

**Gustavo Andrei Góes Sella**

**Estado Ecológico de Direito:  
Por um Constitucionalismo Fraterno**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Cláudia Maria Barbosa

Curitiba, janeiro de 2006

**Gustavo Andrei Góes Sella**

**Estado Ecológico de Direito:  
Por um Constitucionalismo Fraterno**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-PR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

**Cláudia Maria Barbosa**  
Orientadora  
PUC-PR

**Kátia Kosyck**  
PUC-PR

**Juliana Neueschwander**  
PUC-RJ

**Vera Karam Chueri**  
UFPR

**Profª Drª Cláudia Maria Barbosa**  
Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Econômico e Social PUC-PR

Curitiba, 09 de março de 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

### **Gustavo Andrei Góes Sella**

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1999). Pós-graduado em Direito Contemporâneo, pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ/FESP (2001). Bolsista CAPES junto ao Programa de Mestrado em Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica. Advogado e professor universitário em Curitiba.

#### Ficha Catalográfica

SELLA, Gustavo Andrei Góes Sella

Estado Ecológico de Direito: Por um Constitucionalismo Fraterno/ Gustavo Andrei Góes Sella. Orientadora Cláudia Maria Barbosa.

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

Incluí referências bibliográficas.

1. Constitucionalismo. 2. Estado Moderno. 3. Crise da Modernidade. 4. Crise Ecológica. 5. Ecologia Política. 6. Constitucionalismo Fraterno. 7. Estado Ecológico de Direito. I. Barbosa, Cláudia Maria. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. III. Título.

Aos amigos, por serem amigos;  
A Liz e Vicente, por se fazerem presentes mesmo estando distantes;  
A meus Pais, por tantas coisas que nem saberia por onde começar;  
A Juliana, causa da minha alegria,  
À vida.

## **Agradecimentos**

Meu primeiro agradecimento é dirigido a duas pessoas sem as quais nenhum aluno do Programa de Mestrado em Direito - PUCPR veria seu trabalho chegar a bom termo: Eva e Izabel (sei os seus sobrenomes, mas citá-los retiraria o "calor" do agradecimento).

À Professora Cláudia, por sua atenção mesmo em momentos conturbados e sua orientação precisa, da qual resultam os acertos deste trabalho (os desacertos ficam a cargo de minha teimosia em ousar).

Ao Professor Carlos Marés o agradecimento é uma constante, desde a graduação. Particularmente, obrigado por me ensinar a perguntar...

Ao Professor Romeu Bacellar, por seu espírito aberto e atenção.

Ao Professor Rodrigo Sanchez Rios, por ensinar-me Direito Penal, disciplina em que me descobri professor.

Ao Professor Francisco Duarte, por me ensinar epistemologia (além do conteúdo de sua própria disciplina).

Ao Professor Vladimir Passos de Freitas, por suas lições de prudência (além do conteúdo de sua disciplina).

Aos demais professores, por seus questionamentos e orientações.

Àqueles a quem o acaso - esse deus esquecido - fez meus colegas nesses dois anos e amigos para a vida. Sei porque lhes agradeço, embora vocês talvez nem desconfiem...

## Resumo

SELLA, Gustavo Andrei Góes Sella. **Estado Ecológico de Direito: Por um Constitucionalismo Fraterno**. Curitiba, 2006. 116p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Estado Ecológico de Direito: por um Constitucionalismo Fraterno é uma proposta contemporânea de superação da crise do Estado Moderno. A evolução dos modelos modernos de Estado é descrita a partir da perspectiva do Constitucionalismo, entendido como técnica de limitação do poder político. Partindo das origens medievais do Constitucionalismo, analisa-se o Estado Liberal e o Estado Social. A crise da Modernidade é analisada a partir de enfoques variados, sendo descrita como momento de transição e contexto para a proposta ora apresentada. Os elementos que integram a proposta são colhidos a partir das correntes da ecologia política e de recentes investigações do Constitucionalismo contemporâneo. O Estado Ecológico de Direito e o Constitucionalismo Fraterno são então apresentados como possibilidades de resgate do civismo republicano e da democracia participativa, considerada condição de efetividade dos direitos humanos. Ao final é apresentada uma definição de Estado Ecológico de Direito.

## Palavras-chave

Constitucionalismo; Estado Moderno; Crise da Modernidade; Crise Ecológica; Ecologia Política; Constitucionalismo Fraterno; Estado Ecológico de Direito.

## **Abstract**

SELLA, Gustavo Andrei Góes Sella. **Estado Ecológico de Direito: Por um Constitucionalismo Fraternal**. Curitiba, 2006. 116p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Ecological State of Law: for a Fraternal Constitutionalism is a contemporaneous proposal to paragon the Modern State crisis. The evolution of Modern State paragon is described through the lenses of Constitutionalism, considered as a technique to control political power. From medieval origins of Constitutionalism, takes place an analysis of Liberal and Welfare State. The crisis of Modernity is studied according to multiple approaches, being described as a turning point and context of the proposal hereby presented. The constituent elements of the proposal were picked from the tendencies of political ecology and recent inquiries in contemporary Constitutionalism. The Ecological State of Law and the Fraternal Constitutionalism are presented as possibilities for republican civism and participative democracy re-enforcement. Participative democracy is hereby considered a condition for human rights effectiveness. At the end, an Ecological State of Law's definition is established.

## **Key words**

Constitutionalism; Modern State; Modernity crisis; Ecological crisis; Political ecology; Fraternal Constitutionalism; Ecological State of Law.

## Sumário

INTRODUÇÃO	10
1 AS ORIGENS MEDIEVAIS DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO	133
2 O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL	311
2.1. O Liberalismo	311
2.2. As experiências do constitucionalismo liberal	344
2.2.1. A experiência inglesa	355
2.2.2. A experiência francesa	366
2.2.3. A experiência norte-americana	399
2.3. Os elementos comuns	40
2.4. A dimensão econômica	455
2.5. A crise	48
3 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL	511
3.1. O surgimento do Estado Social: o <i>New Deal</i> e o compromisso sueco	533
3.2. O Pós-guerra: expansão do Estado Social	555
3.3. Os elementos comuns: a Constituição Econômica	577
3.3.1. A intervenção estatal e o princípio da subsidiariedade	577
3.3.2. Os direitos fundamentais econômicos	60
3.3.3. Planejamento	633
3.4. A crise	644
4 A CRISE DA MODERNIDADE	699
4.1. Modernidade, Modernismo, modernização:	70
4.2. Depois da Modernidade	722
4.3. Ainda, a Modernidade...	766
4.4. A Sociedade do Risco	80
4.5. Qual política?	855



5 ESTADO ECOLÓGICO DE DIREITO: POR UM CONSTITUCIONALISMO FRATERNO	877
5.1. Pensamento político ambiental	888
5.2. E o Marxismo?	977
5.3. O Constitucionalismo Fraterno	100
5.4. Estado Ecológico de Direito	1044
CONCLUSÕES	1111
Referência Bibliográfica	115

## INTRODUÇÃO

O Estado Moderno surgiu como forma de organização política caracterizada por uma forte concentração do poder. O Constitucionalismo apresentou-se como resposta a tal concentração, servindo de técnica de controle do Estado e dos governantes. A pesquisa ora apresentada volta-se sobre a evolução do Estado sob a perspectiva histórica do Constitucionalismo. Partindo dos elementos desenvolvidos no discurso político pré-moderno (Capítulo 1), passa pela análise do Constitucionalismo Liberal (Capítulo 2) chegando ao Constitucionalismo Social (Capítulo 3). As crises de cada modelo estatal são analisadas ao final dos capítulos respectivos.

A crise dos modelos estatais analisados não se apresenta como crise exclusivamente institucional ou restrita à dimensão política. Ela ocorre tendo a crise da própria Modernidade como “pano de fundo”. Assim, após examinar os modelos modernos de Estado, a pesquisa voltou-se sobre a Crise da Modernidade (Capítulo 4), captando os vários diagnósticos apresentados, sobretudo, no campo da sociologia. Das interpretações analisadas procurou-se estabelecer aquele “pano de fundo” contra o qual se pudesse pensar uma nova proposta de Estado.

Tal proposta é elaborada no último capítulo (de número 5), onde são apresentados seus fundamentos políticos e jurídico-constitucionais. Dessa forma, o capítulo abre com a análise das correntes contemporâneas do pensamento político ecológico; passa pelas propostas de ELIGIO RESTA (*O Direito Fraterno*) e de MICHELE CARDUCCI (*Por um Direito Constitucional Altruísta*) a fim de apresentar os contornos de um novo Constitucionalismo: o Constitucionalismo Fraterno.

É a partir dos elementos coletados no pensamento político ecológico e dos contornos do Constitucionalismo Fraternal que se apresenta a proposta de um novo Estado: *o Estado Ecológico de Direito*.

A pesquisa seguiu o fluxo histórico, procurando estabelecer relações entre o Constitucionalismo e seus modelos estatais. Na delimitação dessas relações, tanto fatores ideológicos como fatores materiais foram tomados em consideração e apresentados numa trama, cujo desenrolar foi conduzido pelo fio histórico. A análise concentrou-se nas experiências inaugurais de cada modelo: a experiência inglesa, francesa e norte-americana, para o Estado Liberal; a experiência alemã – República de Weimar – e mexicana para o Estado Social. Quando necessário, analisou-se o texto constitucional respectivo.

No tocante à Modernidade e sua crise, o texto muda de tom: do diacrônico para o sincrônico, da História para a Sociologia<sup>1</sup>. Trata-se de fenômeno recente e em curso, sobre o qual as interpretações revelam-se ora complementares, ora contraditórias. Há concordância, entretanto, quanto à caracterização do fenômeno como transição; divergindo os autores sobre o ponto exato em que a mesma se encontra. Isto não impede que se formule novas propostas, ao contrário, revela-se o momento propício, em que as dúvidas sobre a permanência do antigo já são fortes o bastante para afirmar a emergência do novo.

Na elaboração do texto priorizou-se a clareza e a coerência na apresentação dos fenômenos estudados, bem como de suas interpretações e das idéias suscitadas pela própria pesquisa. Preferiu-se a referência em detrimento das citações, feitas apenas quando o texto citado apresentava clareza de difícil superação. Ainda quanto às citações, cumpre esclarecer que as obras referidas mais de uma vez tiveram o seguinte tratamento: se as referências eram sucessivas, não se repetiu nem o título nem a obra, indicando-se obviamente a(s) página(s); se as referências foram alternadas, ou seja, intercaladas por referências diferentes,

---

<sup>1</sup> A mudança aqui referida não implica separação estanque entre as disciplinas sociais, mas uma acentuação diferente, já que a crise da modernidade, fenômeno mais recente, exigiu análise mais detalhada do ponto de vista sociológico.

repetiu-se parte do título, acompanhado do sobrenome do autor, quando não referido no corpo do texto, e da paginação.

## 1

**AS ORIGENS MEDIEVAIS DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO**

Em sentido estrito, o Constitucionalismo pode ser entendido como um esforço teórico de compreensão da Constituição e, nesse sentido, certamente apresenta-se como um dos campos de investigação mais antigos. Todavia, as constituições das cidades-estados da Grécia Antiga, algumas das quais ARISTÓTELES comentou, não podem ser confundidas com as constituições modernas, seja por seu conteúdo, seja por sua função. Como denota MCILWAIN<sup>2</sup>, duas distinções fundamentais podem ser estabelecidas entre o Constitucionalismo Antigo e o Moderno: uma, quanto aos efeitos da violação à Constituição; outra, quanto ao significado de revolução.

Seguindo a óptica proposta por este último autor, o Constitucionalismo Antigo não entendia a Constituição como resultado jurídico de acontecimentos ‘puramente’ políticos. A compreensão do político não era separada do social, de maneira que a revolução não se reduzia a um aspecto da vida – o político, como os modernos o entendem – mas abrangia a todos. A revolução era, mais que “fato político”, reconstrução social. Na medida em que a Constituição pudesse ser entendida como resultado dessa reconstrução, seu sentido era nitidamente descritivo, isto é, fornecia uma representação na nova ordem social. Representação essa que não se apresentava como critério de aferição jurídica da atuação governamental, mas como critério ético. Assim, violações à Constituição não geravam conseqüências jurídicas específicas, no sentido de se estabelecerem sanções.

---

<sup>2</sup> MCILWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism Ancient & Modern*. Cornell University Press: Ithaca, New York, 1947.

Já no Constitucionalismo Moderno, a idéia mesma de Constituição passa por uma reformulação, compreendida no quadro mais amplo da evolução das idéias políticas que se desenvolvia desde fins da Idade Média. Esta evolução iniciara-se com o debate acerca da limitação dos poderes em conflito: o poder papal e o poder real, culminando no debate acerca das limitações de poder em geral. Assim, o Constitucionalismo Moderno apresentava-se como técnica de controle dos governantes, não apenas num sentido ético - que, embora relevante, carecia de maior efetividade uma vez que desprovido da força sancionadora do Direito. Ao revés, o Constitucionalismo Moderno estabeleceu-se como forma especificamente jurídica de controle dos governantes, pois estipulava sanções a infrações constitucionais<sup>3</sup>.

A idéia da Constituição como documento supralegal deriva da própria compreensão do político elaborada pela Modernidade: desde MAQUIAVEL, os laços entre a Política e a Moral já não se mostravam mais evidentes, como a Antigüidade e mesmo o Medievo haviam afirmado. O político passou a ser apenas uma das dimensões do social, perdendo a relação de identidade com este. Nesse sentido novo, as revoluções poderiam limitar-se à reestruturação da esfera pública, sem implicar uma reformulação global da sociedade. Na medida em que a revolução passou a ser indicativa apenas de uma ruptura política, a Constituição, enquanto resultado mais imediato, deixou de ser uma representação da sociedade. Se por um lado isso implicava um afastamento do *ethos* social, por outro conferiu às Constituições Modernas sua especificidade: deixando de representar o quadro social na totalidade, passaram a exprimir a idéia de contrato entre súditos e soberano, regulando o Estado e também o governo.

Buscando compreender o processo de formação do sentido moderno do Constitucionalismo, SKINNER<sup>4</sup> indica a existência de idéias políticas radicais já na Idade Média como um dos fatores. Esse “acervo” de idéias teria se formado em torno da questão dos limites do poder, balizada por duas tradições: a tradição

---

<sup>3</sup> A definição, embora possa parecer limitada por não exprimir a função de garantia, permite delimitar o Constitucionalismo Moderno daquele denominado Antigo, por McIlwain.

<sup>4</sup> SKINNER, Quentin. *As Fundações do pensamento político moderno*, p. 394.

conciliarista e a tradição jurídica. A primeira seria oriunda da tese de HUGUCCIO, formulada em fins do século XII e que se constituía em uma série de argumentos em favor da proteção da Igreja contra o risco de mau governo do Papa. A tradição jurídica, por sua vez, formou-se a partir do Direito Romano ou, mais precisamente, da transposição de algumas categorias dos Direitos Civil e Canônico para o Direito Público.

Como antecedente remoto e comum às duas tradições pode-se indicar o pensamento de SANTO AGOSTINHO, a fundar a orientação da Igreja no início da Idade Média. A preocupação central do filósofo cristão é com o crescimento das seitas cristãs, fundadas em diferentes interpretações da Escritura, e a conseqüente desagregação da Igreja.<sup>5</sup> Distinguindo a ordem temporal e a ordem espiritual em função do grau de perfeição, AGOSTINHO, na obra *Cidade de Deus*, afirma a preeminência desta como modelo, apontando a Santa Sé como guia suprema dos assuntos temporais. Apresentando a história da humanidade como o percurso da Criação à Ressurreição, a obra estabeleceu os marcos de uma “doutrina verdadeira”, a partir da qual seriam elaborados os dogmas centrais do cristianismo. Detentora desta “certeza dogmática”, a Santa Sé pôde se constituir como instituição, estabelecendo uma legislação interna: o Direito Canônico.

A separação entre ordem temporal e ordem espiritual, sugerida por AGOSTINHO, serviria de fundamento à chamada *teoria das duas espadas*, defendida pela Igreja em fins do século VI e início do seguinte, visando estabelecer um equilíbrio entre o poder temporal e poder eclesiástico. Segundo esta teoria, o poder soberano ou *plenitudo potestatis* pertenceria exclusivamente a Deus que, diante da dualidade material/espiritual do mundo terreno, teria concedido a *auctoritas* espiritual ao Papa e a *potestas* temporal ao Rei. Cada um teria, assim, autoridade sobre seu próprio domínio, devendo nele manter-se. O abuso autorizava a sobreposição da ordem injustamente usurpada. A importância da teoria é dada menos pela solução sugerida em caso de conflito que pela divisão

---

<sup>5</sup> Cf. CHATELET, François *et alli*. *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

da *plenitudo potestatis* em dois elementos, já que essa divisão permitia o reconhecimento do poder temporal.

Outro expoente da filosofia medieval cristã, TOMÁS DE AQUINO, viria a romper com a visão agostiniana, segundo a qual a *Cidade dos homens* havia se formado pelo pecado original, ou seja, pelo afastamento das leis divinas. Para AQUINO<sup>6</sup>, a *Cidade dos homens* consistia um fato natural na obra de Deus e a decisão acerca do melhor governo caberia aos homens, guiados pela reta razão. Esta indicava como limites ao exercício do poder, não só as leis divinas, mas também as leis da natureza e a vontade da coletividade. O sentido geral da argumentação de AQUINO reapareceria na obra *O Defensor da Paz*, de MARSÍLIO DE PÁDUA que, revisando a teoria das duas espadas, suprimiria qualquer autoridade ao papa em assuntos mundanos, reunindo as duas espadas nas mãos do rei. Com isto abria o caminho para a formulação dos conceitos modernos de soberania e de Estado. Aceitando o argumento de AQUINO, segundo o qual a definição do melhor governo caberia à razão dos homens, MARSÍLIO define a sociedade como universalidade de cidadãos, a qual compete estabelecer as normas da convivência, podendo designar um indivíduo ou um grupo a ser encarregado da coerção e da gestão.

Embora encetada numa ordem distinta de argumentos, o resultado a que chega a tradição conciliarista é semelhante ao de MARSÍLIO que, como se verá, desempenhou papel importante na formação da tradição jurídica. A tese conciliarista, na forma como GERSON<sup>7</sup> a expõe, parte da idéia de sociedade perfeita como sendo aquela que detém a completa autoridade para regular seus assuntos, sem interferência. Insinuando uma definição de soberania, o argumento tinha em mira a conclusão de que o governo independente não pode se submeter a qualquer jurisdição estranha, aí incluída a jurisdição da Igreja. Se a esta restava algum poder, era de natureza estritamente espiritual. Mas o radicalismo da tese está em outro ponto: se por sociedade perfeita há de se entender aquela com

---

<sup>6</sup> Idem, p. 33.

<sup>7</sup> Apud, SKINNER, Q. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*, p. 394.



autoridade suprema sobre seus assuntos, por via de consequência o poder soberano haveria de residir sempre no corpo da sociedade. Dessa forma, qualquer que fosse o governante, não poderia ele invocar tal poder, apresentando-se como mero administrador da *res publica*. Em suma, o governante assumia deveres perante a comunidade, não podendo colocar-se acima da lei, argumento este que serviria de ponto de partida ao Constitucionalismo Moderno.

Já em princípios do século XVI, o círculo formado na Sorbonne por JOHN MAIR<sup>8</sup> e seus discípulos viria a reafirmar as teses de GERSON, aprofundando seu radicalismo político. Para tanto, ratificaram a tese de MARSÍLIO segundo a qual não há poder coercitivo que não seja poder temporal, mas seguindo uma argumentação agostiniana e não tomística: o pecado original havia dado origem às repúblicas laicas, já que teria lançado os homens pelo mundo. Estes, reunindo-se em comunidades, haviam estabelecido chefes para si em busca de maior segurança. Refutando a tese de TOMÁS DE AQUINO, segundo a qual o soberano fica acima da lei por ser “maior” que o conjunto que lhe dá sustentação, JAQUES ALMAIN<sup>9</sup>, integrante do círculo da Sorbonne, afirmou o direito de cada indivíduo de ‘empunhar o gládio da justiça’ como executor da lei natural, quando do estado pré-político. Esse ‘direito natural ao gládio’ era concedido ao príncipe no momento de formação da sociedade política. A idéia de uma concessão trazia implícita a negação de um direito originário do príncipe ao uso da força e, por via reflexa, estabelecia os limites do exercício do poder: a proteção comum de todos. A autoridade política não era então transferida pelo povo ao soberano, mas apenas delegada, recuperando a idéia de que o governante não era mais que um mero administrador da *res publica*. MAIR radicaliza esta concepção ao afirmar a instituição do governo pelo povo, de modo que este seja o eterno detentor do poder soberano. O corolário último deste postulado é a possibilidade de deposição do governante inadequado. No que toca à formação do Constitucionalismo Moderno a afirmação mais interessante parte de ALMAIN, quando fala do poder da comunidade de destituir seu príncipe, “nos moldes de sua *constituição*”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Idem, p. 397.

<sup>9</sup> SKINNER, *op.cit.*, p. 399.

<sup>10</sup> SKINNER, *op. cit.*, p. 401.

Ainda que o sentido de constituição no medievo não seja o mesmo da modernidade, esboça-se aqui a idéia de controle do poder através de um documento jurídico.

