um Estado de direito ecológico é apresentado como um Estado global informado pela ecologia. Entretanto, esse Estado de Direito Ecológico será comandado por quem? Qual será o poder de defesa do cidadão e dos grupos sociais frente à formação de uma organização que nasce “global” para defender, quiçá, recursos geograficamente localizados que constituem o foco principal do interesse das grandes potências e do capital privado?

A pretensão desta reflexão não é contrariar a ideia do Estado ecológico, e sim questionar a ausência de problematização sobre o significado econômico e político do conceito: por detrás das decisões em matéria de meio ambiente, diversos poderes e interesses

operam, exatamente da mesma forma como no tempo em que a finitude dos recursos naturais ainda não era assunto central da diplomacia internacional. Se existe um botão que pode ser acionado para dirigir uma guerra, com toda a certeza os países de terceiro mundo, embora detentores de muitos recursos naturais, não serão os beneficiários, nem seu povo – assim como não o foram em tantas outras situações.

É de certa forma surpreendente perceber que, no âmbito internacional, cinquenta anos de legislação ambiental não fizeram muita diferença. Mas o desencanto é na verdade perceber que a proposta para superar esse dilema é a produção de mais legislação, sem que os padrões insustentáveis de produção e consumo sejam de fato questionados.

A proposta do Estado de direito para a natureza retratou a implicação ética da proteção ambiental e firmou que os seres humanos são a ferramenta de concepção desse Estado utilizando-se de um conceito chamado *biofilia*. A biofilia trata da condição humana de saber que seu prazer é dependente das condições naturais, a exemplo da preservação de áreas de lazer com bastante natureza, o contrário de biofilia é necrofilia, em poucas palavras prazer com a vida, e prazer com morte.

Ao partir da premissa que o interesse de proteção ambiental é uma necessidade vinculada à preservação da vida humana na Terra, de modo que a biofilia pode estar no subconsciente da elegância de um parque ecológico, mas o que move a proteção ambiental não é o amor pela natureza, é o ‘amor’ pela existência.

O Estado ambiental de direito tratado neste estudo é uma proposta brasileira que sobre o papel que cumpre a proteção ambiental dentro da Constituição Federal de 1988. Afirmam os teóricos que existe um caráter simbólico no direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado reconhecendo que embora seja bastante difícil alcançar tal patamar, tê-lo na constituição aufere preocupação do Estado em mover-se nesse sentido.

Vê-se uma difusão ampla de tal ideia de modo que, inclusive nos escritos de outros doutrinadores ambientalistas, estão os brasileiros como referência de elaboração. Essa proposta trata a sustentabilidade como um de seus objetivos, embora não dê contornos de como as ferramentas de proteção ambiental brasileiras se colocarão contra o projeto de desenvolvimento neoliberalista em aplicação no país, com o avanço do monocultivo, do uso irrestrito de agrotóxicos, da permissividade da utilização dos transgênicos com a apropriação e destruição dos recursos naturais e a proporção dos desastres ambientais que vêm sendo enfrentados.

Ao passo que a ciência avança na tentativa de manutenção da vida na Terra, com estudos ambientais, jurídicos e altos estudos tecnológicos de engenharia refinada como exemplo dos refletores solares em experimento, é necessário constatar que a operabilidade de uma constituição está vinculada a práticas políticas concretas. A uma racionalidade determinada.

E para finalizar a parte das propostas sustenta-se que a Ecologia integral proposta pela *Laudato Si* é a mais completa das propostas de proteção ambiental. Embora não trate especificamente de uma nova forma de Estado, trata a partir da ideia de uma nova forma de organização social global que considere os menos favorecidos, que permita que todos possam coexistir com dignidade, que traz o homem como responsável e executor de políticas ambientais protetivas, mas que têm na natureza a noção de mãe dos povos e das criaturas e das espécies. Evidentemente, isso não resolve, por si só, o problema da soberania e a questão da própria existência do Estado. Entretanto, no plano deontológico a formulação do documento toca em aspectos centrais da proteção ambiental e suas limitações históricas.

Em tom de clamor, o Papa Francisco ilumina com ternura a tristeza do desenvolvimento à custa da devastação e chama a cuidar da casa comum. É evidente que a *Laudato Si* não é um documento jurídico, não tem força vinculativa, nem caráter de lei, e talvez seja por isso que nesse documento encontram-se repetidas críticas aos sistemas econômicos em tom de enfrentamento da realidade dos marginalizados da história do “desenvolvimento”. É preciso elaborar estas ideias sob o ponto de vista doutrinário, legislativo e jurisprudencial, mas têm-se aqui um importante cabedal de princípios.