A passagem para o Constitucionalismo moderno não se completaria, no entanto, sem o peso de outra tradição: a jurídica, esboçada no Direito Romano e também no Direito Canônico. O principal expediente de que se valeram os precursores do Constitucionalismo foi a adaptação de argumentos do direito privado para o incipiente direito público da época, dentre os quais os argumentos relativos ao uso legítimo da violência. Autorizado em dois casos no Direito Civil clássico, seria o modelo da legítima defesa, expresso no brocardo *vim vi repellere licet*, que fundamentaria a teoria da resistência, autorizando os súditos a recusarem obediência a um soberano injusto. Tal teoria tem ligações estreitas com o movimento da Reforma, sendo o direito de resistência afirmado por LUTERO e CALVINO<sup>11</sup>, além de outros sob a inspiração deste último. A argumentação de LUTERO retoma a separação agostiniana entre os reinos divino e secular, mas endossa a posição de MARSÍLIO DE PÁDUA, negando autoridade à Igreja – como era de se esperar em um “reformista”. Restava ao cristão obedecer ao príncipe, exceto – e aqui surgia tanto a possibilidade de resistência quanto a de deposição – quando esse ordenasse aos súditos obedecerem ao Papa. Já CALVINO era menos enfático na separação das ordens, pois mesmo admitindo a autoridade temporal, não eximia os cristãos de contribuírem para a formação de uma moralidade pública orientada religiosamente.

Na linha do pensamento calvinistas, merecem destaque os chamados *Monarcomaci*, escritores políticos que, segundo NORBERTO BOBBIO<sup>12</sup>, fundamentavam o direito de resistência numa limitação ao poder do príncipe, limitação essa oriunda do consenso popular. O primeiro desses autores referidos por BOBBIO é THÉODORE DE BÈZE, que apontava a vontade divina como fundamento do poder temporal, daí derivando a condição de legitimidade desse

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, CHATELET, *op.cit.*, p. 40 e seg.

<sup>12</sup> *In* Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. São Paulo: Mandarin, 2000, p. 39.

poder: sempre que o príncipe emitisse ordens ímpias, isto é, contrárias à lei divina, ou injustas, ou seja, contrárias à lei dos homens, poderia sofrer resistência legítima, fosse do povo, fosse dos magistrados. Mais importante para a formação do Constitucionalismo Moderno, no entanto, são os escritos de outros dois *monarcomaci*: IRINIUS BRUTUS<sup>13</sup> e ALTHUSIUS. O primeiro repete a tese de BÈZE de que o poder surge do consenso, mas explicita a forma que esse mesmo consenso assume, referindo-se a dois pactos complementares: um, entre o povo, o rei e Deus, que autoriza a resistência contra o soberano que contrarie a lei divina; outro, entre o povo e o rei, que autoriza a resistência quando o soberano viole a lei civil. Nesse último caso, entretanto, o direito de resistência caberia aos magistrados, somente sendo exercida pelo povo em caso de usurpação do poder. Aqui se vislumbra o esboço da teoria da separação de poderes ou funções, justificada pela necessidade de controle do governante.

Obra mais enfática é a de ALTHUSIUS que, definindo o homem como animal social, aponta a existência de associações sempre formadas a partir do consenso e, portanto, de modo artificial, sendo o Estado a associação perfeita. ALTHUSIUS também argumenta em torno da existência de dois pactos, mas numa relação de sucessão: o primeiro constituía o *populus*, sujeito do pacto seguinte, que constituirá o Reino ou a República, através da organização do poder coercitivo e sua atribuição a magistrados ou éforos. Estes elegerão o *summus magistratus*, ao qual o *populus* deve sua obediência, desde que o governo seja justo e pio, vale dizer, conforme a lei dos homens e a lei de Deus. Além de elegerem o Sumo Magistrado, os éforos eram incumbidos das funções de aconselhamento e fiscalização. O termo *populus* designava não o conjunto de indivíduos, mas de associações menores – família, corporações, cidades e província - a integrar a organização maior – Reino ou República.<sup>14</sup> Surge assim a idéia embrionária do federalismo, entendido como forma de organização política

---

<sup>13</sup> Segundo Bobbio, seria um pseudônimo a ocultar dois autores huguenotes: Hubert Languet e Philippe du Plessis Mornay, p. 41.

<sup>14</sup> Neste sentido, DUSO, Giuseppe. “O governo e a ordem das associações: a *Política* de Althusius”. In: DUSO (org.) *Poder - História da Filosofia Política Moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005.

caracterizada pela coexistência de múltiplas delegações de poder. Essa pluralidade de delegações, gerando uma pluralidade de instâncias, dava ao termo *Imperium* novo sentido: o de administração, indicando que aos governantes eram atribuídas funções e não um direito soberano – este restava sob a titularidade do *populus*. Identificava-se, pois uma forma específica de contrato entre o *populus* e o *summus magistratus*: um contrato de mandato, onde a posição de prevalência cabe ao mandante cuja vontade e interesses condicionam a atuação do mandatário.

De outra parte, a noção de *Imperium* foi reformulada também pela tradição jurídica.<sup>15</sup> Além de fundamentar um direito à resistência contra o Imperador que violasse seu juramento perante os príncipes e magistrados, a noção de *imperium*, resgatada do direito público romano, sofreu reformulação drástica em princípios do século XVI, sob a pena de ULRICH ZASIUS, para quem a autoridade do Imperador era duplamente limitada: primeiro, pelo contrato, que limitava seus poderes à manutenção da segurança e à defesa da justiça; segundo, pela Constituição do Império. Nesta, o imperador MAXIMILIANUS havia se comprometido a acatar as decisões dos tribunais e nelas não interferir, compromisso do qual ZASIUS deduziu o dever de respeitar as leis positivas, reforçando a idéia de controle do governante pelo Direito.

A noção de Constituição como critério de controle de legitimidade e juridicidade dos atos de *imperium* seria ainda aprofundada, no século XVI, por MARIO SALOMONIO que, afirmando uma “liberdade natural do povo”, argumentava ser legítimo somente o *Imperium* baseado em acordos, representativos de uma decisão livre dos cidadãos. O radicalismo do pensamento de SALOMONIO está nas conseqüências da violação desses acordos pelo príncipe, particularmente quando esta violação se dava através de edição de lei contrária ao bem comum: a lei deveria ser ab-rogada em nome da justiça, indicando um limite claro ao poder do príncipe.

---

<sup>15</sup> SKINNER, *op.cit.* p.407 e seg.

Ao longo do século XVI, o acirramento entre reformistas e contra-reformistas no interior da fé cristã leva ao resgate, por parte dos últimos, das idéias de SANTO TOMÁS DE AQUINO. O tomismo reaparece atrelado ao Direito Natural tanto nas obras de pensadores dominicanos (FRANCISCO DE VITÓRIA, DOMINGO DE SOTO), como naquelas de pensadores jesuítas (LUIS DE MOLINA, FRANCISCO SUÁREZ). Combatendo a luteranos e humanistas – ERASMO, MAQUIAVEL – os tomistas afirmavam a autoridade do Papa e a estrutura hierárquica da Igreja, definindo a esta não como mera “congregação de fiéis”, mas como instituição concreta e dotada de jurisdição. No tocante à sociedade política, os tomistas partiam do postulado da racionalidade humana<sup>16</sup>, entendendo que aos homens caberia encontrar a lei divina inscrita por Deus em seus corações. Dessa forma, refutavam a tese luterana da natureza decaída do homem que o privava da capacidade de organizar-se politicamente, senão sob a espada de um regente pio.

De especial importância para o Constitucionalismo Moderno, era a tese tomista acerca da hierarquia das leis. Defendiam que as leis humanas somente seriam válidas se compatíveis com a lei natural, que se apresentava sob duplo aspecto: como *intellectus*, isto é, justa e racional por definição, e como *voluntas*, já que exprimiria a vontade de Deus. A correta compreensão desta hierarquia exige alguns esclarecimentos: em primeiro, a chamada lei natural era a manifestação de uma lei maior, a lei eterna que somente era conhecida por Deus. Aos homens era possível conhecer uma espécie de posituação dessa lei eterna nas escrituras: a lei divina. Já a lei natural era aquela inscrita no coração dos homens e por eles descoberta por meio da razão, cujo uso correto levaria os homens a uma única e verdadeira fé: a cristã, mais especificamente na forma do catolicismo. Assim, estabelecia-se uma hierarquia que tinha no topo a lei eterna, a qual a lei divina – as Escrituras – seria mera representação positiva. Em acordo com esta, e reflexamente com a lei eterna, estaria a lei natural, que serviria de critério de validade das leis humanas.

---

<sup>16</sup> SKINNER, *op. cit.*, p. 426.

Tendo estabelecido o critério de validade das leis humanas e considerando a capacidade racional do homem de formular leis justas a partir da descoberta dos princípios da lei natural, os tomistas puderam afirmar o caráter artificial (leia-se: não natural) das repúblicas seculares. Assim, haveria um estágio de convivência social pré-político, anterior à formação das repúblicas, denominado *status naturae* por MOLINA. Este *status* seria caracterizado como uma comunidade de indivíduos livres e iguais, governada pela lei natural. A explicação do surgimento das repúblicas seculares se dava pelo argumento da ausência de poder coercitivo: se não houvesse um governante ao qual se atribuísse tal poder, as violações à lei natural não seriam punidas, podendo levar à desagregação da comunidade. A atribuição de tal poder, bem como a formação da república, dependeria da manifestação do consenso popular. O critério de validade das leis postas pelo governante, no entanto, continuaria sendo a sua adequação à lei natural.<sup>17</sup>

A fim de explicar a manifestação do consenso, SUÁREZ recorre ao conceito de *universitas*, para definir o povo como corpo político e não mero agregado de indivíduos.<sup>18</sup> Com tal formulação era possível pensar uma espécie de “personalidade jurídica coletiva” dotada de vontade, esclarecendo a função do consenso: constituir a ordem política por meio de um contrato com o governante. Disto decorria a necessidade de nova manifestação da vontade coletiva em caso de eventual “distrato”, ou seja, para deposição do governante. Essa nova manifestação dependeria da anuência da comunidade, mas a deposição seria incumbência de uma assembléia de representantes eleitos.

Quanto à limitação dos poderes do governante, uma querela se instalou entre os tomistas e BARTOLO DE SAXOFERRATO.<sup>19</sup> Para este último e seus discípulos, quando da constituição da república, o povo somente poderia conceder ao governante os poderes de que dispunha, estabelecendo-se assim o limite aos

---

<sup>17</sup> SKINNER, *op. cit.*, p. 439.

<sup>18</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 443.

<sup>19</sup> Jurista e professor em Bolonha, lançou o estudo do antigo Direito Romano como base para formulação de um novo Direito. Juntamente com GUILHERME DE OCKHAM é apontado como precursor da *via moderna*, entendida como nova metodologia de estudo.

poderes de governo. Já os tomistas afirmavam uma espécie de estatuto do governante, dada pela lei natural. A linha inaugurada pelos bartolistas é a que culminará na idéia de soberania popular, cujo exercício – e não a titularidade – é apenas delegado ao governante. Por ser uma mera delegação, haveria a possibilidade de impor ao governante obediência às leis positivas. Para os tomistas, em particular SUÁREZ, não há delegação, mas transferência, de modo que o governante é soberano absoluto, estando acima das leis positivas (*legibus solutus*). Todo e qualquer limite seria dado somente pela lei natural, à qual as leis positivas deveriam se adequar.<sup>20</sup> A argumentação de SUÁREZ e dos tomistas inaugura a linha que resultará, ainda no século XVI, na defesa do absolutismo (BODIN) e na fundamentação jusnaturalista do Estado (GROTIUS, HOBBS e mais tarde PUFENDORF).

Paralela à questão dos limites dos poderes do governante, está a questão da possibilidade de resistir a suas ordens, quando se revelem iníquas. As respostas aqui variaram, ao longo do século XVI, de acordo com o contexto histórico. Assim, numa tentativa de justificar o combate às pretensões imperialistas de CARLOS V, na Europa setentrional, duas linhas de argumentação se formam em torno da concepção de *Imperium*: de um lado, os juristas vinculados a FILIPE DE HESSE, fundamentando o direito de resistência na origem divina de todo poder instituído; de outro, GREGORY BRÜCK, chanceler de JOÃO DA SAXÔNIA, resgatando o princípio *vim vi repellere*, para fundamentar o direito de resistência na legítima defesa.

Os juristas hessianos defendiam a concessão divina do *ius gladii* também aos príncipes, aos quais se reconhecia assim o direito de resistir ao Imperador quando este não cumprisse as obrigações correlatas ao exercício do direito concedido por Deus. Assim, dispondo os príncipes do mesmo direito de empunhar o gládio da justiça, estariam em relação de paridade com o Imperador, sendo que a distribuição do direito de gládio e dos deveres correlatos se apresentava numa relação de mutualismo.

---

<sup>20</sup> SKINNER, *op. cit.*, p. 459.

Já para BRÜCK, o fundamento do direito de resistência radicava na legítima defesa. A transposição dessa categoria e dos argumentos correlatos partiu do papel do Imperador. Em geral definido como juiz supremo, somente seria possível reconhecer o direito de resistência ao Imperador quando configuradas hipóteses análogas àquelas em que se admitia o uso da força contra um magistrado: a apelação, a extrapolação da jurisdição revelada numa injúria notória e a produção injusta de um dano irreparável, ainda que nos limites da jurisdição. Nestes dois últimos casos, argumentava-se no Direito Civil clássico, o juiz estaria atuando como indivíduo privado, podendo ter sua ordem repelida à força. Na medida em que o Imperador era definido como Juiz Supremo, em relação aos príncipes, também era possível resistir-lhe quando exorbitasse de sua jurisdição ou causasse injustamente um dano irreparável.

A importância da argumentação dos hessianos e de BRÜCK para o Constitucionalismo Moderno revela-se na idéia subjacente que lhes é comum: há limites ao poder do Imperador, cuja inobservância legitima a resistência. No entanto, essa resistência somente poderia ser exercida pelos príncipes, entendidos como magistrados menores. A radicalização do direito de resistência somente viria em outros contextos. O primeiro destes contextos seria localizado na Inglaterra e teria sua configuração dada pelas lutas religiosas. A radicalização da teoria da resistência operada por pensadores calvinistas como PONET, GOODMAN e KNOX, tinha entre suas condições a adesão de significativa parte da população ao credo protestante, além de parte da nobreza, oportunizando uma formulação de clivagem revolucionária: ainda que todo poder existente emanasse de Deus, os governantes por Ele escolhidos deveriam ser ratificados pelo povo devoto. Isto implicava a existência de critérios de reconhecimento do governante legítimo, cuja compreensão equivocada podia explicar a eventual hipótese de erro dos governados; além da ampliação dos legitimados a resistir.<sup>21</sup> Essa legitimação era desdobrada aos magistrados populares, assim denominados os representantes eleitos pelo povo com a incumbência de contrabalançar o exercício do poder real.

---

<sup>21</sup> SKINNER, *op.cit.*, p. 499 – 505.



Na segunda metade do século XVI, essa legitimidade seria uma vez mais ampliada para ser reconhecida aos súditos e ao povo. As linhas de argumentação partiam da noção de deveres do governante perante os governados: para PONET, tratava-se de depor aquele que abusara do cargo; para GOODMAN, de resistir a quem, não tendo cumprido sua função, nela não mais se encontrava investido.<sup>22</sup> Embora se possa vislumbrar aqui a teoria da resistência nos moldes Iberais e, portanto modernos, uma distinção fundamental se estabelece entre as duas: para os liberais a resistência ao governo tirânico é um direito; para os calvinistas ingleses do século XVI, um dever e com fundamento religioso, já que a atribuição de poder parte de Deus. Esta passagem do dever ao direito depende de um segundo contexto: as guerras religiosas na França, ainda no século XVI.

Diversamente do contexto inglês, a adesão à confissão protestante na França era minoritária e não contava com adeptos na família real. Sob a regência da CATARINA DE MÉDICI foi adotada inicialmente uma política de tolerância cujo principal objetivo era evitar o acirramento dos conflitos. Essa política sofreu crítica contundente da maioria católica, sendo definitivamente abandonada após a noite de São Bartolomeu, marcada pela autorização real de exterminar a liderança protestante. A partir de então, as condições para uma abordagem revolucionária por parte dos protestantes foram se alterando, chegando à formação de um quadro político tal que, paradoxalmente, a tese revolucionária só se fortaleceu com a participação de católicos. Esta participação dos católicos pode ser apontada como reação à ampliação dos poderes reais. Tal fenômeno já era percebido desde o século anterior, visto que desde 1484 não eram convocados os Estados Gerais.<sup>23</sup> Mas com a entronização de FRANCISCO I, em 1515, o quadro agravou-se,

---

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*, p. 509.

<sup>23</sup> Espécie de Assembléia cuja convocação, por parte do Rei, se fazia em casos de decisões envolvendo matéria de Estado ou para a aprovação de ordenações reais. A convocação abrangia os “três estados”, ou seja, nobreza, clero e burguesia. A forma de contagem dos votos seria objeto de acirrada disputa no contexto pré-revolucionário de 1789: nobreza e clero defendiam o voto por “estado”; a burguesia, recém-ampliada pelo aumento de deputados, exigia o voto por cabeça. Ver, CHIGNOLA, Sandro. “Constituição e limitações do poder – Introdução”, in DUSO, Giuseppe (org.). *O Poder – História da Filosofia Política Moderna*, p. 201 e s.

especialmente com o enfraquecimento da posição constitucional do Parlamento de Paris.<sup>24</sup> Diante dessas tendências absolutistas, os católicos moderados buscaram, através de uma leitura humanista do Direito, resgatar teses constitucionalistas. Esse resgate significou mais um afastamento das teses absolutistas que propriamente uma ruptura.<sup>25</sup> Com os absolutistas, os católicos moderados concordavam num ponto fundamental: não há poder que não venha do rei, seja o poder dos magistrados, seja o poder da própria lei. A divergência se dava na existência de limites: enquanto os absolutistas punham a vontade do rei acima dos costumes e, mesmo, da Constituição do Reino, os moderados viam aí limites ao poder real.

Dos pensadores políticos da época, especial interesse recai sobre JEAN BODIN. Além de aceitar a Constituição e os costumes como limites ao poder do rei, este autor afirma a existência de limitações institucionais: os Estados Gerais, cuja posição constitucional imporia ao rei o dever de convocá-los sempre que se tratasse de alterar leis ou revogar costumes; e os Parlamentos: cortes da ordem civil, cujos integrantes – juízes – somente poderiam ser destituídos por crime.<sup>26</sup> Afirma ainda, a vinculação do rei ao juramento prestado quando da coroação: uma vez violado, deveria o rei ser submetido à justiça – a mesma a que se submete o cidadão comum. Apesar de defender a existência de limites ao poder real, BODIN ficaria conhecido como ideólogo do absolutismo. De fato, em virtude do agravamento das lutas religiosas, o pensador francês se mostraria hábil defensor do poder absoluto, tendo em mira um alvo certo: refutar o direito de resistência cuja interpretação revolucionária já tinha seus efeitos conhecidos na Inglaterra.

---

<sup>24</sup> Os parlamentos, à época, não constituíam órgãos legislativos, mas judiciários, cabendo-lhes decidir casos de apelação. O Parlamento de Paris era a principal corte do País.

<sup>25</sup> Essa distinção é particularmente importante para compreender a evolução do pensamento de JEAN BODIN, inicialmente um moderado e, ao fim, defensor da soberania governamental absoluta. Essa mudança indica o grau de compromisso entre os católicos e o poder real, bem como sua fraca disposição em defender a tolerância religiosa como princípio. Para maiores detalhes, SKINNER, Parte Seis, Cap. 17.

<sup>26</sup> SKINNER, p. 547.

Em seus *Seis Livros Sobre a República*, BODIN apresenta sua defesa do poder soberano, mas reconhece casos em que esse poder pode sofrer justa resistência: no caso de se tratar de um usurpador – tirano *ex defectu tituli* – ou de ser deposto por um príncipe estrangeiro. Mas a obra de BODIN revela-se importante para o Constitucionalismo Moderno em outro ponto: a definição de soberania. Adotando a metodologia humanista, BODIN define soberania a partir dos conceitos de Estado e de supremacia política. Para ele, Estado é “governo legítimo de muitas famílias”, enquanto a supremacia política é o “poder supremo, absoluto e perpétuo sobre os cidadãos”.<sup>27</sup> A soberania seria o exercício deste poder pelo governante. Percebe-se aí a origem da ligação moderna entre soberania e Estado. BODIN inova, sobretudo, quanto à classificação das formas de governo, feita a partir do número de governantes, isto é, do número de detentores da soberania: monarquia (soberania do monarca), aristocracia (soberania exercida por um grupo) e democracia (soberania exercida pelo conjunto de cidadãos). Outra distinção, proposta por BODIN, foi a de equiparar o soberano não a um juiz, considerando-o magistrado supremo, mas ao legislador. Desta forma, a principal manifestação do poder soberano não era o poder de julgar, mas o de legislar, o que permitiu a BODIN apresentar uma defesa mais coerente do soberano enquanto *legibus solutus* que aquela apresentada pelos primeiros absolutistas.

A idéia de soberano enquanto *legibus solutus*, no entanto, sofria certas limitações na própria obra de BODIN. Aqui permanecem as influências do humanismo sobre o pensamento jurídico, mantendo elementos moderadores: a lei é a vontade do soberano, mas essa vontade encontra limites. A *voluntas* aparece aqui como elemento formal, mas o conteúdo da lei não poderia contrariar os preceitos da justiça natural. Dentre os preceitos de justiça natural a vincular o poder do soberano está o princípio segundo o qual os pactos devem ser cumpridos, surgindo assim uma diferença quanto à forma de manifestação da vontade do soberano: nas leis, manifestação unilateral e imperativa, contra a qual não cabe resistir, salvo no caso de serem contrárias à justiça natural; nos contratos,

---

<sup>27</sup> *Apud* SKINNER, p. 559-560.

inclusive no contrato firmado com os súditos, manifestação bilateral, de modo que as vontades condicionam-se reciprocamente.<sup>28</sup>

Ainda que se possa vislumbrar formas embrionárias de teses constitucionalistas no contexto das lutas religiosas na França, a radicalização da teoria da resistência, transformando-a em direito ao invés de considerá-la um dever, somente se foi possível através do pensamento de GEORGE BUCHANAN, pensador escocês, cuja formação compreendia tanto a instrução escolástica como a humanista, conferindo-lhe uma postura singular no âmbito do protestantismo: defensor de uma condição natural do homem, rejeitando a clássica tese protestante da origem divina de toda forma de instituição política, mas rejeitando uma “natureza política” ao ser humano, tal como defendida pelos católicos na linha aristotélico-tomista. Da ideia de uma condição natural em que os homens vagueavam em bandos, BUCHANAN derivou a formação das repúblicas num contrato entre o povo e o governante, sendo este escolhido por aquele. Embora a ideia de um contrato instituinte da organização política não fosse nova, a proposta de BUCHANAN diferia em pontos fundamentais das anteriores: primeiro, por afirmar o exercício da soberania direta, já que o contrato dispensava a figuração de representantes do povo, como defendiam seus antecessores; segundo, por dispensar o contrato entre o governante e Deus, como postulavam os defensores da origem divina do poder. Assim, BUCHANAN pôde afirmar, sem maiores rodeios, a resistência ao governante iníquo como direito, passível de exercício por qualquer cidadão. Quanto aos limites do governo, ele postulava a titularidade popular da soberania, não sendo esta transferida pelo contrato: o governante atuaria nos limites de uma delegação do exercício da soberania.

A partir de BODIN e BUCHANAN, estabelecem-se duas linhas que culminarão no contratualismo inglês, respectivamente, de HOBBS e LOCKE. Ambos fundamentais para a compreensão do pensamento político moderno e, especialmente, para a formação do Estado moderno. No que toca ao objetivo geral deste trabalho – a compreensão do pensamento constitucionalista e sua evolução

---

<sup>28</sup> SKINNER, p. 566-567.

ao longo da modernidade – a figura de HOBBS, ainda que usualmente associada à defesa do absolutismo,<sup>29</sup> revela-se importante por definir a forma do Estado moderno: um corpo político artificial e representativo da totalidade dos indivíduos. Tanto a artificialidade quanto a representatividade conferem ao Estado moderno uma abstração que não se vislumbrava nas ordens de poder anteriores e que marca um longo processo de despersonalização do poder: o Estado é pensado como algo distinto do governante, o corpo político não se confunde com quem o governa. Na proposta hobbesiana, cujo artificialismo consiste em partir do corpo do indivíduo para o corpo político, o governante será a cabeça, sem se confundir com o todo. Esta analogia permite a HOBBS resgatar a idéia de soberania nos termos propostos por BODIN, para quem não poderia haver Estado, no sentido de domínio público, sem poder soberano. Desta forma, o estabelecimento de uma relação de poder vertical, pela atribuição de poder ao governante via contrato, permitia constituir “uma ordem pública universal e compulsoriamente reconhecida”.<sup>30</sup>

Outros dois fenômenos, correlatos à idéia de soberania, contribuiriam para a formação do Estado moderno: a despatrimonialização e a despersonalização do poder.<sup>31</sup> A despatrimonialização consistiria, na leitura de TORRES, em substituir a base da despesa governamental, abandonando as chamadas “rendas senhoriais” por tributos.<sup>32</sup> Este fenômeno levaria a uma separação mais nítida entre o público e privado, implicando a necessidade de diferenciação entre o domínio estatal e o patrimônio dos governantes. Também originou a necessidade de uma administração impessoal dos recursos e bens públicos, com a formação – mais

---

<sup>30</sup> TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado Moderno – Elementos para um Estudo Histórico-conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente*, p. 52.

<sup>31</sup> Segundo TORRES, o Estado Absolutista já seria o resultado destes fenômenos. Embora seja possível considerar esta forma de Estado como Estado Moderno, não era o Estado Absolutista um Estado Constitucional, razão pela qual a evolução do Constitucionalismo Moderno, a ser desenvolvida a seguir, partirá do Constitucionalismo – e do Estado – Liberal.

<sup>32</sup> TORRES fala em “impostos” – p. 54. A opção por “tributos” configura-se, frente à dogmática tributária atual, tecnicamente mais adequada, já que exprime o gênero do qual o imposto seria apenas uma espécie.

tarde – da burocracia. A concentração de poder em torno do governante, mais especificamente de monarcas, levando ao Estado Absolutista, tem relação direta com a formação da burocracia, já que impedia a concessão de cargos em função dos títulos. Em paralelo, a formação de um “tesouro público”, apartado do patrimônio do governante, permitiria a criação de exércitos permanentes, dispensando as antigas relações de lealdade entre governante e os antigos senhores feudais. Por outro lado, a separação das finanças públicas das rendas do governante, levava a um incremento da tributação, gerando descontentamentos cuja concretização se daria em fins do século XVII, na Inglaterra e no século XVIII, na França. Antes mesmo das Revoluções Liberais, outro fator associado à concentração do poder já era causa de descontentamento, mas entre os antigos senhores feudais: a expansão da jurisdição real com a conseqüente retração da chamada “jurisdição senhorial”.<sup>33</sup>

A concentração de poderes no período absolutista permitiria o ressurgimento da idéia de limites ao poder do governante, por vezes já sugerida ao fim da Idade Média. Tais limites, no entanto, dependeriam de revoluções para serem postos. Revoluções que, mesmo tendo causas distintas, comungavam certo conjunto de valores: o Liberalismo, entendido como doutrina política e também econômica, propondo-se a redefinir o papel do Estado e suas relações com a sociedade e o mercado.

---

<sup>33</sup> TORRES – p. 58 e s. - alude a quatro expedientes utilizados nesta expansão: a doutrina dos casos reais, que permitiu estabelecer a competência da jurisdição real sempre que o caso envolvesse interesse do Rei; a teoria da prevenção, que prorrogava a competência da jurisdição real nos casos a ela apresentados, mesmo quando não houvesse interesse do Rei; o instituto de apelação, que conferia à jurisdição real a qualidade de última instância, fazendo do Rei o juiz supremo; e a chamada “justiça retida”, que abrangia vários institutos, aos quais se pode relacionar correlatos contemporâneos como o indulto e a graça no âmbito criminal.

## 2 O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

Como visto no capítulo precedente, a idéia moderna de Constituição teve origem ainda no Medievo, quando se tratava de buscar limites, ou mesmo uma vinculação, para o exercício do poder. Ao longo de aproximadamente cinco séculos, formou-se um discurso sobre o poder cujos elementos principais reapareceriam no Constitucionalismo Moderno: soberania, governo limitado, representação, vontade popular, etc. A primeira fase do Constitucionalismo Moderno pode ser definida a partir da doutrina que lhe serviu de fundamento: o Liberalismo. Desta feita, não é possível compreender o Constitucionalismo Moderno sem antes esclarecer tal doutrina. O pensamento liberal apresenta, além de uma “doutrina política”, uma “doutrina econômica”. A relação entre ambas nem sempre se dá a conhecer de modo claro, mas uma pesquisa sobre seus fundamentos revela pontos de partida comuns. É sobre estes que recai a pesquisa no primeiro item do presente capítulo.

### 2.1. O Liberalismo

Como destaca ANDREW VINCENT, o individualismo constitui o “cerne metafísico e ontológico do pensamento liberal”.<sup>34</sup> Tal afirmação pode ser esclarecida quando se investiga a chamada “psicologia liberal”, vale dizer, a teoria do conhecimento que serve de base ao pensamento liberal. Esta teoria contou com formulações de LOCKE, HUME e KANT, embora se pudesse contar ainda as contribuições de HOBBS e mesmo DESCARTES<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> In *Ideologias Políticas Modernas*, trad. Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, p.42.

<sup>35</sup> De fato, uma investigação sobre a teoria do conhecimento de pensadores tipicamente liberais, isto é, cujo pensamento político seja de ordem liberal, acaba por encontrar raízes ora no racionalismo cartesiano, ora no empirismo hobbesiano. Ambos autores, entretanto, não se amoldam ao termo “liberal”, em seu sentido político.

Como relata UNGER<sup>36</sup>, a psicologia liberal parte de uma construção dualista do “eu”, dividida entre razão e desejo, sendo a primeira subordinada ou limitada pelo segundo. Esta cisão constitutiva do sujeito tem como desdobramento a afirmação de que os indivíduos em geral não se diferenciam pela capacidade de compreensão, sendo igualmente racionais. Diferem, no entanto, quanto aos desejos. Estes, por não serem submissos à razão, apresentam-se como arbitrários, ainda que por ela possam ser compreendidos. Disto decorre um certo caráter instrumental da razão, posto que, compreendendo os desejos, servirá à busca de sua satisfação. Esta busca pela satisfação dos desejos individuais é o elemento central do pensamento liberal.

Uma vez que é o desejo e não a razão que diferencia os homens, fica claro que a busca individual pela satisfação dos interesses leva ao conflito: não havendo outro juízo que a própria vontade, tenderão os homens a julgarem sempre em seu próprio interesse<sup>37</sup>. A diferença de desejos será, pois, constitutiva da ordem, na medida em que essa nasce daquela. Assim, o pensamento liberal anuirá com a existência do Estado de forma bastante precária, ao afirmar sua necessidade no âmbito restrito da regulação dos conflitos de interesse.

Afirmar que os homens diferenciam-se pelo desejo e não pela razão, implica a assunção de duas categoriais de pensamento, traduzidas noutra distinção: o universal e o particular. Conquanto a distinção não seja produto do pensamento liberal, foi por ele reorganizada. Desta forma, a razão foi identificada ao universal – aquilo que nos homens não se diferencia – ao passo que o desejo passou a

---

<sup>36</sup> Op. cit. p. 46-7.

<sup>37</sup> Neste ponto há diferenças entre os autores, especialmente dos denominados contratualistas. Assim, para Hobbes, o que caracterizaria o estado natural, pré-político, seria a guerra de todos contra todos, superada apenas com a instituição do Estado, a quem os indivíduos teriam transferido seus direitos; para Locke, o estado natural seria caracterizado pela liberdade, sendo necessária a criação do Estado a fim de evitar o abuso e, conseqüentemente, a violação dos direitos naturais, cuja proteção seria o fim do Estado. As diferenças entre estes dois autores podem ser interpretadas como defesas de propostas diferentes, respectivamente do Estado Absolutista ao Estado Liberal.



significar particularidade – aquilo pelo quê se distinguem os homens. A associação entre as duas classes (razão/universalidade  $\times$  desejo/particularidade) permite explicar como um corpo político constituído por indivíduos centrados em seus desejos pode estabelecer uma convivência pacífica.

A primeira condição para tanto é dada pela associação mesma das categorias: na medida em que o racional é universal é a ele, e não aos desejos, que se recorre para formular regras gerais de convivência. A impessoalidade das regras há de se impor ao particularismo dos valores, entendidos como ‘mera expressão social’ de desejos. O caráter relativo dos desejos revela-se também no caráter relativo dos valores – de onde o princípio geral de tolerância, característico do liberalismo – mas também à necessidade de que regras gerais não impliquem a adoção de valores particulares. Assim, da imbricação entre racional e universal surge a possibilidade de formulação de regras de convivência, desde que estas sejam meramente formais. O formalismo jurídico tem aí seu fundamento, permitindo distinguir entre Direito e Moral.<sup>38</sup>

Note-se que o pensamento liberal não se volta sobre a questão da coesão social, perquirindo por laços sociais, mas contenta-se com regras formais, na medida em que dispensa uma comunhão de valores. Poder-se-ia afirmar que, para o pensamento liberal, nem mesmo é requisito de uma sociedade a existência de tais laços, bastando a possibilidade de uma convivência pacífica garantida por regras. A sociedade seria apenas um aglomerado de indivíduos, cada qual centrado na busca egoística de seus interesses, cabendo ao Estado garantir as condições mínimas a esta busca.

Ao tratar da questão social de modo tão restrito, o pensamento liberal – e a doutrina política que lhe segue – estabelece o indivíduo como centro de sua

---

<sup>38</sup> Embora a referência a KELSEN e ao positivismo jurídico – cujo liberalismo é discutível – seja um imperativo neste tópico, a separação entre Direito e Moral já pode ser vislumbrada em KANT – um liberal em todos os aspectos. Nesse sentido, v. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000; particularmente, na Parte II, capítulos 3 a 6.

preocupação. O individualismo traduz-se na posição de primazia, tanto analítica quanto valorativa, que se confere ao indivíduo. Esta primazia é estabelecida pela chamada *teoria possessiva*, que considera o indivíduo proprietário de seu corpo e de suas habilidades, apresentando dois desdobramentos importantes: primeiro, ao estabelecer uma propriedade sobre o corpo, o pensamento liberal estabeleceu os contornos da liberdade e, por conseqüência, do poder; segundo, ao compreender as habilidades como propriedade da pessoa, derivada da propriedade sobre o corpo, o pensamento liberal permitiu definir o produto do trabalho como propriedade, favorecendo a sua forma econômica. Sobre estes desdobramentos a análise avançará adiante. Antes, faz-se necessário exame das experiências liberais no âmbito do Constitucionalismo.

## 2.2. As experiências do constitucionalismo liberal

Os temas do consenso e do contrato já haviam sido anunciados no pensamento político medieval, servindo de ponto de apoio adequado para uma concepção política fundada no indivíduo. Como salienta CONDE<sup>39</sup>, a filosofia do sujeito iniciada em fins do século XVII, permitiu ao Liberalismo formular uma moral utilitarista, apresentada como cálculo da felicidade em função da aquisição de bens. Esse individualismo encontraria sua forma política adequada no Direito Natural de fundamentação racionalista, que apresentava o Estado como resultado do consenso de indivíduos. Assim, o “contrato social” seria o fundamento de uma ordem política.

Os elementos da doutrina política liberal já estavam postos no debate sobre os limites do poder soberano, no âmbito das monarquias nacionais. Mas, até então, cuidava-se de uma reação articulada contra o Absolutismo, somente derivando um sentido mais liberal a partir das revoluções burguesas – a Inglesa, de 1688; a Francesa, de 1789; e a Norte-Americana, também em 1789. Há aqui uma diferença significativa de orientação e sentido, conforme a experiência

---

<sup>39</sup> CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional – volumen I* Madri: Tecnos, 1996, p. 42 a 44.

tomada em consideração. A análise dessas experiências permite, todavia, a visualização de elementos comuns.

### 2.2.1. A experiência inglesa

A Revolução de 1688 representa menos uma ruptura que uma consolidação, tendo em vista que a burguesia inglesa já havia firmado seu poder econômico, através do Mercantilismo<sup>40</sup>. Tratava-se de direcionar a reação ao poder real num sentido propriamente liberal. Assim, se já era possível vislumbrar no pensamento de BUCHANAN a fundação do Estado via contrato, só em LOCKE aparecem os fundamentos do Estado Liberal propriamente dito: governo limitado por leis, cuja edição caberia a um corpo político representativo – o Legislativo – instituído, tal como os demais poderes, para defender os direitos naturais dos indivíduos – com o quê se acrescia ao Constitucionalismo uma função de garantia.

Tal configuração resultou de um processo de conquistas sucessivas, cujo início pode ser indicado pela *Petition of Rights*, de 1628, como primeiro triunfo do Parlamento sobre o Rei<sup>41</sup>. Este documento continha limitações expressas ao uso da força e instituiu no contexto inglês a cláusula “*no taxation without representation*”, impondo um limite ao poder real no âmbito da arrecadação: a formação do erário passaria a contar com a voz do Parlamento. Em 1640, a primeira Revolução levaria à decapitação do Rei e à instauração da República de Cromwell. A monarquia seria restaurada em 1660, com CARLOS II, sucedido em 1685 por JAIME II, católico, cuja tentativa de impor seu credo à Inglaterra causaria sua deposição pela Revolução Gloriosa de 1688. Em seu lugar, assumiriam GUILHERME III e sua esposa, MARIA, somente aclamados sob a condição de submeterem-se ao *Common Law* e ao pacto com a nação, traduzido na *Bill of Rights*, de 1689. Este documento garantia o direito de petição, a inviolabilidade e liberdade dos parlamentares, estabelecia a vedação aos tribunais de exceção e a exigência do consentimento parlamentar para impor tributos e

---

<sup>40</sup> CONDE, *Curso*, p. 44 – 45.

<sup>41</sup> Neste sentido, CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* – tomo I. Coimbra: Almedina, 1993, p. 47.

organizar e manter as forças militares. Em 1701, o *Act of Settlement* fixaria a independência do Judiciário e a supremacia do legislativo<sup>42</sup>.

### 2.2.2. A experiência francesa

Os elementos da experiência inglesa reaparecerão no pensamento político continental, cerca de um século mais tarde, especialmente na obra de MONTESQUIEU, cuja associação ao Liberalismo não é isenta de controvérsias. CONDE considera tal associação equivocada, já que MONTESQUIEU se limitou a uma releitura da experiência inglesa, transpondo-a ao caso francês. Tanto assim que reconhecia mais uma “combinação” ou “arranjo” entre os poderes que propriamente uma separação entre eles – esta sim, uma tese liberal – e concentrando poder na câmara representativa da nobreza – a “Câmara Alta” em sua proposta<sup>43</sup>.

A ambigüidade presente na obra de MONTESQUIEU, bem como já vista na de BODIN, explica-se pelo contexto para o qual estavam voltadas: a França, do século XVIII. Diferentemente do caso inglês, aqui a Revolução significou ruptura, sem que isso signifique a substituição, pura e simples, de um regime por outro. O Estado Moderno francês surgiu sob a forma de Estado estamental, onde a nobreza detinha privilégios associados diretamente à propriedade fundiária. A jurisdição surge nesse contexto, como expressão do domínio territorial, vinculado à força militar. A manutenção dos privilégios nobiliárquicos, todavia, era condicionada à fraqueza do poder central, isto é, do poder real: somente se sustentariam enquanto o rei dependesse dos nobres para fazer a guerra e custear seus gastos – por meio das “rendas”. Ocorre que um novo estamento, associado ao comércio, ganha força política e se introduz no aparato estatal: a burguesia. De origem urbana, espírito livre, logo associada às artes e à cultura<sup>44</sup>, esta nova classe também constituiria a forma embrionária de serviço público.

---

<sup>42</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>43</sup> CONDE, *Curso*, p. 47 – 49.

<sup>44</sup> Nesse sentido, v. HABERMAS, J. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

A introdução da burguesia no aparato estatal tem ligações com o surgimento do direito público continental. Como visto no capítulo 1, a tradição jurídica desempenhou um papel dúplice no debate político instaurado no fim do Medievo e início da Idade Moderna, já que ofereceu argumentos tanto à defesa da Monarquia quanto a sua superação. Essa tradição tem suas raízes na redescoberta do Direito Romano por IRNÉRIO, ainda no século XI, no ensino do Direito. A tradição então fundada adentraria aos séculos seguintes, formando uma classe de juristas que se espalharia pela Europa continental, levando consigo conceitos e raciocínios uniformes<sup>45</sup>. Essa classe de juristas, formados numa mesma tradição jurídica, integraria o aparato estatal de vários países, permitindo a formação de um “Direito Público continental”. A relação entre essas classes e a burguesia dava-se pelo elemento econômico: IRNÉRIO, assim como outros mestres desta tradição, foram “lentes” nas primeiras universidades laicas, formadas em geral pela conjunção de capitais burgueses – os alunos, filhos de comerciantes, pagavam pelas lições.

No caso francês, o ingresso dos juristas burgueses no Estado permitiu a formulação da teoria da soberania – BODIN – a partir da qual foi possível ao Rei criar sua própria jurisdição e afirmar-se como juiz supremo<sup>46</sup>. O reforço da jurisdição real se fez à custa das jurisdições nobiliárquicas, por mecanismos de concentração do poder jurisdicional: a instituição de Tribunais do Rei, cuja competência era definida em razão da “matéria” – tudo que interessasse ao Rei; a possibilidade de recurso ao próprio monarca – a apelação; e o poder de conceder indulto ou graça, reservado ao Rei e utilizado como forma de enfraquecer as jurisdições locais. Além da concentração de poder jurisdicional, o Rei passou a contar com um mecanismo próprio de aquisição de receitas: a tributação<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Nesse sentido, v. SANTOS, Boaventura de Souza. *Crítica da Razão Indolente*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 120 e seguintes.