Sobre às propostas no STJ e no STF, não há um parâmetro válido para afirmar ou negar que sejam aplicadas. O Estado Brasileiro “jusfundamentalizou” o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, de maneira que é possível afirmar que o Estado Brasileiro, sob esta perspectiva, tornou-se um Estado Social e Ambiental de Direito. Afinal, conta com um corpo teórico legislativo protetivo, orientado por princípios e aplicado pelo Poder Judiciário em busca dos ditames da lei com observância à Constituição.

Não obstante, no Brasil ainda não estamos diante de um novo paradigma de Estado ao retratar propostas que tratam da maior proteção ambiental vê-se o Estado democrático constitucional orientado nesse sentido, conforme apresentado pelas propostas protecionistas do meio ambiente.

Tampouco há uma mudança epistemológica da ciência jurídica sensível à proteção ambiental. O que se pode afirmar é que, com base em leituras amplas sobre o antropoceno, os

efeitos da globalização, a sociedade de risco, os teóricos do campo jurídico têm se ocupado em discutir a respeito da organização político-administrativa da sociedade atual no sentido de manter viva a organicidade da Terra.

Porém, no caso dos autores estudados, embora reconheçam a dimensão moral, ética e axiológica empenhadas na discussão de Estado na atualidade, acabam por oferecer soluções de cunho legalista. Outra questão refere-se ao Estado de polícia, que fica nas entrelinhas da proposta da força jurídica das obrigações. As obrigações vinculadas ao resultado não seriam alcançadas por meio da simples positivação, mas por meio do poder coator do Estado. Trata-se, contudo, de uma dimensão policial cuja eficácia pode ser fortemente contestada. Pode-se confiar no poder de polícia como principal via para a concretização de proteção ambiental?

O que chamou a atenção, principalmente, é que não se verifica nas propostas de Estado a proteção ambiental estudadas uma discussão suficientemente comprometida com o esclarecimento da intervenção dos sistemas econômicos no sistema de organização social. Parecem nebulosas as propostas nesse ponto, uma vez que elas não questionam a respeito do papel histórico que o Estado tem desempenhado frente à civilização, e a maneira como poderio econômico vale-se, muitas vezes, da força do Estado para implementar seus interesses, sem que cumpra, de maneira correspondente, seus deveres. Diante desse contexto, soa paradoxal solucionar esses problemas de eficácia por via de proposta de mais intervenção do Estado. Ou seja, haveria uma inflação das prerrogativas desse Estado que precisarão ser efetivadas, de maneira voluntarista, pelos governos, os mesmos responsáveis, por ação e omissão, pela degradação ambiental.

A discussão sobre o Estado de Direito Ambiental, no caso específico do Brasil, é bastante limitada diante da força do nosso ordenamento jurídico, minado por uma efetividade parcial.

A nomenclatura do Estado atrelada à natureza é estranha. O cerne do Estado de Direito, em sentido histórico, se relaciona com a força da lei frente aos direitos fundamentais, então em que sentido o Estado de Direito Ambiental é um Estado? Se o retrato é à carga axiológica que este Estado empunhou no meio ambiente e nos valores naturais ao reconhecer a necessidade da natureza para o homem, e vice-versa, limitando a atividade dos particulares sobre ela, então, no caso brasileiro, o termo correto é Estado Democrático de Direito. Aqui pretende-se esclarecer que a própria nomenclatura de Estado vinculado à ideia de proteção ambiental é um paradigma a ser desenvolvido.

Diante das conclusões trazidas, o surgimento de um Estado pós-moderno é reforçado pela crise mundial, no sentido de que a globalização conduzirá a uma “interdependência cada vez maior dos Estados”, o que significará mais intervenção na economia para minimizar os efeitos da crise. E, ainda que isoladamente as nações não consigam fazê-lo, o “Estado pós-moderno permanece, então, um conceito pertinente para evidenciar a medida das mudanças que afetam a consistência e a forma dos Estados Contemporâneos”<sup>566</sup>

A discussão sobre o Estado Ambiental precisa considerar os fenômenos sociais, e o paradigma desse Estado é quebrar a lógica do desenvolvimento da vida na Terra, ligado umbilicalmente ao sistema capitalista do modelo neoliberal das relações; inclusive com uma indicação de reconfiguração da “ordem” jurídica válida fundada sobre a propriedade, os direitos individuais e a proteção contra os “ditames” do Estado Administração.

A discussão sobre o Estado Ambiental precisa ocupar muito mais espaços, porque, pelo que fica evidenciado na saída do homem do estado de natureza para viver em paz, no Estado de Locke, ou na condução do homem à sociedade civil e ao estado de guerra de Montesquieu, ou no apego à legislação e autolimitação no caso do *Rechtsstaat* alemão, ou na *Rule of law*, baluarte dos direitos dos ingleses, tais propostas apresentam-se no plano geral como postulados da antiga burguesia que fizera do mercado-autorregulável sua ferramenta de destruição.