<sup>46</sup> Neste ponto, BRUM TORRES, *op. cit.*

<sup>47</sup> A diferença fundamental em relação ao caso inglês reside sobre o poder de tributar: na França, a ‘autorização’ traduziu-se em concessão, justificada por necessidades de defesa, tornando os tributos permanentes e o parlamento – Assembléia dos Estados Gerais – eventual; na Inglaterra,

Fundada na noção de *Imperium*, a imposição de tributos tornou-se fonte segura de arrecadação, permitindo a formação de um erário, independente do patrimônio pessoal do Rei e, portanto, independente das contribuições da nobreza fundiária. A formação do erário revelou-se a condição necessária para a constituição de exércitos permanentes sob o mando do Rei. Com isto, a nobreza não era mais peça essencial no jogo político e confrontava-se com problemas maiores que sua correspondente inglesa. Sobre tais problemas, aliás, FOUCAULT apresenta a seguinte síntese:

“O problema da nobreza francesa um século depois, no final do século XVII e no início do século XVIII, era evidentemente muito mais complicado [*em comparação com a situação da aristocracia inglesa*], já que se tratava, para ela, de lutar em duas frentes. De uma parte, contra a monarquia e suas usurpações do poder, de outra, contra o terceiro estado, que se aproveita justamente da monarquia absoluta para invadir, por sua vez e em seu proveito, os direitos da nobreza. Logo, luta em duas frentes, que não pode ser travada da mesma forma numa e na outra”.<sup>48</sup>

Certo que esta diferença de contexto não fez da nobreza fundiária da França uma defensora das liberdades, mas lhe impôs um papel ambíguo que, às portas da Revolução, levaria a uma polarização nos Estados Gerais: de um lado a nobreza e o alto clero, somando em um só o que antes eram dois estados<sup>49</sup>; de outro a burguesia, ampliada e com apoio do baixo clero, formando o Terceiro Estado, então descontente com o regime absolutista e a manutenção dos privilégios estamentais. A superioridade numérica do Terceiro Estado permitiu a SIEYÉS<sup>50</sup> identificá-lo à Assembléia Nacional Constituinte, passo fundamental para a Revolução e o regime que se seguiria. As conseqüências da Revolução de 1789 podem ser vislumbradas na própria história constitucional francesa, caracterizada

---

país insular e raramente sujeito a invasões ou guerras por fronteiras, o Rei tinha de recorrer periodicamente ao Parlamento, que, assim, tornou-se permanente. Nesse sentido, v. DUVERGER, Maurice. *As Modernas Tecnodemocracias – poder econômico e poder político*, tradução de Max da Costa Santos, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975, p. 32.

<sup>48</sup> In *Em defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*, trad. Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 170.

<sup>49</sup> Por “estado” designava-se cada uma das ordens ou classes integrantes da Assembléia dos Estados Gerais: nobreza, clero e burguesia.

<sup>50</sup> Cf. VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado – a regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p.54-55.

por rupturas sucessivas, sempre resultantes na edição de um novo texto constitucional – dezesseis ao longo de cento e quarenta anos. Dentre as conseqüências imediatas, a de maior interesse para os propósitos do presente estudo é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo artigo 16 fixou o conteúdo das Constituições liberais: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada nem determinada a separação de poderes, não tem Constituição”.<sup>51</sup>

### 2.2.3. A experiência norte-americana

A experiência revolucionária norte-americana destaca-se pelo sentido nitidamente republicano que assumiu desde o início. CAETANO<sup>52</sup> lembra que o conflito com a metrópole teve início em 1765, motivado pela imposição de tributos, considerados excessivos pelos colonos. Em 1774, forma-se o 1º Congresso Continental, na Filadélfia, visando coordenar os esforços na luta contra metrópole. No ano seguinte, o 2º Congresso seria instalado, mantendo-se em funcionamento até 1788. Este Congresso legaria duas contribuições à história político-constitucional norte-americana: a recomendação dirigida às colônias para que elaborassem suas próprias constituições, datada de 15 de maio de 1776; e a aprovação da Declaração de Independência, de 04 de julho do mesmo ano.

O Congresso Continental não era um corpo legislativo, a exemplo do Parlamento inglês ou mesmo da Assembléia francesa, mas uma “Assembléia Diplomática” que, durante a guerra de independência, assumira atribuições de gestão financeira e militar. Em 1781, mediante a aprovação dos *Articles of Confederation*, as colônias se organizaram em uma Confederação, sendo atribuída competências específicas ao Congresso: negócios estrangeiros, declaração de guerra e celebração da paz, cunhagem de moeda, manutenção do exército e da marinha, organização do serviço postal. A Confederação daria lugar à República em 1787, na Convenção da Filadélfia, com a aprovação da Constituição Federal.

---

<sup>51</sup> Apud BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional – volume I – fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 50.

<sup>52</sup> *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, p. 68 e seg.

Além das competências do Congresso Confederado, a União passou a desfrutar de competências específicas, pertencendo à competência estadual a matéria residual<sup>53</sup>. Esta divisão de competências assinala uma característica importante no constitucionalismo norte-americano: o federalismo, de marcada tendência descentralizadora. De resto, a Constituição Norte-americana serviria de modelo às constituições liberais<sup>54</sup>, tanto pelo conteúdo como pela concisão: em sete artigos, complementados por emendas posteriores, o texto estabelecia as competências da União, de modo limitado; a organização dos poderes, com suas funções e critérios de ingresso e a proteção aos direitos individuais<sup>55</sup>.

### 2.3. Os elementos comuns

A afirmação de direitos individuais e a separação de poderes caracterizam a primeira fase do Constitucionalismo moderno, de viés liberal. A ligação com a defesa de liberdade individual, presente na teoria do individualismo possessivo, se dá através da noção de direitos fundamentais do indivíduo frente ao Estado: tendo os indivíduos direitos dos quais não podem ser alijados, surge para o Estado um limite de atuação. A fim de garantir esta atuação limitada, divide-se o poder *no* Estado, estabelecendo funções próprias a cada poder constituído e, posteriormente, estabelecendo regras de controle recíproco. A importância dos direitos fundamentais do indivíduo é realçada no moderno Estado Constitucional, denotando um sentido universal não encontrado nos documentos anteriores, como esclarece HABERMAS:

“Os direitos humanos burgueses são claramente diferenciados dos antigos direitos à liberdade nos estados estamentais. Da *Magna Charta Libertatum* (1215) até a Declaração dos Direitos Humanos da Virgínia (1776) não há nenhum caminho direto que conduza através da *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e a *Bill of Rights* (1689). Os direitos estamentais de liberdade são, essencialmente, contratos entre corporações que fixam os limites de jogos de

---

<sup>53</sup> Na qual merecem destaque, para melhor compreender o sentido que o federalismo assumiu nos Estados Unidos da América, a competência legislativa civil e criminal, tanto material quanto processual, esta abrangida na competência dos Estados para estabelecer seus próprios tribunais.

<sup>54</sup> Importa notar que a Constituição dos Estados Unidos, aprovada em 1787 e em vigor a partir de 1790, antecedeu em dois anos a Declaração francesa.

<sup>55</sup> Estes seriam incluídos pelas dez primeiras emendas, v. CAETANO, *Manual*, Cap. II.



influência juridicamente permissíveis, não, porém, no sentido de confirmar a autonomia de uma esfera privada através das funções políticas de um público de pessoas privadas, ou seja, da esfera pública”.<sup>56</sup>

A formação da esfera pública moderna está diretamente relacionada à institucionalização, via Constituição, dos direitos individuais ou fundamentais de primeira geração. Pode-se, seguindo HABERMAS<sup>57</sup>, afirmar que esses direitos são a expressão jurídica das condições concretas que permitiram a formação da esfera pública politizada e diferenciada da esfera privada: sem a expressão livre do pensamento, tanto na correspondência e na imprensa como nas reuniões em sociedade, não se teria constituído uma classe formadora de opinião e politizada o bastante para pretender o exercício do poder, sobretudo por meio de representantes eleitos. A fundação dos primeiros serviços postais, de origem privada no continente europeu<sup>58</sup>, tinha por objetivo a troca de informações e títulos cambiais entre comerciantes de praças diferentes. Os escritórios postais logo perceberam a possibilidade de lucrar com a publicação dessas informações, cujo conteúdo abrangia do clima à cotação de preços, passando pela atividade parlamentar, especialmente a criação de tributos. Essas publicações são a origem da imprensa moderna e posteriormente atraíram o interesse dos governantes, cujos atos também seriam publicados via imprensa oficial<sup>59</sup>.

A idéia de publicidade dos atos de governo teve como precedente concreto a publicação do balanço do orçamento nacional francês, em 1774, por ordem do Ministro da Fazenda, configurando a primeira prestação de contas públicas da

---

<sup>56</sup> In *Mudança estrutural da esfera pública*, nota 59, p. 103.

<sup>57</sup> In *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 103.

<sup>58</sup> Nos Estados Unidos sua organização competiria ao poder público, mais especificamente à União, indicando uma ligação forte entre os interesses comerciais e a formação da esfera pública naquele país.

<sup>59</sup> Não propriamente em busca de transparência, mas visando uma maior eficácia da aplicação da lei. O próprio HABERMAS assinala a resistência do parlamento inglês em conferir publicidade a suas sessões, relatando a expulsão de jornalistas do plenário e o fato de que estes profissionais somente conquistariam um espaço próprio mais tarde. Também no continente europeu, a publicidade dos atos estatais seria diferenciada, verificando-se no Poder Judiciário antes da administração pública em sentido estrito, in *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 104 e seg.

época moderna. O fato ocasionou, além da queda do Ministro, a convocação extraordinária dos Estados Gerais, a culminar com a Revolução de 1789. Como destaca HABERMAS<sup>60</sup>, é neste contexto que são fixadas as características do Poder Legislativo moderno: publicidade, partidarismo e desempenho de funções constitucionalmente estabelecidas.

A afirmação constitucional dos direitos individuais e das correlatas limitações ao poder estatal revela-se condicionante também da liberalização do comércio, objetivo do liberalismo no âmbito econômico. A diferença entre as experiências políticas permite explicar a diferença de tempo na liberalização: a Inglaterra encontrava-se, no século XVIII, em pleno desenvolvimento mercantil, consolidando seu comércio internacional; a França suprimiria as últimas regulamentações corporativistas do comércio e da indústria somente em 1791<sup>61</sup>; os Estados Unidos têm sua fundação diretamente ligada à liberdade de comércio, sendo a guerra de independência também – e talvez principalmente – uma guerra pelo comércio livre, bem expressa no fato da revolta dos colonos se dirigir especialmente contra a tributação.

Outro elemento comum às constituições liberais é a separação de poderes. Ainda que assumam colorações diferentes conforme a experiência em questão, os contornos são os mesmos: limitações ao Executivo, independência do Judiciário (especialmente em relação ao primeiro) e supremacia do Legislativo.

A experiência inglesa é a própria história de limitação do poder real: mesmo antes de assumir o sentido constitucional moderno, os documentos como a *Magna Charta*, de 1215, já apontavam o sentido de limitação progressiva deste poder. Com a instituição do parlamentarismo, o monarca passou à posição figurativa, tendo o Primeiro-Ministro assumido atribuições cada vez maiores ao longo da história, ainda que pela via do costume político. A supremacia do parlamento traduzir-se-ia na composição do gabinete de governo, cujos cargos são de livre

---

<sup>60</sup> In *Mudança estrutural*, p. 89.

<sup>61</sup> Sobre os contextos inglês e francês, v. HABERMAS, *Mudança estrutural*, p. 97-98.

designação pelo Primeiro-ministro, ele próprio um parlamentar eleito. Outro elemento indicativo da supremacia parlamentar é a prerrogativa conferida à Câmara baixa (*House of Commons*) em matéria financeira. O Legislativo britânico evoluiu de um parlamentarismo aristocrático, com forte concentração de poder na Câmara Alta (*House of Lords*) para um bicameralismo relativo, onde as prerrogativas da Câmara Baixa são mais numerosas. Este fenômeno é explicado pelo alargamento da base eleitoral, processo que se iniciou em 1832 e foi concluído em 1948, com a supressão dos últimos requisitos censitários<sup>62</sup>.

No caso francês, a fluidez dos textos constitucionais – dezesseis ao longo de aproximadamente cento e quarenta anos – impede a visualização das relações entre os poderes em termos estáticos. A história constitucional francesa retrata uma relação dinâmica entre Executivo e Legislativo, provocando sucessivas mudanças no esquema constitucional. Esta relação, no entanto, permitiu o estabelecimento da reserva legal, consistente na determinação constitucional de matérias cuja regulamentação depende de lei em sentido formal, isto é, produzida pelo Poder Legislativo. De outra ponta, implica o reconhecimento de poderes regulamentares ao Executivo, traduzindo uma rígida separação de poderes.

Na experiência constitucional norte-americana<sup>63</sup> a tensão mais forte se verificou na distribuição espacial do poder, tendo a forma federativa sofrido uma grave crise com a Guerra de Secessão, de 1861 a 1865. A vitória da Federação sobre os Estados Confederados do Sul provocou uma concentração de poder em favor da União, levando os vencidos a se reunirem sob uma mesma legenda partidária – o Partido Democrata. A instabilidade federativa também seria responsável pela consolidação de um modelo próprio de separação de poderes: não havendo instância política apta a decidir sobre a melhor interpretação constitucional, o Judiciário tomou para si esta tarefa, passando a exercer o

---

<sup>62</sup> CAETANO, *Manual*, p. 55-56.

<sup>63</sup> CAETANO, *Manual*, Capítulo II.

controle de constitucionalidade<sup>64</sup>. Embora este fator possa induzir à idéia de uma supremacia jurisdicional, a importância do Legislativo na experiência constitucional norte-americana não é menor: a longevidade da Constituição é explicada, em parte, pela atuação do Legislativo, cuja moderação conferiu às leis uma respeitabilidade próxima àquela de que desfruta a própria Constituição.

O reconhecimento de direitos individuais e a separação de poderes visam garantir a liberdade dos indivíduos frente ao Estado. Contudo, trata-se de limites negativos, que não explicam como um regime político possa garantir ao indivíduo, além do espaço necessário ao exercício de sua liberdade, a possibilidade dele influir na esfera pública. Nesse ponto, o ideal democrático é atrelado ao Liberalismo, sendo relido a partir da perspectiva individualista. Explica-se: na democracia em sentido clássico, ou seja, da Grécia Antiga, a participação nos processos de decisão política era caracterizada como dever; na perspectiva liberal, a prevalência do indivíduo sobre a coletividade – não mais que um conjunto de indivíduos – implica a conversão da participação política em um direito<sup>65</sup>. Mas, supondo a impossibilidade fática de exercício pessoal desse direito, admite-se sua delegação por meio de uma “procuração” – o mandato político. A democracia no sentido liberal será a representativa, em alguns casos indireta e, durante mais de dois séculos, censitária. Além das restrições de ordem econômica, o direito ao voto também foi limitado em função do sexo, da cor da pele e do grau de instrução.

Mesmo depois de superadas as restrições – processo que se iniciou no século XIX e avançou no século XX – a democracia liberal permaneceu estritamente formal. Isto se deve, em parte, à definição de cidadania como participação política que, no caso da democracia liberal, reduziu-se ao direito de

---

<sup>64</sup> Experiência singular e precoce: surgiu sob a forma do controle difuso e antecedeu à Europa, onde o controle de constitucionalidade – em regra concentrado – se institucionaliza no início do século XX, com a Corte austríaca.

<sup>65</sup> CAPELLA, Juan Ramón. *O Fruto Proibido – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Tradução de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 115.

voto<sup>66</sup>. Além dessa definição estreita de cidadania, o reconhecimento dos direitos e liberdades individuais como limites à atuação estatal – o sentido estritamente negativo de liberdade – não permitia a formulação de pretensões positivas do cidadão perante o Estado. A este coube a função de espaço de discussão pública, sem intervenção na esfera privada, notadamente na economia.

A definição formal de cidadania, para a qual o indivíduo concreto era despido de suas características reais, permitiu a igualdade formal do voto e, com isso, a idéia de que o processo eleitoral é desempenhado por eleitores em posições iguais. Também os candidatos estariam, formalmente, em relação de igualdade, numa espécie de concorrência pelo maior número de votos. Uma vez que o processo eleitoral pôde ser traduzido em termos de escolha e concorrência, tornou-se possível sua valoração econômica, sofrendo o poder político a influência direta do poder econômico e desestabilizando as posições dos eleitores. Como conseqüência, tem-se um distanciamento entre a realidade social e atribuição constitucional de direitos políticos, como pontua HABERMAS:

“O Estado de Direito burguês pretende, à base da esfera pública em funcionamento, uma organização do poder público tal que garanta a sua subordinação às exigências de uma esfera privada que se pretende neutralizada quanto ao poder e emancipada quanto à dominação. As normas constitucionais são, com isso, fundadas num modelo de sociedade civil burguesa a cuja realidade elas não correspondem”.<sup>67</sup>

#### **2.4.A dimensão econômica**

A idéia de uma esfera pública distinta da esfera privada é própria do pensamento liberal e permite compreender a relação que se estabelece entre ele e o modo de produção capitalista, a se desenvolver grandemente com a industrialização. Como aludido no início deste capítulo, o pensamento liberal apresentou, além de uma doutrina política, uma doutrina econômica, igualmente baseada no individualismo e que considerava a busca egoística dos interesses o fundamento da ordem natural da economia. Essa “ordem natural” da economia era pensada a partir da liberdade individual, visualizando a sociedade também como

---

<sup>66</sup> Idem, p.116.

<sup>67</sup> In *Mudança estrutural*, p. 104.

aglomerado de indivíduos que, pretendendo satisfazer seus desejos, entravam em concorrência<sup>68</sup>.

A chamada Escola Clássica do pensamento econômico liberal considerava a concorrência um elemento crucial ao desenvolvimento de uma ordem econômica auto-regulada, dispensando a intervenção estatal. Esta ordem econômica auto-regulada e pautada na livre iniciativa e na concorrência somente se concretizaria atendidos certos pressupostos: número indefinido de participantes, no caso indivíduos; atuação racional dos mesmos em busca da maximização da utilidade nas trocas, isto é, maior satisfação ao menor custo; fungibilidade das mercadorias; transparência no mercado e capacidade de resposta imediata à demanda<sup>69</sup>. Dentre estes pressupostos, a idéia de concorrência perfeita revela-se central: o número indefinido de participantes impediria a concentração de poder econômico e, portanto, o domínio do mercado por um ou alguns de seus participantes.

A tradução jurídica dessa ordem econômica seria feita a partir das Constituições e também dos códigos. Nas primeiras, através da afirmação da liberdade e da propriedade como direitos fundamentais, dos quais o indivíduo não poderia ser ‘desapropriado’<sup>70</sup>. Entendida a propriedade privada, especialmente dos meios de produção, como “expressão jurídica primeira do sistema capitalista”<sup>71</sup>, caberia aos códigos do século XVIII sua delimitação jurídica: titularidade, poderes, formas de aquisição e transferência (contrato e herança), foram regulados de maneira detalhada.

Nas Constituições, a afirmação dos direitos fundamentais – ou naturais – do indivíduo não se limitava à propriedade privada e à liberdade individual em tom genérico. A imbricação dos dois conceitos permitia inferir – quando não estivesse expressa no texto – a livre iniciativa, a qual se atribuía um sentido

---

<sup>68</sup> Aquilo que na ordem política era designado como conflito.

<sup>69</sup> MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*, Coimbra: Centelha, 1978, p. 43.

<sup>70</sup> A expressão é adequada à idéia de propriedade sobre si mesmo, como direito natural, própria da teoria do individualismo possessivo.

<sup>71</sup> MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p.28.

predominantemente individual. A primazia da empresa individual se explicava, primeiro, pelo individualismo que sustentava todo edifício do pensamento liberal, traduzindo-se economicamente na livre iniciativa; segundo, na idéia de ordem natural da economia que, como visto, pressupunha um mercado concorrencial de participantes individuais e, terceiro, por um imperativo prático, específico do contexto francês: a necessidade da burguesia romper com as antigas corporações de ofício<sup>72</sup>. Em função do caráter coletivista destas corporações, a afirmação da liberdade de empresa na França assumiria um conteúdo fortemente individualista, servindo de fundamento para obstaculizar a formação de associações de classe, durante boa parte do século XIX<sup>73</sup>.

Na perspectiva constitucional, a afirmação de direitos naturais do indivíduo se fazia num sentido limitativo do poder estatal. A afirmação da liberdade de empresa ou sua inferência a partir do direito de propriedade também assumiu essa característica, estabelecendo o fundamento da relação entre o Estado e a economia: esta era assunto privado, não devendo nela interferir a esfera pública, consubstanciada no primeiro. Como sintetiza MOREIRA: “A função do estado deve limitar-se à defesa da sociedade das ameaças ou agressões que a visem e ao exercício da polícia sobre as prestações que intentem pôr em causa a sanidade do corpo social”.<sup>74</sup> A idéia de absentéismo estatal se exprimiria no cerne do direito público moderno, configurando o Direito Administrativo em torno da atividade de fiscalização – o poder de polícia – e acentuando os limites da tributação, destinada a cobrir as despesas do Estado, sem interferir na economia<sup>75</sup>. Isto não significou, entretanto, a ausência absoluta de serviços prestados pelo Estado, sendo alguns considerados obrigatórios. Assim, caberia ao Estado garantir condições mínimas de produtividade<sup>76</sup>, que abrangiam desde a infra-estrutura (estradas, transportes,

---

<sup>72</sup> MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 73 e seg.

<sup>73</sup> Idem, *ibidem*, p. 80, nota 29.

<sup>74</sup> Idem, *ibidem*, p. 40.

<sup>75</sup> Desse período a política fiscal cujo lema era “deixe-os como estão”, no sentido da tributação não alterar as posições relativas dos indivíduos no mercado concorrencial, v. MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 40.

<sup>76</sup> CAPELLA, *O fruto proibido*, p. 127.

comunicações, serviço postal e sistemas de convenções, como pesos e medidas, meteorologia, definição do calendário), até a reprodução das formas de trabalho, via ensino e pesquisa, passando também pela proteção aduaneira do mercado interno e garantia de sua estabilidade, via política monetária. Tais serviços foram desempenhados pelo Estado, não somente após as revoluções burguesas<sup>77</sup>, mas durante a fase da industrialização no século XIX<sup>78</sup>.

A atuação estatal nesses setores revela que a caracterização do Estado Liberal em termos de absentéismo assume feições ideológicas, não servindo de descrição da realidade. Assim, mais preciso é falar em um Estado limitado, isto é, um Estado em que o poder político é limitado em favor do poder econômico. Segundo DUVERGER<sup>79</sup> essa limitação seria obtida pela combinação da supremacia legislativa com uma “administração pública mínima”. Para esse autor, a inadequação dos parlamentos à matéria econômica seria resultado de sua própria racionalidade: criados como representação política da sociedade – ainda que limitada à classe burguesa pelo voto censitário – os parlamentos tem sua essência no debate público, atividade na qual consomem mais tempo que o aceitável, pelo capital, para tomada de decisões.

## 2.5. A crise

O processo de industrialização, acentuado no século XIX, dependeu de certas condições: a formação de um exército de mão-de-obra, sendo garantias de preço baixo a superioridade da oferta em relação à demanda e a obtenção de energia a baixo custo a partir de fontes naturais abundantes (numa primeira fase o

---

<sup>77</sup> Especialmente o caso norte-americano, cujas competências constitucionais já foram referidas; mas também verificado na França, com a organização de um novo calendário e do sistema de pesos e medidas.

<sup>78</sup> Importante a experiência inglesa, destacada pela aplicação inicialmente incondicional do *laissez-faire*, seria a primeira a lançar mão do controle de política monetária através de um banco oficial, garantindo estabilidade ao capital, v. HABERMAS, *Mudança estrutural*, p. 76-78.

<sup>79</sup> In *As Modernas Tecnodemocracias – poder econômico e poder político*, tradução de Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975, p. 68.



carvão, encontrado sob a forma mineral ou produzido a partir da madeira; posteriormente, o petróleo)<sup>80</sup>.

A abundância de mão-de-obra, entretanto, se por um lado viabilizava a industrialização, frustrava o ideal de ordem econômica do liberalismo clássico: a oferta excessiva desequilibrava a concorrência, colocando todos os trabalhadores – empregados ou não - em posição subalterna frente aos empresários. O surgimento desse “exército” de mão-de-obra era já a consequência de outro fenômeno, igualmente responsável pela frustração do modelo econômico liberal<sup>81</sup>: a associação de capitais para o exercício da indústria. As sociedades empresárias, em especial as constituídas sob a forma de companhias, contrariavam o pressuposto básico do mercado de concorrentes ilimitados, constituindo formas monopolistas ou quase-monopolistas. Essas grandes corporações, encontradas já no século XIX, estabeleceriam as regras de mercado entre si, chegando a estabelecer acordos de partilha, forma embrionária dos cartéis do século seguinte.

Mas a abundância de mão-de-obra - com a formação de um “exército de reserva” - implicava também a impossibilidade de sustento das famílias. A situação de miséria dos trabalhadores sem emprego e suas famílias levou à formação de associações de auxílio, pelos próprios trabalhadores, que serviriam de base à formação dos sindicatos. A organização de greves e manifestações públicas sofreria dura repressão do Estado, indicando um limite claro ao absentismo que se lhe atribuía. A pressão exercida pelos trabalhadores provocou a extensão do sufrágio, possibilitando a eleição de representantes classistas e a formação de partidos de trabalhadores.

Tais fenômenos receberam respostas pontuais, como era em geral a “intervenção” do Estado Liberal na economia: Inglaterra e França seriam os primeiros a aceitar os sindicatos, processo que se estenderia pela Europa até o início da Primeira Guerra Mundial; os Estados Unidos seriam os primeiros a

---

<sup>80</sup> CAPELLA, *O fruto proibido*, p. 96.

<sup>81</sup> Modelo teórico esclareça-se.

elaborar a legislação antitruste (*Clayton Act*, de 1896); as sociedades anônimas na Inglaterra seriam reguladas em 1844 (*Joint Stock Companies Act*), ficando a emissão de ações condicionada à autorização parlamentar, até 1862; de 1883 a 1889, a Alemanha de BISMARCK editaria as primeiras leis de previdência e assistência social<sup>82</sup>.

Por serem pontuais, tais medidas não surtiram o efeito esperado, a isto se somando a irrupção da Primeira Guerra Mundial, cuja demanda armamentista provocou desequilíbrios na distribuição e, conseqüentemente, na produção como um todo. Os desequilíbrios se acentuariam na Europa quando, já no pós-guerra, os Estados Unidos interromperiam o fornecimento com pagamento a prazo a fim de evitar uma crise maior<sup>83</sup>. Esta não pode ser evitada, empurrando o Estado para a economia. O crescimento da intervenção estatal seria ainda apoiado pelos novos partidos de massa, isto é, de trabalhadores, a exigir melhores condições de trabalho. Tal contexto moldaria a fase seguinte do Constitucionalismo Moderno.

---

<sup>82</sup> Cf. MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 81-86; e SÁNCHEZ, Jordi. “El Estado de Bienestar”, in BADIA, Miquel Caminal (coord.), *Manual de Ciência Política*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 242. Nesse último, a relação de leis alemãs: lei de seguridade social, 1883; lei de acidentes de trabalho, 1884; lei de invalidez e velhice, 1889.

<sup>83</sup> Segundo DUVERGER, os Estados Unidos saíram da Primeira Guerra Mundial com um crédito, em face da Europa, estimado em quatro bilhões de dólares, que aumentaria com a substituição da demanda militar pela demanda civil. A interrupção das linhas de crédito aumentaria os estoques, provocando queda de preços e levando à falência generalizada – cerca de 100.000 falências, só em 1921. A crise passaria pelo setor agrícola, antes de atingir o financeiro, cujo ápice foi o *Crash* de 1929. In *As Modernas Tecnodemocracias*, p. 113-114.

### 3 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Ao fim do século XIX, os movimentos de trabalhadores já haviam se alastrado pela Europa, aumentando em número e força, graças à própria industrialização: quanto mais se ampliavam as indústrias, maior o número de trabalhadores; também mais facilmente se organizavam, em virtude da realização conjunta do trabalho no interior das fábricas. As pressões crescentes dos movimentos obreiros logo se fizeram sentir, começando com o reconhecimento dos sindicatos, na Inglaterra e na França, e a legislação social, na Alemanha; passando pela ampliação do direito a voto, que permitiria aos trabalhadores formarem partidos e elegerem seus representantes. Esse processo não foi, contudo, linear, mas conheceu avanços e recuos, como destaca CAPELLA<sup>84</sup>:

“Se deve ter em conta, por último, que já no século XIX em alguns países e, sobretudo no século XX, o estado gendarme experimenta um longo processo de mestiçagem e hibridação, tanto para fazer frente às demandas do movimento obreiro como para fazer-se compatível com as exigências das novas formas monopolistas. O processo desemboca em um modelo estatal distinto que recebe os nomes de estado intervencionista, estado assistencial ou (muito propagandista e ideologicamente) ‘estado de bem-estar’”.

A compatibilidade de demandas opostas assumiria a forma de compromissos, que se diferenciavam pontualmente – explicando a diferença das formas estatais deles decorrentes – sem se afastarem de um sentido mais geral: evitar o recrudescimento dos conflitos sociais e particularmente sua transformação em processo revolucionário (particularmente na ótica do capital). Assim, o crescimento do movimento obreiro não é causa isolada da presença do capital nesses “compromissos” do início do século: a ela se associa o elemento ideológico traduzido no socialismo revolucionário.

---

<sup>84</sup> In *O fruto proibido*, p.120.

Tais “compromissos” teriam tradução jurídica específica no Constitucionalismo<sup>85</sup>, designada genericamente pela expressão “Constitucionalismo Social”. As formas estatais dele resultantes são, no entanto, variadas. Como característica geral, pode-se referir à inclusão dos direitos dos trabalhadores e do estabelecimento de uma “ordem econômica constitucional”.<sup>86</sup>

As Constituições Liberais limitavam a “matéria econômica” aos direitos individuais de propriedade e de liberdade – especialmente a liberdade de empresa ou de iniciativa – não contendo qualquer referência ao desempenho de atividades econômicas por sociedades empresárias - muito menos em situação monopolista ou quase monopolista. Também não dispunham, em seus catálogos de direitos, sobre o direito ao trabalho ou sobre as condições mínimas de trabalho. Já as novas Constituições do século XX conteriam tais matérias, por vezes em normas esparsas, por vezes num capítulo próprio, sendo a Constituição Mexicana de 1917, exemplo da primeira hipótese e a alemã – Constituição de Weimar – de 1919, exemplo da segunda.

De fato, a Constituição de Weimar tornar-se-ia paradigmática, em dois pontos: primeiro, por organizar a matéria econômica em um capítulo, no que seria seguida pela maioria das Constituições da primeira metade do século e mesmo depois; segundo, por sua ineficácia social<sup>87</sup>. Este ponto revela um limite à superação do modelo liberal, que não se encontra no âmbito político – virtualmente aberto a toda e qualquer demanda social – e sim no jurídico: a teoria jurídica liberal desconhecia direitos que não fossem individuais tanto na sua titularidade como no seu exercício, os direitos econômicos nem sempre associavam a titularidade individual a um exercício igualmente individual, surgindo daí os direitos individuais de expressão coletiva. Além desse fator

---

<sup>85</sup> Exceção feita ao *New Deal* – “novo acordo”, literalmente – norte-americano, implementado via legislativa e administrativa, sofrendo reveses na sua implementação por força de decisões da Suprema Corte, declarando a inconstitucionalidade de algumas medidas.

<sup>86</sup> Cf. MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 136 e segs.

<sup>87</sup> Cf. SÁNCHEZ, Jordi. “El Estado de Bienestar”, in BADIA, Miquel Caminal (coord.), *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Tecnos, 1996, p 243.

teórico, havia uma polarização entre os constitucionalistas alemães à época: de um lado, os defensores da “democracia social”, indicando-a como única barreira contra a ascensão do nazismo; de outro, os que propugnavam o uso, pelo Presidente, dos poderes especiais previstos no artigo 48 do texto constitucional. Entre os primeiros, destacou-se HERMANN HELLER, cuja proposta de democracia social implicava a auto-regulamentação obreira, mediante negociação entre sindicato e empresa, representando o texto constitucional um mínimo inderrogável<sup>88</sup>. Dentre os defensores do uso de poderes especiais, destacou-se CARL SCHMITT, que definia a Constituição como decisão política fundamental, reconhecendo como soberano quem detivesse o poder de decidir sobre o estado de exceção<sup>89</sup>. Dada a ineficácia social, especialmente agravada com a ascensão do nazismo ao poder em 1933, a Constituição de Weimar restou como exemplo teórico, sem tradução prática.

Diversamente, a Constituição Mexicana de 1917 retrataria conquistas revolucionárias, consistindo um ‘monumento’ da história constitucional latino-americana. Tratando da matéria econômica em dispositivos esparsos de seu texto, a Constituição Mexicana fez-se notável ainda por sua duração: ainda em vigor, é a de mais longa duração da América Latina. Dentre as inovações por ela introduzidas, está uma extensa e detalhada regulamentação do direito de propriedade, em tom nitidamente coletivista (art.27), a vedação a práticas de monopólio (art. 28) e o direito ao trabalho digno e socialmente útil (art.123)<sup>90</sup>.

### **3.1. O surgimento do Estado Social: o *New Deal* e o compromisso sueco<sup>91</sup>**

As primeiras experiências concretas de Estado Social ocorreriam após a Crise de 1929, nos Estados Unidos e na Suécia, traduzindo experiências

---

<sup>88</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>89</sup> *Apud* SCALONE, Antonio. “Direito, decisão e representação: o poder em Carl Schmitt”, in DUSO, Giuseppe (org.). *O Poder – História de Filosofia Política Moderna*, tradução de Andrea Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005, 429.

<sup>90</sup> In <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/1.pdf> acessado em 24.11.2005.

<sup>91</sup> Nessa parte, especialmente úteis as informações de SÁNCHEZ, Jordi, *op. cit.*

diferentes. O Estado Social conta em verdade com variações significativas de acordo com o país onde foi implementado. A fim de estabelecer uma tipologia, MOREIRA<sup>92</sup> distingue entre Estado Providência e Estado de Bem-estar Social: o primeiro comprometido com a prestação de serviços permanentes de saúde, ensino e assistência social; o segundo, operando mecanismos de redistribuição de renda e investimentos sociais. Assim, a idéia de Estado Providência estaria vinculada à idéia de mínimo vital, enquanto a de Estado de Bem-estar ligar-se-ia a de justiça social.

Nas experiências norte-americana e sueca, pode-se vislumbrar essa diferenciação: enquanto o *New Deal* norte-americano caracterizou-se por investimentos públicos voltados ao pleno emprego, mas sem contar com um sistema de previdência pública; o compromisso sueco trataria de ampliar os direitos sociais, inclusive com a criação de uma rede de proteção social<sup>93</sup>. Embora ambos países experimentassem altos índices de desemprego, o contexto sueco continha um componente desconhecido nos Estados Unidos à época: um movimento obreiro organizado em sindicatos fortes e influenciado pelo socialismo, bastante próximo da primeira experiência concreta – a Revolução Russa de 1917. Esse contexto levaria a classe produtora sueca a um compromisso com os sindicatos, resultando na primeira experiência de Estado Providência a ter sucesso.

Nos Estados Unidos o que se viu foi o crescimento da intervenção estatal na economia, culminando no chamado *Welfare State*, expressão cunhada na Grã-bretanha<sup>94</sup>, em 1942, sob influência da experiência norte-americana. A ampliação da intervenção estatal implicou o aumento da administração pública, com agigantamento do Poder Executivo, fato que se tornaria característico nas experiências seguintes de Estado Social. A atuação econômica do Estado

---

<sup>92</sup> In *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 117-118.

<sup>93</sup> SANCHÉZ, Jordi. “El Estado de Bienestar”, p. 244.

<sup>94</sup> Em relatório apresentado por WILLIAN BEVERIDGE, político inglês de clivagem ‘liberal’, tinha o título original de *Report on Social Insurance and Allied Services* e propunha a reforma da seguridade social britânica. Cf. SÁNCHEZ, Jordi. “El Estado de Bienestar”, p. 239.

apresentou-se problemática num país conhecido por seu liberalismo, tanto político quanto econômico, mas vencidas as resistências iniciais, pôde se implementar sob o argumento de que se tratava, apenas de reconduzir a economia à sua “ordem natural”. Essa linha de argumentação revela, no entanto, uma contradição do pensamento liberal, já que a “ordem natural” de que falavam os liberais clássicos caracterizava-se por uma capacidade de auto-regulamentação – a “mão invisível”, de que falava ADAM SMITH – baseada na livre concorrência<sup>95</sup>.

### 3.2. O Pós-guerra: consolidação do Estado Social

A Segunda Guerra Mundial significaria uma interrupção dos processos políticos de reforma na Europa. Somente com o fim do conflito tais reformas voltariam à cena, em grande parte motivadas pelas conseqüências do mesmo. A Europa devastada contaria com empréstimos norte-americanos – o Plano Marshall – para se reestruturar, ficando econômica, militar e politicamente dependente dos Estados Unidos nas décadas seguintes ao fim da guerra. No âmbito político, assistir-se-ia a uma série de reformas, engendradas na via constitucional, no sentido de construção do Estado Social. Embora as experiências sejam variadas, pode-se indicar dois elementos comuns: a formação de um sistema de seguridade social e a intervenção estatal na economia, por meio de políticas fiscais e monetárias.

A intervenção visava assegurar o crescimento econômico, mantido o sistema capitalista, com regulação estatal da concorrência. Além disso, a desativação do conflito social ficaria a cargo do Estado, promovendo políticas de bem-estar e inclusão social<sup>96</sup>. Para tanto, formou-se um consenso “liberal-social”, cuja justificação conheceu três ordens de argumentação: primeira, a ‘pragmática’, indicando as políticas sociais como instrumento de adequação à economia industrial; segunda, a ‘funcional’, que apostava nas políticas sociais como reforço da cidadania; terceira, a ‘modernista’, afirmando que tais políticas eram medidas

---

<sup>95</sup> DUVERGER, Maurice. *As Modernas Tecnodemocracias*, p. 116.

<sup>96</sup> SÁNCHEZ, Jordi. “El Estado de Bienestar”, p. 246.

compensatórias ao processo de industrialização<sup>97</sup>. As três linhas de argumentação revelam-se ideológicas com a evolução das grandes corporações monopolistas e a emergência do consumismo, especialmente nas décadas de 50 e 60. Como destaca CAPELLA:

“A produção de massa significou também gasto público (ou seja, salário indireto e bens oferecidos a todos em geral) para manter a demanda: educação e sanidade para obter pessoas capacitadas e com saúde para trabalhar; urbanização, energia e comunicações a preços políticos para que possa haver vivendas, automóveis, geladeiras e televisores; pavimentação e pistas para que os automóveis corram por elas”.<sup>98</sup>

A intervenção estatal na economia não é um processo uniforme, mas apresenta variações de grau, forma e mecanismos<sup>99</sup>. Quanto à gradação, há que se considerar que, já em fins do século XIX, sob pressão dos movimentos obreiros, os Estados realizaram medidas de intervenção, mas de modo pontual e desarticulado. Com o Estado Social essa intervenção assume feição sistemática, traduzida na expressão “dirigismo estatal”, com a qual se pretendeu traduzir uma orientação política da economia. No tocante às formas de intervenção, as experiências concretas revelam uma variabilidade que dificulta uma análise pormenorizada. De um modo geral, a implementação do Estado Social dependeu do recurso crescente ao Direito Público, especialmente no âmbito da administração e do Poder Executivo, ampliado ao receber atribuições normativas<sup>100</sup>. Com isso o Estado dispunha desde a edição de ordens diretas aos particulares, até a política fiscal para influenciar no comportamento dos agentes econômicos. Quando a indução dos comportamentos revelava-se insuficiente ou desinteressante, o Estado atuava diretamente, criando empresas a fim de regular a demanda, os preços ou simplesmente auferir lucro. Os ramos de exploração abrangiam desde serviços fundamentais cuja prestação não era compensadora para iniciativa privada (energia elétrica, saneamento, etc.) até setores considerados

---

<sup>97</sup> Idem, *ibidem*, p. 248.

<sup>98</sup> In *O fruto proibido*, p. 166.

<sup>99</sup> MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 204 e seguintes.

<sup>100</sup> Na Constituição italiana de 1948, com os “provedimenti”, medidas emergenciais a cargo do executivo; na Constituição francesa de 1958, com os decretos regulamentares, cujo conteúdo não se submete ao legislativo.



tipicamente privados (bancos, transporte aéreo, p. ex.). Outro mecanismo recorrente foi a manipulação das finanças públicas, fosse através de benefícios fiscais, fosse pela concessão de incentivos diretos – subvenções, linhas de crédito ou empréstimos a juros reduzidos.

### **3.3. Os elementos comuns: a Constituição Econômica**

Como destaca MOREIRA<sup>101</sup>, há um ponto de convergência dos modelos jurídicos do capitalismo: a Constituição Econômica. Esse ponto comum interessa especialmente ao estudo do Constitucionalismo Social, já que permite estabelecer uma identidade de princípios e institutos, verificados em várias constituições positivas. Dentre esses elementos, já se referiu à intervenção – sobre o qual se falará mais a seguir – cabendo ainda examinar os direitos econômicos e a organização da economia.

#### **3.3.1. A intervenção estatal e o princípio da subsidiariedade**

A *intervenção* implica duas ordens de questionamento: os limites e a legitimidade do Estado ao interferir na ordem econômica. A formulação da resposta em termos jurídicos resultou no *princípio da subsidiariedade*, cuja importância é dúplice para a compreensão do Constitucionalismo Social e suas formas estatais: primeiro, porque significa uma revisão – não um abandono – dos postulados liberais; segundo, por sua imprecisão, salientando o caráter ambíguo das expressões com que se batizou o Estado Social.

O princípio da subsidiariedade implica uma reafirmação do individualismo, elemento central do pensamento liberal como já visto<sup>102</sup>. Isso porquê a idéia de subsidiariedade implica uma hierarquização na distribuição de tarefas. No sentido assumido pelo princípio no Constitucionalismo Social, essa hierarquia parte do indivíduo em direção ao Estado, sendo a atuação deste último subsidiária. Como

---

<sup>101</sup> In *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 136.

<sup>102</sup> Contra: UNGER, Roberto Mangabeira. *Conhecimento e Política*. Esse autor considera o Estado Social – por ele denominado “assistencialista-corporativo” fundado na idéia de coletividade, sendo omissos quanto ao princípio da subsidiariedade.

esclarece MOREIRA: “O princípio resulta, neste aspecto, num *critério residual* de atribuição de funções, segundo uma escala: indivíduo-família-corporação-estado”.<sup>103</sup>

A idéia subsidiariedade permite uma revisão do federalismo, revertendo a descentralização. No Constitucionalismo Liberal, a divisão de competências dentro da federação se fazia com vistas à limitação de um poder tido por maior e passível de abuso, implicando em autonomia dos entes locais, onde teoricamente deveriam permanecer a maioria das competências. No Constitucionalismo Social, o federalismo será reorientado a partir do centro, uma vez que a atuação do ente subsidiário é justificada pela incapacidade do ente subsidiado: se incapaz o ente local, surge o dever de atuação para o ente central. Isto implicava concentração do poder de tributar, suscitando a crise do federalismo, tanto em teoria como na prática.

No contexto do *New Deal*, a reformulação do federalismo partiu da constatação, após a crise de 29, de que os Estados não dispunham de mecanismos eficazes de solução de problemas econômicos, ficando na dependência de uma solução federal. Afora isso, a concorrência entre eles na tentativa de obter maior número de investimentos duradouros – leia-se: ampliação do setor produtivo – conduzia à estagnação<sup>104</sup>. Outra mudança institucional, provocada pelo *New Deal*, verificou-se na relação entre os poderes, sendo a intervenção feita através da administração pública, consideravelmente ampliada. No caso norte-americano, essa ampliação significou a criação de dezessete agências administrativas<sup>105</sup>. Essas agências caracterizaram-se por maior autonomia, escapando ao controle do Congresso, do Judiciário e, por vezes, até do próprio Presidente da República<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> In *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 221. Segundo o autor, a escala teria suas raízes em duas encíclicas papais: *Quadragesimo Anno*, de Pio XII e *Mater et Magistra*, de João XXIII.