Dessa maneira, parece ser inevitável enfrentar as desigualdades sociais, a marginalização, o desemprego como características de manutenção do papel mediador do Estado. Pensar em um Estado Ambiental, ainda que por meio do esverdeamento de uma legislação é, na verdade, negar o Estado em essência, haja vista não ser possível conciliar o capitalismo predatório com uma política ambiental de resultados. Por exemplo, e neste caso, a noção de questão ética envolvendo a proteção da natureza reveste-se de um sentimento moral dos doutrinadores que não impulsiona mudanças na estrutura social.

Assim, correndo o risco de aventurar-se no debate, encerra-se com a ideia de Arendt, em “A Condição Humana”, de que a decisão dos caminhos à civilização é, por excelência, uma questão política, já que é no campo do significado da existência e dos rumos da humanidade que poderá/deverá ser conduzida. Logo, os rumos da humanidade frente aos avanços tecnológicos e científicos precisam ser conversados como questão política de primeira grandeza, cuja decisão é dos homens, não dos políticos profissionais e nem mesmo dos cientistas.

---

<sup>566</sup> Idem, p. 284.

## 6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marta Mega de. **Pólis: comunidade, política e a vida em comum numa leitura da política de Aristóteles**. Revista Clássica, v. 28, n. 1, p. 95-124, 2015.

ARAÚJO, Magalhães de. **Expressões jurídicas latinas aplicadas ao cotidiano forense**. Online. Disponível em: <http://www.filologia.org.br/revista/36sup/index.pdf>. Acesso em: 29/07/2020.

ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. Revisão e Apresentação Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BAHIA, Carolina Medeiros; MELLO, Melissa Ely. **O Estado de Direito ecológico como instrumento de concretização de justiça ambiental**. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo. e-ISSN: 2525-9628 | Porto Alegre | v. 4 | n. 2 | p. 38 – 59 | Jul/Dez. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Por uma proposta geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Cap. 7. **A carência de normatividade dos princípios na velha hermenêutica**: seu caráter meramente programático. São Paulo: Malheiros, 2015. Ed. 30.

BORTOLINI, Rafaela Emília. AYALA, Patrick de Araújo. **O projeto de Estado Socioambiental de Direito**: projeções e implicações na ordem constitucional brasileira. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1c330c47cabfad26>. Acesso em: 03/08/2019, 20h32min.

BRASIL. **Constituição Federal da República de 1988**. Online. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21/07/2020.

BRASIL. **Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31/08/1981), Art. 4, I e IV**. Online. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.938%2C%20DE%2031%20DE%20AGOSTO%20DE%201981&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Lei%2C%20com%20fundamento%20no%20art..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.938%2C%20DE%2031%20DE%20AGOSTO%20DE%201981&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Lei%2C%20com%20fundamento%20no%20art..) Acesso em: 21/07/2020.

BROWN, Wendy. **Nas Ruínas do Neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. traduzido por Mario A. Marino, Eduardo Altheman C. Santos. - São Paulo : Editora Filosófica Politeia, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P.115.

CASTRO, Suzana de. **A origem do estado moderno em Maquiavel e Hobbes**. Sofia, Vitória (ES), v. 6, n. 2, p. 13-22, jul./dez. 2017. p. 13.

COELHO, André Felipe Canuto. **O estado liberal: entre o liberalismo econômico e a necessidade de regulação jurídica**. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, MS | v. 8 | n. 15 | Jan./Jun. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da proposta Geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DIAZ, Elias. **Estado de derecho y democrática**. disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/831255.pdf>  
Acesso em: 12/07/2020. p.11.

DINNEBIER, Flávia França (Org.) LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza** - São Paulo : Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado editora. 2008.

FRASER, Nancy. **A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação**. Revista Crítica de -Ciências Sociais, 63, Outubro 2002: 07-20.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. trad. Eduardo Brandão. SP - Martins Fontes. 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES, Fábio Guedes. **Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil**. Via Scielo. In Rev. Adm. Pública vol.40 no.2 Rio de Janeiro Mar./Apr. 2006.  
Disponível em:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122006000200003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000200003). Acesso em: 19/09/2020.

GONTIJO, Cláudio. **Os mecanismos de funcionamento do "padrão-ouro": uma visão crítica**. Econ. soc. vol.23 no.1 Campinas Jan./Apr. 2014.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. RJ - Florense. 2006.