<sup>104</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass R. “O Constitucionalismo Após o *New Deal*”, in MATTOS, Paulo (coord.), *Regulação Econômica e Democracia – o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 133-134.

<sup>105</sup> Idem, *ibidem*, nota 9, p. 204.

<sup>106</sup> Idem, *ibidem*, p. 133.

A hipertrofia da administração pública foi o resultado mais palpável do crescimento das demandas, trazido pela ação dos grupos de pressão. No âmbito das relações entre os poderes, isso significou a expansão do Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo, reduzido a funções de fiscalização. A Constituição Francesa de 1958 é um bom exemplo: delimita a matéria cabível ao parlamento – a reserva legal, propriamente dita – deixando tudo mais ao poder regulamentar do Executivo. Com a restrição do poder de legislar, os parlamentos passaram a se concentrar na fiscalização, dividindo-se em comissões temáticas e, por vezes, criando as comissões parlamentares de inquérito. As relações entre os poderes foram assim descritas por DUVERGER:

“Para exercer a influência sobre o poder não é mais suficiente nos dias de hoje fazer oposição parlamentar, ou mesmo oposição no interior das tecno-estruturas, geralmente limitada aos organismos consultivos ou semiconsultivos. É necessário penetrar nos grupos onde se tomam as grandes decisões, o que um partido político só conseguirá fazer participando do governo”.<sup>107</sup>

O estabelecimento do Estado Social implicou ainda uma revisão da atividade judiciária, procedida de modos diferentes, segundo o contexto. Assim, o *New Deal* levou à discussão dos limites do judiciário, traduzida na expressão “governo de juízes”, com a qual se pretendeu designar um excesso do judiciário ao declarar a inconstitucionalidade de políticas públicas. Também na França, o papel do juiz seria posto em questão ante o surgimento de novas demandas, inserindo no Poder Judiciário uma visão tecnocrática<sup>108</sup>.

Considerando as relações entre os três poderes da concepção liberal clássica – Executivo, Legislativo e Judiciário – e a função que se atribuía em geral ao Estado, pode-se dizer que a passagem do Estado Liberal ao Estado Social foi a passagem do Estado legislador e fiscal ao Estado executor e juiz: intervenção na economia e ampliação dos direitos são as marcas do Constitucionalismo Social e de suas formas estatais.

---

<sup>107</sup> In *As modernas tecnodemocracias*, p. 186.

<sup>108</sup> VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*, p. 77-78.

### 3.3.2. Os direitos fundamentais econômicos<sup>109</sup>

Outro ponto de destaque do Constitucionalismo Social foi a ampliação do catálogo de direitos fundamentais, adicionando novos direitos aos individuais ou dando-lhes nova configuração. De todo modo, as constituições desse período abriram espaço a noções coletivistas, ainda que os titulares fossem indivíduos, exprimindo coletivamente seus direitos.

Dentre os direitos individuais, a propriedade destacar-se-ia por sua nova feição, de cunho social, contraposta ao caráter individualista da fase precedente. A Constituição de Weimar conferiu à propriedade o caráter de fonte obrigacional<sup>110</sup>, vinculando seu uso ao interesse social. A atribuição de uma função social à propriedade privada retirou o caráter absoluto que a caracterizara até então. Nesse aspecto, a Constituição Mexicana de 1917 revelaria seu acento coletivista, reconhecendo a propriedade originária sobre águas e terras à Nação<sup>111</sup>, repudiando assim a idéia da propriedade como direito natural<sup>112</sup>.

Outro direito individual a sofrer reformulação foi a liberdade de empresa. Cumpre destacar que a reformulação aqui seguiu os fatos, pois a atividade econômica já não era realizada individualmente como preceituara o modelo liberal. Ao longo do século XIX, as sociedades anônimas difundiram-se, ficando conhecidas em todos os países industrializados; criando-se, ao final do mesmo

---

<sup>109</sup> Segue-se a denominação e tipificação proposta por MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 145-195.

<sup>110</sup> A locução do texto era: “A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem representar uma função no interesse social”. *Apud*, MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 85.

<sup>111</sup> O texto traz a seguinte redação: “Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”. In <http://www.cddhcu.gob.mx/levinfo/pdf/1.pdf> acessado em 24.11.2005.

<sup>112</sup> Nesse sentido, MARÉS, *A função social da terra*, p. 94.

século, as sociedades limitadas<sup>113</sup>. O desempenho da atividade econômica sob a forma societária exigiria assim uma reformulação: ao invés de compreender-se a liberdade de empresa como direito de ingresso individual no mercado, passaria a livre iniciativa a traduzir-se em direito de associação, isto é, de participar de sociedade mercantil ou empresária, na qualidade de sócio<sup>114</sup>.

A expansão das formas societárias para o exercício de atividades econômicas teve ainda outra conseqüência com a qual o Constitucionalismo Social haveria de ocupar-se: o agigantamento das companhias mediante processos de fusão e incorporação, gerando monopólios. Surgiriam novas restrições à criação de sociedades, especialmente as anônimas, estabelecendo-se o regime de regulamentação. Novamente, a Constituição Mexicana foi pioneira ao proibir, em seu artigo 28, a formação de monopólios bem como a realização de práticas monopolistas<sup>115</sup>. Mesmo nos Estados Unidos, onde o *Welfare State* não teve tradução no texto constitucional, o presidente FRANKLIN ROOSEVELT afirmaria o direito de todo empresário à concorrência leal e livre de monopólios<sup>116</sup>.

A reformulação da livre iniciativa não se deu apenas em termos de direito de associação, traduzindo-se também na liberdade de trabalho, ocupação ou

---

<sup>113</sup> Embora controvertida, a origem é atribuída, mais comumente, ao direito alemão: a Lei de 20 de abril de 1892, que lançou o modelo e a designação – *Gesellschaften mit beschränkter Haftung*. Cf. ABRÃO, Nelson. *Sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.18.

<sup>114</sup> MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 163.

<sup>115</sup> In <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/1.pdf> acessado em 24.11.2005, cujo texto estabelece: “Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria”.

<sup>116</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass R. “O Constitucionalismo Após o *New Deal*”, in MATTOS, Paulo (coord.), *Regulação Econômica e Democracia – o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 133.

profissão, cujo exercício poderia ser limitado por lei a condições específicas<sup>117</sup>. Com o reconhecimento dos sindicatos, o direito de associação ganharia em amplitude, abrangendo a liberdade sindical, afirmada na Constituição de Weimar<sup>118</sup> bem como na Constituição Mexicana<sup>119</sup>.

Mas a grande inovação do Constitucionalismo Social foi o reconhecimento dos chamados “direitos sociais”. A expressão, como pontua MOREIRA<sup>120</sup>, assume duplo sentido, prestando-se tanto à designação de direitos próprios a certos grupos como à designação de direitos de prestação em face do Estado. Nesse duplo sentido, a afirmação de direitos sociais dar-se-ia em várias experiências do Constitucionalismo Social, a começar pelo *New Deal* norte-americano, com a proposta de ROOSEVELT de uma nova “Carta de Direitos”, que incluiria: direito ao trabalho; direito a ganhar o suficiente para suprir necessidades de vestuário, alimentação e lazer; direito à saúde e à assistência médica adequada; direito a uma boa educação; direito dos idosos à proteção frente à doença, acidentes, desemprego e dificuldades econômicas<sup>121</sup>. Também a Constituição Mexicana fixou, em seu extenso artigo 123, condições mínimas de trabalho - como o direito ao salário adequado<sup>122</sup> - e prestação gratuita de serviço de colocação<sup>123</sup>, denotando a busca do pleno emprego como objetivo do Estado.

---

<sup>117</sup> MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 164.

<sup>118</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 171.

<sup>119</sup> In <http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/1.pdf> acessado em 24.11.2005, cujo art. 123, A, XVI, garante o direito de associação a empregados e patrões.

<sup>120</sup> In *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 178, nota 61.

<sup>121</sup> SUNSTEIN, “O Constitucionalismo após o *New Deal*”, MATTOS, *Regulação Econômica*, p. 132-133.

<sup>122</sup> O texto distingue dois salários: o geral e o profissional, sendo o primeiro estabelecido de acordo com a região e o segundo conforme a atividade desempenhada. Para ambos, deve-se levar em consideração as “necessidades normais de um chefe de família, na ordem material, social e cultural” (art. 123, A, VI), cabendo ainda, no caso do salário profissional, considerar as condições específicas da atividade.

<sup>123</sup> Art. 123, XXV.

### 3.3.3. Planejamento

Das inovações trazidas pelo Constitucionalismo Social, o planejamento apresenta-se como a mais controvertida: desde sua origem, atrelada à proposta socialista de economia totalmente planificada pelo Estado, até suas formas concretas e definição de seus limites, é instituto sob polêmica constante. Trata-se de instrumento de intervenção, mas cuja forma de elaboração e o sentido podem assumir feições variadas, desde um planejamento democraticamente elaborado e meramente indicativo para o setor privado, a um planejamento centralizado e impositivo.

A função do planejamento também varia conforme as relações estabelecidas entre Estado e capital, servindo de instrumento de previsão, quando haja certa interpenetração entre os dois – caso da chamada “administração pública concertada”, verificada na França<sup>124</sup>; ou de instrumento de direção, quando a influência do capital sobre o Estado é de ordem mais indireta. Nesse caso o planejamento envolve outros instrumentos, notadamente de natureza tributário-financeira, visando induzir certos comportamentos por parte dos agentes econômicos.

Considerado o grau de intervenção que um Estado não-socialista pode desempenhar na economia, o planejamento apresenta-se como termo extremo. Como destaca MOREIRA<sup>125</sup>, tomando-se o poder de polícia como “grau zero” da intervenção, realizado mesmo pelo Estado Liberal clássico, a planificação central da economia surgiria como grau máximo, sendo antecedido pelo “intervencionismo”, entendido como intervenção desarticulada, e pelo dirigismo, definido como ação sistemática, politicamente orientada. Cabe aqui uma distinção entre planejamento e planificação: o primeiro é instrumento de intervenção, concretizado num plano específico de atuação e largamente utilizado pelo dirigismo; a segunda implica a coordenação de toda economia a partir de um centro – no caso, o Estado – sofrendo várias objeções em razão de seu caráter

---

<sup>124</sup> MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 215-216.

<sup>125</sup> In *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 200-204.

marcadamente antiliberal e mesmo antidemocrático. Assim, no marco do Constitucionalismo Social, as formas estatais – Estado de Providência, Estado de Bem-estar social – são geralmente atreladas a uma concepção dirigista, valendo-se do planejamento, mas não da planificação.

### 3.4. A crise

Falar em crise do Constitucionalismo Social é verdadeiramente falar da crise de suas formas estatais, muito embora não se possa desconsiderar a fugacidade dos textos constitucionais durante o século XX<sup>126</sup>. As Constituições do pós-guerra, bem como suas antecessoras – Alemanha, 1919 e México, 1917 – ampliaram significativamente o catálogo de direitos, inovando a técnica constitucional por estabelecer deveres positivos ao Estado, divergindo da concepção clássica de direitos fundamentais, sempre vistos em termos negativos. Assim, de direitos à abstenção do Estado passou-se a direitos à atuação estatal, gerando um aumento na demanda por serviços públicos, o que explica a designação dessa nova forma estatal pela expressão “Estado administrativo”: via prestação de serviços, a atividade estatal cresceria tanto extensiva – mais administração – quanto intensivamente – mais intervenção<sup>127</sup>.

Essa ampliação do Estado não se faria sem um custo. A implementação do Estado Social viria a corroborar a chamada “Lei de Wagner”<sup>128</sup>: o crescimento do gasto público tornar-se-ia proporcional ao crescimento da economia, exigindo aumento de arrecadação a fim de prover o erário. Como a tributação havia se tornado um mecanismo de intervenção, visando a redistribuição de renda e minoração das desigualdades, tinha de abandonar o dístico “deixe-os como estão” em favor da progressividade dos tributos. Esse caráter progressivo da tributação, aliado às inversões financeiras sob formas de subsídios e isenções fiscais, resultaria num déficit fiscal crescente, exigindo ampliação de arrecadação. Enquanto houvesse crescimento econômico, o Estado Social teria condições de

---

<sup>126</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 50 e seg.

<sup>127</sup> SÁNCHEZ, Jordi. “El Estado de Bienestar”, p. 238.

<sup>128</sup> Idem, *ibidem*.



manter o déficit em limites suportáveis. A década de 70 provou os limites da equação: a estimativa de escassez de petróleo, provocando a alta de preços e a decisão norte-americana de desatrelar o dólar do padrão-ouro – até então padrão internacional de conversibilidade – acentuariam o déficit fiscal que já vinha se formando. A sobrecarga de demandas sociais poria o Estado em crise.

A crise do Estado Social não se restringe ao âmbito financeiro ou fiscal, ainda que o acento recaia sobre tal aspecto. As críticas variam de amplitude segundo o enfoque, sendo discerníveis duas posições genéricas: neoliberais e neomarxistas. Para os primeiros, os aspectos fiscal e político soblevam a outras questões, de modo que a crise é interpretada sempre como crise do Estado, nunca do mercado. Assim, critica-se o Estado Social por um suposto “excesso de democracia”, caracterizado pela ampliação do sufrágio e do número de partidos políticos<sup>129</sup>. Nessa linha, o pluralismo político-partidário é visto como causa de uma crise de governabilidade, já que resulta na canalização de um número elevado de demandas sociais.

Outro ponto de crítica para os neoliberais é o deslocamento de investimentos do mercado para o Estado, em prejuízo do primeiro, o que faria do Estado Social um Estado antieconômico por definição. Esta característica seria agravada pela improdutividade, indicando que o gasto público excede ao produto social obtido. Além disso, os neoliberais afirmam tratar-se de um Estado ineficiente, por não atender as demandas com que se compromete. A prestação de serviços públicos, sendo ineficiente, transforma a arrecadação em confisco por retirar a possibilidade de escolha do cidadão. Com isto, concluem os neoliberais, o Estado Social apresenta-se como negação da liberdade individual. A solução seria reduzir o papel do Estado na esfera econômica – ou mesmo suprimi-lo.

Para os neomarxistas<sup>130</sup> a crise do Estado Social assume outra dimensão: essa forma de Estado teria, dentre outras, a função de legitimar o capitalismo

---

<sup>129</sup> Idem, *ibidem*, p.249.

<sup>130</sup> Seguindo ainda SÁNCHEZ, que destaca aqui dois autores: O’CONNOR e OFFE; e, de posição semelhante, embora não seja neomarxista, HABERMAS, p. 250 e seg.

concorrencial junto aos cidadãos, valendo-se de mecanismos de integração social – assistência, previdência, saúde e educação públicas – para diminuir os efeitos da acumulação de capital. O Estado faria então a socialização dos custos, mas não dos ganhos, reduzindo-se à mera expressão das disfunções da sociedade capitalista. Como consequência, tem-se a perda da legitimidade, inicialmente obtida pela assunção de compromissos sociais. Nessa linha de pensamento, a solução seria o estabelecimento de novos critérios de legitimação, como autoridade operacional, fundada na capacidade de gestão; eficiência, traduzida na aplicação de tributos na prevenção de crises; eficácia, entendida como reforço da democracia por resultados governamentais<sup>131</sup>.

Noutro aporte crítico, a atenção volta-se sobre a ineficácia do Estado Social no atendimento das demandas<sup>132</sup>, encontrando-se aí as interpretações de IVAN ILLICH e ALBERT O. HIRSCHMAN. Para o primeiro, a contra-produtividade dos aparelhos coletivos e das grandes instituições sociais seria inerente às estruturas econômicas modernas, públicas ou privadas. A superação das desigualdades dependeria, nessa linha, de um novo modo de produção, caracterizado pela possibilidade dos cidadãos produzirem os bens de seu interesse, isto é, de acordo com necessidades reais. Já HIRSCHMAN indica a baixa qualidade dos serviços prestados pelo Estado, associada à generalidade da prestação, como causa da decepção pública: não vendo nada de distintivo no serviço, os cidadãos não se colocam na posição de beneficiários. Essa decepção contribui com a crise, à medida que parte dos beneficiários busca no mercado a qualidade que não encontra no Estado. Dessa forma, as classes médias tendem a se aliar à classe dominante na defesa de uma tributação mais branda, interpretando o custeio dos serviços públicos como confisco.

Apresentando uma análise ampliada, RONSAVALLON<sup>133</sup> lança duas proposições: uma, o Estado moderno, formado entre os séculos XIV e XVIII, se

---

<sup>131</sup> Idem, *ibidem*, p.252-253.

<sup>132</sup> Cf. RONSAVALLON, Pierre. *La Crisis del Estado Providencia*. Tradução espanhola por Alejandro Estruch Manjón. Madrid: Civitas, 1995, p. 170.

<sup>133</sup> In *La Crisis del Estado Providencia*, p. 37.

definiu como Estado protetor; duas, o Estado Social seria mero aprofundamento e extensão dessa proteção. Explicando a primeira proposição, o autor lembra que, tanto em HOBBS como em LOCKE, o Estado tem seu surgimento justificado pela proteção ao indivíduo contra a violência – direito à vida – e a incerteza – direito de propriedade. Assim, se estabelecia uma relação direta entre a formação do Estado e a proteção de direitos individuais, representada sob a forma do contrato social. O Estado Social seria uma radicalização desse Estado protetor, promovida pelo movimento democrático, visando estender a proteção do Estado a um número maior de pessoas – os não proprietários – mediante ao reconhecimento e a implementação de novos direitos – os direitos econômicos e sociais. Esses direitos seriam, nessa ótica, derivações dos direitos individuais.

Outra mudança verificada na passagem do Estado protetor ao Estado Social, segundo RONSVALLON, estaria na compreensão que a sociedade tem de si mesma<sup>134</sup>. Na formação do Estado moderno, a sociedade era compreendida – e se compreendia – como corpo, resultando em laços de solidariedade mais estreitos. A emergência do Estado Social só tem sentido com o enfraquecimento desses laços, a partir da compreensão da sociedade como espaço de oportunidades de ganho, ou seja, como mercado.

Por fim, o Estado Social representaria, segundo esse autor, o ápice do processo de laicização do espaço político. Isto porque, tendo o Estado protetor se afastado da religião, restou às instituições pias a implementação da caridade. O Estado Social seria a absorção dessa caridade em termos laicos. Aqui, a proteção contra incerteza transcenderia ao direito de propriedade, já que implicava a substituição da caridade aleatória pela regularidade estatal<sup>135</sup>. O desenvolvimento desta regularidade dependeria da estatística e do emprego de técnicas atuariais, elementos próprios do mercado para gestão de riscos.

---

<sup>134</sup> Idem, *ibidem*, p 41.

<sup>135</sup> Idem, *ibidem*, p. 42.

Para RONSAVALLON, o desenvolvimento do Estado Social, verificado em saltos, explicar-se-ia pelo sentido sócio-político das crises: seriam períodos de prova para o contrato social. Para o autor, a crise do Estado Social seria explicada por mudanças na sociedade, traduzidas: uma, na dúvida sobre os fins legítimos do Estado (persecução da igualdade social); duas, no arrefecimento das relações sociais, convertendo o Estado em um autômato desvinculado da sociedade; três, na modificação do compromisso sobre o qual se assenta o Estado Social. Trata-se, portanto, de uma crise do contrato social.

Essa crise político-institucional reflete-se, em larga medida, no Constitucionalismo ou, mais precisamente, no uso que se faz dele. Como denota MIRANDA<sup>136</sup>, as constituições instituidoras do Estado Social revelaram-se deficientes na conformação do poder e da vida social, em parte por não conseguirem acompanhar a velocidade das mudanças. Essa deficiência traduziu-se ora na sucessão de constituições, ora no seu “retalhamento”, por processos de reforma ou pelo recurso freqüente a emendas. Com isso, as Constituições perderam seu valor simbólico – exprimir o contrato social – reduzindo-se à mera forma.

---

<sup>136</sup> In *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 50 e seg.

## 4 A CRISE DA MODERNIDADE

O período de aproximadamente três décadas que se segue ao fim da Segunda Guerra Mundial seria conhecido como “trinta anos gloriosos” – ao menos nos países desenvolvidos – pelo aumento de renda e da qualidade de vida, experimentado socialmente. Este período marca também uma nova fase de expansão do capitalismo, que passaria de “organizado” a “globalizado”, levando a “modernização” a outras partes do globo. Este movimento de expansão, por sua vez, apresentou novas concepções nos âmbitos cultural, social e político, tanto no que toca à práxis como no tocante às idéias. Tais mudanças, ora vistas como positivas ora como negativas, receberam tratamento variado pelos intelectuais, inclusive quanto à denominação: “pós-modernidade”, “transmodernidade”, “hipermodernidade”, “modernidade reflexiva”, “modernidade líquida”, foram alguns dos neologismos mais difundidos, na tentativa de designar um período em que a modernidade perdia sua força simbólica.

A polissemia da designação é indicativa do caráter ambíguo e controvertido do fenômeno que se pretende analisar. De fato, os “anos gloriosos” e, de um modo mais geral, o próprio século XX podem ser descritos como período de alta reflexividade da cultura ocidental, nela compreendidas a arte, a ciência e a filosofia. Se válida tal descrição, “modernidade reflexiva”<sup>137</sup> apresenta-se como designação mais adequada. Por outro viés, considerando a ruptura com as “grandes narrativas”<sup>138</sup>, tão características da modernidade, e o apreço pelas “singularidades” surgido na esteira do Maio de 68, trata-se de “tempos pós-

---

<sup>137</sup> Termo preferido de ANTHONY GIDDENS e ULRICH BECK.

<sup>138</sup> A expressão é encontrada em LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

modernos”<sup>139</sup>. Já a persistência de instituições propriamente modernas, agora desestabilizadas, permitiria assinalar uma certa “liquefação” da modernidade<sup>140</sup>. Por fim, considerando a intensificação do individualismo, pode-se bem falar em hipermodernidade<sup>141</sup>. Como se vê, o fenômeno em questão revela várias facetas, exigindo uma leitura “poliédrica”.

#### 4.1. Modernidade, Modernismo, modernização:

Nos vários neologismos apresentados acima, percebe-se uma constante: a referência ao moderno. Isto porque, ao se tentar designar os fenômenos ocorridos a partir da década de 1970, sob um mesmo rótulo, o termo de comparação era a Modernidade. Esta corresponderia a mudanças verificadas a partir do Século XVIII, especialmente no campo social e político, repercutindo também na cultura. A intensificação do modo de produção capitalista, no Século XIX, implicaria um salto nessas mudanças, tanto em extensão como em intensidade, levando a uma reação crítica à própria modernidade, expressa no Modernismo<sup>142</sup>. Assim, Modernidade e Modernismo seriam duas faces de um mesmo fenômeno: a formação do capitalismo monopolista e sua crítica cultural. Enquanto a Modernidade se apresentou como projeto sócio-político, fundado na racionalidade científica, sobre a qual depositava suas esperanças por um futuro melhor; o Modernismo surgiu como concepção estética baseada na intuição e na valorização da imaginação<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> Além de LYOTARD, utilizam-na DAVID HARVEY, FREDRIC JAMESON (em sentido crítico), TERRY EAGLETON (também em sentido crítico), KRISHAN KUMAR, entre outros.

<sup>140</sup> A metáfora é de BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

<sup>141</sup> É o que propõe LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

<sup>142</sup> A distinção é proposta por KUMAR, Krishan. *Da Sociedade Pós-industrial à Pós-moderna – novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 79.

<sup>143</sup> KUMAR, *Da Sociedade*, p. 96.

A crítica do Modernismo à Modernidade não se restringiria à dimensão estética, invadindo o campo filosófico, o político, o social e o psicológico; pondo em questão o racionalismo, o positivismo e o utilitarismo<sup>144</sup>. Neste sentido, a descoberta do inconsciente, por FREUD, e a ênfase no irracional, por BERGSON, questionariam a figura do indivíduo racional, proposta pelo Liberalismo. O surrealismo também ultrapassaria as barreiras da arte, buscando recuperar a dimensão simbólica do desejo, enclausurada no “cálculo racional da felicidade” proposto pelo utilitarismo. Contudo, a fluidez dos termos, especialmente do que se compreendia por “Modernidade”, se permitiu essa tensão com o Modernismo, revelou-se também a raiz da cumplicidade da crítica com seu objeto: o futurismo e o construtivismo, especialmente na arquitetura<sup>145</sup>, levariam o princípio da racionalidade ao campo estético.

No campo das idéias, a Modernidade seria a resultante de um processo de secularização da história – no Medievo, associada à imagem da ressurreição cristã – com a formulação do conceito de progresso. Assim, a Modernidade pôde se apresentar como ruptura com o passado, sendo a compreensão deste alterada, como bem pontua a análise de um jurista em 1815, ao afirmar que o passado “não é mais simplesmente uma coletânea de exemplos, mas sim o único caminho para o verdadeiro conhecimento de nossa própria condição”.<sup>146</sup> O sentido de ruptura seria marcado especialmente pelas revoluções e pela idéia de perfectibilidade, conferindo ao homem a possibilidade de moldar seu próprio destino.

A ligação da racionalidade científica à noção de progresso permitiria a descoberta de novos processos produtivos, culminando na industrialização. Esta se tornaria uma das dimensões características da Modernidade bem como de sua vertente cultural, o Modernismo<sup>147</sup>. A industrialização implicou uma demanda

---

<sup>144</sup> Idem, *ibidem*, p. 107.

<sup>145</sup> Bastante reveladora é a designação dada à corrente modernista da arquitetura: o estilo *internacional*, tendo em OSCAR NIEMEYER um de seus mais ilustres representantes, juntamente com LÚCIO COSTA; ambos envolvidos na construção de Brasília.

<sup>146</sup> SAVIGNY, Friedrich V. *Apud* KUMAR, *Da Sociedade*, p. 91.

<sup>147</sup> Como imagem de síntese, vale citar o filme “Metrópolis”, de Fritz Lange.

crescente por matérias-primas e novos mercados, desencadeando um novo processo de colonização, agora associado à crença na razão libertadora e civilizadora. A “modernização” tornou-se sinônimo de “ocidentalização”. Este processo contou com o apoio do Estado, implicando forte militarização e a formação de potências que se enfrentariam na Primeira Guerra Mundial.

Dentre as conseqüências da Grande Guerra, conforme já destacado anteriormente<sup>148</sup>, a forte depressão econômica que atingiria Europa e Estados Unidos com o concomitante acirramento dos conflitos sociais, levaria à Segunda Guerra Mundial, da qual emergiria um continente arrasado, cuja reconstrução dependeria do auxílio norte-americano. De 1945 a 1973 a Europa conheceria os “Trinta Anos Gloriosos”, interrompidos pela crise energética e o retorno da direita ao poder. Para alguns, era o fim da Modernidade.

#### **4.2. Depois da Modernidade**

O diagnóstico do fim da Modernidade – e do surgimento da Pós-modernidade como conseqüência – contou com análises culturais, econômicas, sociais e políticas. LIPOVETSKY<sup>149</sup>, tomando os últimos anos da década de 1970 como marco, aponta a cultura (particularmente a arquitetura) como “porta de entrada” da noção de pós-modernidade. A extensão do termo para os outros âmbitos vida social dependeria de fenômenos paralelos e de sua descrição como “não-modernos”.

O surgimento da tecnologia de informação e seu rápido desenvolvimento levaram ideólogos liberais a afirmarem a emergência de sua “sociedade da informação”, caracterizada pelo deslocamento da economia do setor industrial para o setor de serviços, tendo a informação como nova mercadoria<sup>150</sup>. Em defesa desse novo tipo de organização econômica da sociedade, diziam que a nova tecnologia representava a oportunidade do capitalismo livrar-se da degradação

---

<sup>148</sup> Ver item 2.4.

<sup>149</sup> *Os Tempos Hipermodernos*, p. 49.

<sup>150</sup> KUMAR, *Da Sociedade*, p.19 e seg.



ambiental causada pela industrialização, vista como processo tipicamente “moderno”. Neste sentido, a sociedade que surgiria com essa nova economia seria uma sociedade “pós-moderna”. Como destaca DUPUY<sup>151</sup>, a ideologia da sociedade de informação ocultava um lado pernicioso:

“Por trás dessa mitologia postiça, esconde-se uma realidade mais severa: o redobramento da indústria à escala mundial. Falar de “novo crescimento” ou de “nova ordem econômica internacional”, a idéia é a mesma: enviemos nossas indústrias pesadas para poluir os países do Terceiro Mundo, estragar-lhes as paisagens, embrutecer-lhes a mão-de-obra, estourar-lhes o espaço e o tempo – aliás, nesses países os salários e os impostos são mais baixos, e eles não querem outra coisa: lembro-me de um cartaz publicitário publicado no *Le Monde* por conta do Governo brasileiro, que dizia: “Industriais, venham poluir em nosso país, pois ainda é autorizado” – e reservemo-nos o crescimento das produções imateriais que não envenenam a atmosfera, possibilitam localizações descentralizadas e permitem resolver amplamente o problema do desemprego”

Como destaca KUMAR<sup>152</sup>, a chamada “sociedade da informação” não é um fenômeno que simplesmente eclodiu nas últimas décadas do Século XX, mas a resultante de um processo histórico mais longo, significando a intensificação das estratégias de produção consagradas pela Modernidade. Assim, a linha de montagem não desapareceu, dando lugar a uma produção “pós-fordista”: ela se distendeu sobre um espaço maior, de maneira que grandes empresas, ainda dominantes, passaram a se servir de empresas menores, com redução de custos, especialmente dos chamados “custos sociais”. Isto pôde ser observado na proliferação dos distritos industriais, dos quais a *Terza Italia* foi o exemplo mais alardeado por aqueles que afirmavam a emergência do “pós-fordismo”: a região nordeste da Itália passou por um período de intenso crescimento econômico, atribuído a novas formas de organização produtiva; caracterizando-se pela descentralização, aplicação de tecnologia de ponta e “flexibilização”. A produção foi reorientada para o atendimento de segmentos de mercado, apostando-se na “diversificação”. Alguns otimistas vislumbraram aqui o fim do capitalismo com o declínio da política de classes e a dissolução do sindicalismo<sup>153</sup>. Todavia, o beneficiário direto das mudanças foi o próprio capital, politicamente encarnado

---

<sup>151</sup> DUPUY, Jean-Pierre. *Introdução à Crítica da Ecologia Política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, p. 20.

<sup>152</sup> *Da Sociedade*, p.30.

<sup>153</sup> Especialmente LASH e URRY, *apud* KUMAR, p. 60.

em REAGAN e TATCHER e em suas propostas neoliberais de “encolhimento” do Estado. A esquerda experimentaria um período de retração, causado justamente pela “flexibilização” da produção, que consigo trouxe a precarização das relações de trabalho. O sindicalismo deixara de lutar por melhores condições de emprego, passando a lutar por qualquer emprego. Com isso a política de classes e os partidos que nela se baseavam sofreriam desgaste constante, acelerado pelo fortalecimento de novos movimentos sociais e o declínio do “socialismo real”. Disto alguns se apressaram em concluir pelo “fim das ideologias” e das “grandes narrativas”.

A administração racional do trabalho, consubstanciada no *taylorismo*, também não foi abandonada em favor de maior liberdade pela adoção das tecnologias de informação: houve apenas uma adequação a novas formas de controle, sendo possibilitado o trabalho à distância, mas sob controle centralizado, por meios eletrônicos. Como salienta BAUMAN<sup>154</sup>, “o poder pode se mover com a velocidade do sinal eletrônico”. Assim, não se fazem mais necessários os expedientes de controle próprios da Modernidade, caracterizados pela co-presença. Esta seria uma era “pós-panóptica”, dispensando o engajamento entre controladores e controlados.

O campo das idéias já havia sofrido intensas agitações desde 1968, nele surgindo temas como fragmentação, carnavalização, pluralismo e diferença. JAMESON<sup>155</sup> destaca os movimentos surgidos na mesma década, como resultado da afirmação das diferenças, engendrando uma “micropolítica”, onde relações de vizinhança mereciam a mesma dignidade que a identidade racial ou étnica, acompanhadas por movimentos de gênero e de defesa do meio ambiente. Estas “utopias espaciais”, segundo JAMESON<sup>156</sup>, seriam caracterizadas por projetarem transformações sociais e políticas, abrindo espaços para o “investimento protopolítico”. Contudo, essa espacialização não se revela homogênea e contínua,

---

<sup>154</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*, p. 18.

<sup>155</sup> JAMESON, Fredric. *Pós-modernismo – A lógica cultural do capitalismo tardio*. Trad. Maria Elisa Cevalco. São Paulo: Ática, 2000, p. 177.

<sup>156</sup> Idem, *ibidem*.

mas fragmentária e particularista. O resultado é o aparecimento de uma “política de grupos”, baseada na idéia – ou ideologia, como prefere JAMESON – da pluralidade.

EAGLETON<sup>157</sup> afirma que a política na pós-modernidade não pode ser vista apenas como o período de aparecimento de novas demandas, mas de transformação da noção moderna de política. O autor destaca que, sob o pluralismo radical da política pós-moderna, resta um “monismo” ao tratar do sistema e seus correlatos – poder, lei, consenso – como necessariamente opressivos e, portanto, negativos<sup>158</sup>. Essa “explosão crítica” de tudo que é geral ou tenha pretensão de universalidade, leva a um discurso nominalista, cuja pretensão declarada é a realização da liberdade. Com esse “programa”, a política da pós-modernidade reforça os particularismos e regionalismos, enfraquecendo o Estado-nação. O resultado é o aparecimento de um sujeito, como pontua EAGLETON<sup>159</sup>, ao mesmo tempo livre e determinado:

“...livre *porque* constituído até a alma por um conjunto difuso de forças. Por outro lado, a tendência culturalista do pós-modernismo pode levar a um autêntico determinismo: o poder, o desejo, as convenções ou as comunidades interpretativas nos moldam, sem que possamos evitá-lo, a comportamentos e crenças específicas”.

Por outro lado, a “liberdade” dos pós-modernos não difere muito da “liberdade” dos liberais, na medida em que é também definida em termos negativos, ou seja, como ausência de opressão. A diferença reside na atitude pessimista dos primeiros, contra a atitude otimista dos últimos: para a política pós-moderna, o Estado não pode garantir a autêntica liberdade, por ser ele próprio um sistema opressor, constituinte de seus sujeitos e de seu registro de verdade; para a política moderna, tratava-se de reformar o sistema, depositando ainda alguma esperança na racionalidade (algo impossível para os pós-modernos, já que para eles a Razão moderna seria outra forma de opressão). EAGLETON<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 32.

<sup>158</sup> Idem, *ibidem*, p. 61.

<sup>159</sup> Idem, *ibidem*, p. 89.

<sup>160</sup> Idem, *ibidem*, p.102.

confere um crédito aos pós-modernos em sua crítica ao caráter opressivo da Razão moderna: o fato de que ela, ao valer-se de universalismos reducionistas, transformou-os em instrumentos de poder.

### 4.3. Ainda, a Modernidade...

Destacando a permanência de alguns aspectos da Modernidade, outros autores tratam da fase atual como uma “segunda Modernidade”, ou seja, um aprofundamento da Modernidade por sua própria racionalidade – conforme tenham-na compreendido. Assim, LIPOVETSKY salienta a intensificação do individualismo, a partir de mecanismos subpolíticos da Modernidade, tais como a moda e o consumo; BAUMAN fala em “modernidade líquida”, afirmando que a “liquefação” foi, desde o início, o “programa” da Modernidade; GIDDENS elabora um quadro mais detalhado, falando em “modernidade reflexiva” para descrever o momento em que a Modernidade volta-se sobre si mesma. Perguntar com quem está a razão não é apenas arriscado, em termos epistemológicos, é fora de propósito: uma das características da Modernidade - e sobretudo do discurso a seu respeito – é a fluidez.

Um aspecto que o estudo de JAMESON sobre o Pós-modernismo pontua é caráter ideológico que o mesmo assume, podendo ser descrito como “lógica cultural do capitalismo tardio”. De fato, as mudanças econômicas e tecnológicas, descritas pelos que afirmam o surgimento de uma “sociedade pós-moderna”, não foram mais que aprofundamentos da lógica interna do modo de produção capitalista. A própria sucessão de neologismos é sintomática da falta de um significante: *pós-fordismo*, *pós-industrialismo*, *pós-modernismo*; todas apontando para o mesmo fenômeno ou para a parte dele que se julga mais importante, a equivalência semântica denunciando que o discurso gira mesmo em torno do prefixo – pós. Uma mal disfarçada intenção de ruptura que revela sua cumplicidade com a época que pretende superar: é que a Modernidade, no anseio de romper com a tradição, criou a tradição da inovação constante<sup>161</sup>, ponto ao qual

---

<sup>161</sup> Cf. KUMAR, *Da Sociedade*, p. 111.

a pós-modernidade manteve-se fiel. Mas, se não se trata de uma nova ruptura, do que então se trata? Assim, responde GIDDENS<sup>162</sup>:

“Em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as conseqüências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas do que antes... Os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de *todos* os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não tem precedentes”.

Este desvencilhar estava inscrito, desde o início, no projeto da Modernidade, que prometia emancipar o homem através da razão. A necessidade de emancipação era afirmada contra as forças da tradição, do obscurantismo e do dogma. Tais forças eram os “sólidos” que a Modernidade, tendo achado-os em ruínas, apressou-se em destruí-los. Como destaca BAUMAN<sup>163</sup>:

“Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam os pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. Para poder construir seriamente uma nova ordem (verdadeiramente sólida!) era necessário primeiro livrar-se do entulho com que a velha ordem sobrecarregava os construtores”.

Ao imprimir a idéia de progresso em sua concepção de história, criando a “tradição” de inovação constante, a Modernidade fez da velocidade e da aceleração suas grandezas cardiais. Com isso, o processo de modernização passou a reduzir as distâncias, constituindo uma nova concepção de espaço. A tecnologia da informação e seu acoplamento às telecomunicações criaram uma hiper-realidade global, confundindo mercado e mídia e modificando, mais uma vez, a esfera pública: a democracia ficou reduzida a uma questão de escolha, entre candidatos apresentados como produtos, isto é, como simples imagem, destituída de conteúdo.

Segundo BAUMAN<sup>164</sup>, a velocidade teria atingido seu ponto máximo, explicando afirmações sobre o “fim da história” ou “fim das ideologias”. O ‘limite natural’ da aceleração teria reduzido o tempo ao instantâneo, suprimindo a

---

<sup>162</sup> In *As Conseqüências da Modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: EDUNESP, 1991, p 12-14.

<sup>163</sup> In *Modernidade Líquida*, p.10.

<sup>164</sup> Idem, p. 17-18.

distância. Essa supressão da distância está ligada a dois fenômenos: a constituição de uma hiper-realidade global e a impossibilidade da representação. Não se poderia falar em supressão da distância sem a emergência do globo como espaço, o que se deu através da “nova mídia”; mas, ao mesmo tempo, a representação deixou de ser possível, já que ela somente subsiste na distância entre sujeito e objeto. Tal paradoxo é assim descrito por JAMESON<sup>165</sup>:

“Sabemos que estamos enredados nesses sistemas globais mais complexos porque sofremos na pele os prolongamentos dos espaços das corporações em nossas vidas cotidianas. Entretanto, não temos nenhuma maneira de pensar sobre eles, de modelá-los em nossas mentes, mesmo que de forma abstrata”.

Nesse contexto, subjetividade e corporeidade se confundem, surgindo o corpo como fenômeno espacial, marcando o ponto de inflexão entre natureza e cultura<sup>166</sup>, por sua capacidade de transformar a matéria circundante. Há aqui o reencontro da *res cogitans* com a *res extensa*, separadas pelo cartesianismo e a filosofia que lhe sucedeu. Esse reencontro é também um aprofundamento do individualismo, como descreve LIPOVETSKY<sup>167</sup>:

“O hipercapitalismo se faz acompanhar de um hiper-individualismo distanciado, regulador de si mesmo, mas ora prudente e calculista, ora desregrado, desequilibrado e caótico... O hiper-individualismo coincide não apenas com a internalização do modelo do *homo oeconomicus* que persegue a maximização de seus ganhos na maioria das esferas da vida (escola, sexualidade, procriação, religião, política, sindicalismo), mas também com a desestruturação de antigas formas de regulação social dos comportamentos”.

Esse individualismo exacerbado não se traduz em liberdade nem permite a afirmação constitutiva do “Eu”, que marcava o sujeito primeiro da Modernidade. Isto porque a identidade “monolítica” deu lugar a novas identidades, exigindo desempenhos variados, conforme o grupo em questão: família, religião, etnia, gênero, etc. A desestabilização provocada por essa cultura de grupo, no âmbito do hipercapitalismo, traduziu-se no consumismo. O novo consumidor não é mais o sujeito da escolha racional, buscando satisfazer suas necessidades, mas um comprador compulsivo. Falar em “necessidades” significava a possibilidade de estabelecer prioridades, ainda que as “necessidades” fossem criadas (caso em que

---

<sup>165</sup> In *Pós-modernismo*, p. 147.

<sup>166</sup> EAGLETON, Terry. *As ilusões*, p. 72-73.

<sup>167</sup> In *Tempos Hipermodernos*, p.55-56.

“novas necessidades” substituiriam as “velhas”), o que não induz ao consumo compulsivo. Para tanto, nem mesmo o desejo, que se define como falta, poderia servir, já que sua ativação implica um dispêndio de energia nem sempre (ou mesmo nunca) compensado pelo simples ato de comprar. Como esclarece BAUMAN<sup>168</sup>:

“Agora é a vez de descartar o desejo. Ele sobreviveu à sua utilidade: tendo trazido o vício do consumidor a seu estado presente, não pode mais ditar o ritmo. Um estimulante mais poderoso, e, acima de tudo, mais versátil é necessário para manter a demanda do consumidor no nível da oferta. O “querer” é o substituto tão necessário; ele completa a libertação do princípio do prazer, limpando e dispondo dos últimos resíduos dos impedimentos do “princípio da realidade”: a substância naturalmente gasosa foi finalmente liberada do contêiner”.

O ato de comprar confunde-se com a coisa comprada, tornando-se ele próprio objeto de consumo, numa espécie de ritual diário em que a satisfação está descartada de antemão. Mas a fase atual da Modernidade (*líquida, reflexiva* ou simplesmente *hiper-*) mantém as ambivalências que lhe são características, fazendo do consumo também um momento de reflexão – ainda que não se reflita sobre o ato de consumir propriamente. Surge aí a “responsabilidade social” da produção, traduzida no respeito ao meio ambiente ou nas várias formas de solidariedade. Essa aparente contradição, explica LIPOVETSKY<sup>169</sup>, decorre da consciência dos riscos ambientais, que engendra uma “cultura da prevenção”, atenuando a dominância do presente e abrindo espaço para o futuro.

De fato, na explosão de movimentos sociais, verificada nos anos 1960-70, a questão ecológica ganhou força e abriu um espaço de discussão na esfera pública, convertendo-se, em alguns países, no fiel da balança político-partidária<sup>170</sup>. Tanto a direita quanto a esquerda tiveram de posicionar-se a respeito da questão ambiental e, quando instados a fixar uma posição no espectro político, os “verdes” não aderiram a nenhum dos lados. A política deixou de ser dual, não tendo mais

---

<sup>168</sup> In *Modernidade Líquida*, p.89.