HAÜPTLI, Paulo Rogério. **O Contrato Social**, segundo Rousseau. Faculdade São Bento. São Paulo. 2016.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Prólogo de FERNANDO DE LOS RÍOS. Fondo de Cultura Económica. México. FCE, 2000.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para civilização tecnológica. Rio de Janeiro: PUC RIO, 2006.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFe. 2002.

LATOURET, Bruno. **Para distinguir amigos e inimigos no tempo do Antropoceno**. Revista de antropologia, São Paulo. USP. 2014, v. 57 n° 1. p. 13.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes. Dist. Clube do Livro Liberal. Versão PDF. p. 22.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Júlio Fischer. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1998. Disponível em: <https://www.netmundi.org/home/wp-content/uploads/2018/04/John-Locke-Dois-Tratados-sobre-o-Governo-Martins-Fontes.pdf>.

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005. **Relative à la Charte de l'environnement** (1). NOR: JUSX0300069L Versão consolidada em 30 de julho de 2020. Artigo 2. Redação. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000790249>. Acesso em 20/07/2020.

MACHADO, Ednilson Donizete; SILVA, Felipe João da. **O Estado, o Indivíduo e sua relação com os direitos humanos**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cbb686245ece57c9>. Acesso em: 22/01/2021.

MAQUIAVELLI, Niccoló. **O príncipe**. Escrito em 1505, Publicado em 1515. Ed. Eletrônica. Fonte Digital [www.jahr.org](http://www.jahr.org)

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã**. Versão Digital: LÊLivros.com. disponível em PDF. Segunda Parte. Capítulo XVII. n.p.

MARIN, Jeferson Dytz. LEONARDELLI, Pavlova Perizzollo. **O Estado Socioambiental**: a afirmação de um novo modelo de Estado de Direito no Brasil. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 374-386, julho/dezembro de 2013.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo – Martins Fontes. 2000. p. 16.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. proposta Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais**. Wolters luwer, Coimbra, 1ª Ed. 2010.

NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma proposta do Estado de Direito**. Edições Almedina S. A. Coimbra. 2006.

PACHECO. Claudio Gonçalves. **As desventuras de um Estado de Direito Ambiental**. Revista de Informação Legislativa. Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015.

POLANYI. Karl. **A Grande Transformação**: as origens da nossa época. Trad. Fanny Wrobel. 2 ed. Ed. RJ - Campus LTDA. 2000.

PAE KIM. Richard. **Separação de poderes e as propostas interna e externa dos direitos fundamentais**: direitos sociais e a inaplicabilidade da proposta externa. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, nº 40, Abril-Junho/2015. p. 165.

PAVIANI, Gabriela Amorim. **O Liberalismo Político**. Scientia Iuris, Londrina, v. 23, n. 1, p. 200-202, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p200. ISSN: 2178-8189.

RAWLS. John. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª Ed. Columbia, Atira. 1993. p. 7.

REIS. Tiago. **Laissez-Faire**: o que é a expressão fundamental do liberalismo. Disponível em: <https://www.suno.com.br/artigos/laissez-faire/>. Acesso em: 12/05/2020.

ROSSIGNOLI, Marisa. FERRER, Walkiria Martinez Heirich. **Estado liberal ou intervencionista?** uma análise econômica do atual modelo do estado brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e9352a4485132942>. Acesso em: 21/10/2020.

ROUSSEAU. Jean Jaques. **O contrato social. Princípios de Direito Político**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 3 ed. São Paulo - Martins Fontes, 1996..

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARZ. Rodrigo Garcia. **Os direitos sociais como direitos fundamentais e a judicialização de políticas**: algumas considerações. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 43, n. 141, Dezembro, 2016. p. 4.

SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Malheiros Editores. 25ª Ed. Impreso no Brasil. 2005.

STRECK. Lenio Luiz. MORAES. José Luis Bolzan. **Ciência Política e proposta do Estado**. 8. ed. Livraria do Advogado Editora. 2014.

VOIGT, Christina. Org. **Rule of law for nature**: new dimensions and ideas in environmental law. New York. Cambridge University Press. 2013.

WELZER. Harald. **Guerras climáticas** - por que mataremos e seremos mortos no século 21. Tradução William Lagos, Geração Editorial, 2010. p. 12.

VARNAGY. Tomá. **O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo**. Buenos Aires; São Paulo, CLACSO/DCP-FFLCH-USP. 2006.

ZALASIEWICZ, Jan. **Ciência e sociedade do Antropoceno**: Transição a partir do Holoceno. Trad. Amin Simaika. Disponível em: <https://www.comciencia.br/ciencia-e-sociedade-do-antropoceno-transicao-partir-do-holoceno/>. Acesso em 01/06/2021.

ZOLLO, Danilo; COSTA, Pietro (Orgs.) **O Estado de Direito**: história, proposta, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.