<sup>169</sup> *Tempos Hipermodernos*, p. 68-69.

<sup>170</sup> É o caso da França, como relata DUPUY, Jean-Pierre. *Introdução à Crítica da Ecologia Política*, p. 24-27.

sentido falar em “pólos”, uma vez que emergira uma terceira força<sup>171</sup>. Essa nova força gerou perplexidade, como explica GIDDENS<sup>172</sup>: “Preocupações ecológicas nunca tiveram espaço nas tradições de pensamento incorporadas na sociologia, e não é surpreendente que os sociólogos hoje encontrem dificuldade em desenvolver uma avaliação sistemática delas”. Na busca de um novo conceito, a sociologia passou a falar em uma sociedade caracterizada pelo risco.

#### 4.4. A Sociedade do Risco

Buscando desenvolver tal análise, GIDDENS<sup>173</sup> indica quatro dimensões institucionais da Modernidade: o capitalismo, entendido como sistema de produção fundado na propriedade privada do capital e no trabalho assalariado; o industrialismo, enquanto processo de produção fundado no uso de energia fóssil e emprego de maquinaria; a vigilância, entendida como controle estatal baseado em informação e o controle dos meios de violência, vale dizer, o poder militar expandido pela industrialização da guerra. A essas quatro dimensões, estariam atreladas dimensões da globalização, a saber: o capitalismo globalizado, via multinacionais; o industrialismo, através da especialização regional, produzindo uma divisão internacional do trabalho; a vigilância, operada em nível global pelo “Sistema de Estados-nação” e o controle da violência, traduzido em uma ordem militar global. Por fim, a cada dimensão GIDDENS associa um novo movimento social: ao capitalismo, os movimentos trabalhistas; ao industrialismo, os movimentos ecológicos; à vigilância, os movimentos democráticos e ao controle da violência, os movimentos pacifistas.

Assim, a análise proposta por GIDDENS revela a dimensão institucional em que se concentram as preocupações ecológicas: o industrialismo. Como ele mesmo destaca, trata-se do eixo principal das relações entre seres humanos e a natureza, uma vez que a indústria moderna, associando tecnologia e energia,

---

<sup>171</sup> Mais claramente, o caso alemão, onde o Partido Verde chegou ao governo em uma coalizão com os social-democratas, no final dos anos 1990.

<sup>172</sup> *As conseqüências da Modernidade*, p.17.

<sup>173</sup> *Idem*, p. 61-81.



produziu mudanças nunca antes vistas – ou mesmo imaginadas – na natureza. A capacidade de transformação da matéria, antes restrita ao corpo, foi ampliada pela maquinaria e pelas técnicas, que se tornaram um dos alvos de vários movimentos ecológicos. Essa ampliação trouxe consigo a ampliação dos riscos, tanto em intensidade quanto em extensão: os riscos são maiores e, não raro, globais. A própria idéia de causalidade foi reestruturada, não se podendo estabelecer nexos causais de maneira imediata e evidente, como no início da Modernidade.

Em sua análise GIDDENS<sup>174</sup> refere-se a esse tipo deslocamento, seguido de reestruturação, como “desencaixe”, indicando dois mecanismos básicos: as fichas simbólicas, entendidas como meios de intercâmbio sem conexão com os sujeitos ou mesmo com o contexto em que circulam; e sistemas peritos, entendidos como sistemas técnico-profissionais responsáveis pela organização do ambiente social e natural. Tais mecanismos de desencaixe reestruturam relações sociais, anteriormente deslocadas, estabelecendo relações de confiança dos indivíduos para com tais mecanismos. Essas relações não são baseadas na intimidade e nem mesmo necessitam da co-presença dos atores envolvidos. A confiança apresenta-se como crença abstrata em princípios e regras de atuação, resultante da falta de informação ou conhecimento sobre o assunto cujo domínio técnico, espera-se, reside no âmbito de competência do sistema perito específico.

A Modernidade reflexiva, como a denomina GIDDENS, pode então ser descrita como o período de ampliação dos riscos a demandar uma confiança cega<sup>175</sup> em mecanismos de desencaixe. Se a descrição soa aflitiva isso se deve menos aos termos em que é feita do que ao contexto do qual ela emerge. A segurança, entendida como neutralização dos riscos, é hoje uma possibilidade remota. Como explica o autor<sup>176</sup>:

“O conceito de risco substitui o de *fortuna*... Isto representa... uma alteração na percepção da determinação e da contingência, de forma que os imperativos morais

---

<sup>174</sup> *As conseqüências*, p. 29.

<sup>175</sup> O próprio GIDDENS coloca a “cegueira” como elemento constitutivo da confiança. *As conseqüências*, p. 41.

<sup>176</sup> *As conseqüências*, p. 41-42.

humanos, as causas naturais e o acaso passam a reinar no lugar das cosmologias religiosas”.

Outra análise da chamada “sociedade do risco” foi proposta por NIKLAS LUHMANN<sup>177</sup>, apresentando um enfoque sistêmico-funcional: a sociedade global contemporânea é apresentada como sistema complexo de troca de informações, organizada em subsistemas interligados pela comunicação. Cada subsistema (ex: Direito) apresenta-se operacionalmente fechado, isto é, opera segundo um código binário (ex: Direito/não-direito) que lhe é próprio e no qual verte toda a informação recebida “de fora”, ou seja, do ambiente. Do ponto de vista interno de um dado subsistema, todo o mais é ambiente. Assim, para o subsistema do Direito, por exemplo, o subsistema da economia aparece como ambiente. Isto é uma decorrência do chamado “fechamento operacional”, cuja necessidade se explica, segundo LUHMANN, em função da complexidade do ambiente em que se insere a sociedade contemporânea. A especialização sistêmico-funcional seria a forma encontrada pela sociedade para reduzir tal complexidade.

Quanto aos riscos, LUHMANN adverte que numa sociedade globalizada onde as expectativas individuais se sobrepõem de maneira exponencial (expectativas sobre expectativas sobre expectativas...), o futuro apresenta-se constantemente aberto e contingente. Essa contingência é reduzida com a fixação de certas expectativas por meio de decisões. Assim, cada subsistema ou sistema parcial da sociedade, ao ser provocado pelo ambiente (*inputs*), deve traduzir a informação através de seu código específico e emitir uma resposta sob a forma de decisão (*output*). A decisão é uma antecipação do risco capaz de superar a angústia gerada pela espera, fazendo a mediação do tempo presente com o futuro ao fixar uma possibilidade em detrimento das demais. Dessa forma, o risco é antecipado e neutralizado pela decisão aumentando a confiança, já que assegura a realização de determinada expectativa. Para a sociedade, portanto, o maior “risco” é não haver decisão.

---

<sup>177</sup> Para a descrição que segue, especialmente em duas obras: *Sociologia do Direito, I*. São Paulo: Tempo Brasileiro, s/d; e *Sociología del Riesgo*. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1992.

Em verdade, a não-decisão representa um perigo para a sociedade, isto porque LUHMANN atribui o risco à instância de decisão que, confrontada de imediato com duas ou mais possibilidades, deve emitir uma resposta em tempo suficiente, de modo a neutralizar a angústia da espera. Para os afetados, a decisão surgirá como perigo, uma vez que lhes é externa. Isto não significa a impossibilidade de haver decisões individuais, mas a incomensurabilidade de tais decisões, já que fundadas nas expectativas individuais e não nas expectativas institucionalizadas sob a forma de critérios de decisão, capazes de gerar vinculação social.

O tratamento dispensado por LUHMANN ao risco pode ser descrito, nos termos que GIDDENS<sup>178</sup> propõe, como um “otimismo sustentado”: “a persistência das atitudes do Iluminismo, uma contínua na razão providencial a despeito de quaisquer ameaças de perigo atuais”. As outras reações frente ao “perfil de risco da modernidade”, descritas por GIDDENS<sup>179</sup>, seriam a aceitação pragmática, o pessimismo cínico e o engajamento radical. A primeira assume o tom de resignação, por considerar incontornáveis os processos de mudança, aceitando como ganho o mínimo sucesso obtido através do planejamento. O pessimismo, cínico ou não, é sempre paralisante; ao passo que o cinismo, pessimista ou não, serve de amortecedor da ansiedade, sem superar as causas da mesma. Por fim, resta o engajamento radical, traduzido na adoção de novas práticas frente às causas de perigo, indicando a superação de padrões de comportamento infrutífero.

O “otimismo iluminista” de LUHMANN passa ao largo da crítica à razão instrumental realizada, já no século XX, pela Teoria Crítica. Segundo este enfoque, haveria dois tipos de razão: a razão crítica, responsável pela reflexão acerca das contradições sociais e a razão técnico-científica, posta a serviço da exploração e, por isso, denominada “razão instrumental”.<sup>180</sup> A crítica da razão

---

<sup>178</sup> *As conseqüências*, p. 137.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 136-138.

<sup>180</sup> Cf. CHAÚÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2002, p. 83.

instrumental revela sua importância no debate sobre os riscos ambientais, na medida em que estes, como lembra GIDDENS<sup>181</sup>, resultam da aplicação do conhecimento técnico-científico pelo industrialismo e, de modo mais geral, pelo modo de produção capitalista. Sobre a amplitude dos efeitos da razão instrumental, pontua:

“O impacto do industrialismo é claramente não limitado à esfera da produção, mas afeta muitos aspectos da vida cotidiana, bem como influencia o caráter genérico da interação humana com o meio ambiente material. Mesmo nos estados que permanecem primordialmente agrícolas, a tecnologia moderna é freqüentemente aplicada de modo a alterar substancialmente as relações preexistentes entre a organização social humana e o meio ambiente... A difusão do industrialismo criou ‘um mundo’ num sentido mais negativo e ameaçador... um mundo no qual há mudanças ecológicas reais ou potenciais de um tipo daninho que afeta a todos no planeta”.

No tocante à crítica da razão instrumental, os movimentos ecológicos têm, em geral, dirigido seus argumentos contra o industrialismo, mas nem sempre tem sido compreendidos. Para muitos, resta a imagem dos ecologistas como opositores ao progresso. Como destaca DUPUY<sup>182</sup>, o foco da crítica ecológica não é o progresso técnico, mas o “projeto técnico”, consistente na planificação total da realidade através da ciência. Esta planificação atualizaria a alienação humana, impedindo os indivíduos de perceberem sua relação com o mundo e o meio ambiente – natural e artificial – como produto de suas ações. Uma vez que a planificação partiria de corpos especializados – os sistemas peritos, de que fala GIDDENS – haveria um aumento da heteronomia, ou seja, da regulação anônima e incontrolável. Embora a sociedade moderna conviva com a heteronomia desde o início, há duas circunstâncias particularmente preocupantes: uma, quando a regulação externa excede seus limites e passa a reorganizar o meio físico, institucional e simbólico, de forma a intensificar a alienação; outra, quando se oculta sob o manto de “leis naturais”, escapando à crítica. Nessas circunstâncias, a reação oscila entre a aceitação pragmática e o pessimismo cínico.

---

<sup>181</sup> *As conseqüências*, p.111.

<sup>182</sup> *Introdução à Crítica*, p. 31.

#### 4.5. Qual política?

A pós-modernidade levou à fragmentação do sujeito, suprimiu as distâncias impedindo a representação e pretendeu substituir o real pelo hiper-real da mídia. O resultado foi uma abundância de imagens que colonizou o imaginário, reorganizando o simbólico de modo heterônomo e totalizante. Diante deste quadro, a pergunta feita acima bem poderia ser outra: há ainda a possibilidade da utopia?

A explosão de identidades provocada pelo pós-moderno permitiu a afirmação de desejos sufocados, agora canalizados através de movimentos sociais que não dependiam mais da identidade de classe para se organizar. Os discursos político e jurídico tiveram de se abrir para as diferenças, reconhecendo novos sujeitos, oprimidos sob velhas desigualdades. Neste aspecto, política e Direito se encontraram nas Constituições e Tratados de Direitos Humanos, afirmando novos direitos. Entretanto, a Modernidade permaneceu em seu curso, ‘radicalizando suas conseqüências’, como diria GIDDENS, tornando-se *Hiper*, como mostra LIPOVETSKY. Assim, o capital tornou-se transnacional, desconhecendo as fronteiras entre Estados-nações e impondo o consumismo como pseudo-realização do indivíduo. Cômicos de suas diferenças e singularidades, os seres humanos parecem ter esquecido aquilo que os identificava, perdendo o sentimento da alteridade: o desejo reduzido a um ‘querer’ autômato, treinado para comprar.

Como salienta WARAT<sup>183</sup>, esse vazio interior resulta dos jogos de poder da pós-modernidade, quando o capital globalizado dispensa – e mesmo rejeita – a democracia real, bastando-lhe um simulacro<sup>184</sup> de Estado de Direito. A superação da apatia política somente é possível com o resgate do desejo, permitindo um “investimento libidinal” do sujeito numa obra comum. Este investimento numa obra comum somente tem sentido se possibilitar a superação da heteronomia a

---

<sup>183</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito, vol. III – o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.219.

<sup>184</sup> Idem, *ibidem*, p. 151-152.

favor da autonomia. Novamente, WARAT<sup>185</sup>: “Creio que esta busca [*por autonomia*] constitui o ponto medular das práticas políticas dos direitos humanos, da democracia como sentido de vínculo social e da ecologia como dimensão ética de uma utopia que se aceita em sua historicidade”.

Como se pode depreender, a crise ecológica não se restringe à questão da escassez de recursos naturais ou à degradação ambiental. Em sentido mais amplo e mais profundo, ela envolve uma dimensão fundamentalmente humana: a própria preservação da espécie está em jogo. Como salienta WARAT<sup>186</sup>, a contaminação ambiental vem acompanhada pela contaminação do sentimento:

“A solidão, a pobreza, a indignidade, o racismo, o narcisismo de morte, a tortura, a tristeza, a incapacidade de desejar a vida, a histeria das certezas, a neutralização cientificista do sentimento e a despolitização do social, são também problemas ecológicos... Esquece-se que o meio ambiente está em nós tanto como nós estamos no meio ambiente. O homem precisa tornar-se responsável pela vida e pela morte da humanidade e da natureza”.

Neste sentido, a crise ecológica é também uma crise política. As propostas de sua superação são propostas políticas e, ante o quadro descrito, um ponto de partida adequado para repensar o Estado, o Direito e o Constitucionalismo, enquanto ponto de intersecção entre ambos.

---

<sup>185</sup> *Introdução Geral*, p. 27.

<sup>186</sup> *Introdução Geral*, p. 226.

## 5 ESTADO ECOLÓGICO DE DIREITO: POR UM CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

Nos limites do ideário da modernidade, pensar o Estado como moralmente comprometido era sinônimo de ameaça, sendo a separação entre Moral e Direito, tal como iniciada por KANT, vista como garantia de liberdade individual. Contudo, esse individualismo sem peias, hoje exacerbado numa *hipermodernidade*, não é mais sinônimo de autonomia, mas de fragmentação da subjetividade. A separação entre Moral e Direito negou ao Estado uma dimensão ética, permitindo os militarismos, os “macarthismos”, os *Gulags*. Toda uma cultura de morte e alienação que, em tempos de capitalismo globalizado e informatizado, invade a dimensão simbólica e aniquila até mesmo o poder humano de estabelecer sentidos.

Repensar o Estado é o desafio posto. As condições de possibilidade de uma Teoria Política do Direito, que resgata o fundamento ético, são agora as condições de permanência da própria humanidade. O Constitucionalismo definido na Modernidade em sentido negativo, como técnica de limitação do poder estatal, deve apresentar-se como instrumento de reativação do poder social, superando a dicotomia – liberal – entre Estado e sociedade civil.

Nas páginas seguintes, procura-se delinear os fundamentos de uma nova proposta: o Estado Ecológico de Direito. Para tanto, inicia-se a análise do pensamento político ecológico ou ambientalista, à cata de elementos que permitam uma reinvenção do político. Em seguida, são apresentadas as dimensões de sentido deste novo Estado: eco-cidadania e eco-republicanismo, democracia ecológica e justiça ambiental; delineados a partir de um olhar plural e, portanto, essencialmente ecológico.

## 5.1. Pensamento político ambiental

Como dito anteriormente<sup>187</sup>, a emergência dos movimentos ambientalistas no cenário político sob forma partidária significou a ruptura com a política dual tão logo os “verdes” afirmaram sua autonomia em face da direita e da esquerda. Além disso, o surgimento dessa força despertou as antigas correntes para a temática ecológica, levando a tentativas de adequação de suas propostas. Paralelamente, outros movimentos, especialmente pacifistas e feministas, perceberam que suas lutas não eram lutas “à parte”, mas que continham uma dimensão ecológica. Assim, não se pode compreender o pensamento político ambiental ou ecológico apenas voltando-se sobre os movimentos “verdes”, sendo necessário abordar os diferentes tratamentos dados à questão ambiental, por parte das correntes do pensamento político existentes.

Como chave de leitura, a distinção entre antropocentrismo e ecocentrismo revela-se útil para estabelecer a posição das várias correntes no espectro do pensamento político ecológico. Este espectro pode ser entendido como uma escala entre dois pólos - o antropocentrismo e o ecocentrismo – onde as correntes do pensamento político encontram sua localização em função de suas opções ambientais. A perspectiva antropocêntrica considera a natureza um instrumento de realização da felicidade humana, situando o homem no topo de uma hierarquia biológica e moral. Já o ecocentrismo, visualiza uma rede de relações de interdependência na qual o ser humano estaria inserido, sem privilégio moral, ainda que mantido no topo da cadeia alimentar<sup>188</sup>. Essa descrição, ainda que sumária, permite estabelecer distinções entre as correntes de pensamento político no tocante à questão ecológica, destacando que se trata de uma escala. Assim, conquanto uma ou outra corrente política possa ser definida claramente como antropocêntrica ou ecocêntrica, algumas se situam num ponto entre os dois extremos.

---

<sup>187</sup> Item 4.3.

<sup>188</sup> Nesse sentido, SMITH, Mark J. *Ecologism – Towards ecological citizenship*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1998. É a referência básica da análise que se segue sobre as correntes do pensamento político.



O Liberalismo ainda se apresenta como corrente política atuante, mantendo-se atrelado a suas propostas clássicas, já examinadas no item 2.1, às quais se faz remissão. Pensar ecologicamente revela-se duplamente desafiador para os liberais, uma vez que a preservação ambiental exige limitação da escolha individual. Além disso, para o credo liberal, a distinção entre Estado e sociedade civil é constitutiva, não podendo ser abandonada sem se abandonar o próprio Liberalismo. A liberdade individual é afirmada, sobretudo, contra o Estado. No entanto, algumas justificativas liberais se estabeleceram em favor da intervenção ecológica do Estado, ora fundadas no utilitarismo, ora na idéia de que o Estado liberal deve assegurar a realização plena dos indivíduos.

No primeiro sentido, surge o argumento de que a inércia estatal poderia implicar um prejuízo maior e coletivo, revelando-se contrária à maximização da felicidade acompanhada da minimização do sofrimento. Esta concepção utilitária apresenta problemas no que diz respeito à definição do que seria uma “maior felicidade” e um “menor sofrimento”. O problema do cálculo é particularmente agudo quando se pensa no legado a ser passado às gerações futuras. Um exemplo fornecido por SMITH<sup>189</sup> é o da construção de usinas nucleares: embora tenham um custo de instalação alto, ele é compensado rapidamente por um baixo custo operacional no médio prazo, considerando a energia produzida. No entanto, há um custo “ambiental” de longo prazo, geralmente negligenciado: a estocagem do lixo nuclear, que ocupa espaço e exige vigilância constante, não oferece garantias contra futuros acidentes, sendo que os resíduos permanecem ativos por um prazo de até 30.000 anos. Sobre o tema, a postura mais comum entre os países desenvolvidos pode ser resumida na sigla “ninby” – *not in my backyard* – isto é: “não no meu quintal”.

Partindo da idéia de que o Estado, no viés liberal sempre mínimo, deve proporcionar a todos a possibilidade de realização pessoal, segundo suas opções de vida. Uma parcela do pensamento liberal admite a indução de comportamentos ecologicamente adequados, desde que não haja coerção. Claramente, o conceito

---

<sup>189</sup> Idem, *ibidem*.

de coerção aqui é tomado em sentido estrito, significando o uso da força, seja por imposições administrativas ou pela coerção penal. Assim, admite-se o uso da tributação, entendida como obrigação derivada da obrigação política ou mesmo como correlata dos direitos que informam a cidadania. Conquanto seja compulsória, a obrigação tributária não é entendida como coerção, especialmente quando utilizada para induzir comportamentos, já que restaria a possibilidade de escolha por parte do contribuinte.

Nas duas perspectivas liberais acima, nota-se claramente uma posição antropocêntrica, já que a liberdade individual é mantida como valor maior, sustentando a superioridade moral do ser humano em relação ao ambiente, em especial frente ao ambiente “verde” ou natural. O antropocentrismo pode ser encarado como ínsito à visão liberal, sendo as intervenções pró-ambiente encaradas como violação a “direitos naturais”, ou seja, às liberdades e direitos individuais.

Os anos 1980 presenciaram o ressurgimento de políticas não intervencionistas, levadas a cabo na Europa e Estados Unidos, posteriormente estendidas para outros países, sob a influência do pensamento político denominado “neoliberal”. O termo designava uma redescoberta do pensamento liberal clássico, atualizando seus conceitos para o contexto do capitalismo monopolista e, em seguida, globalizado. No tocante à questão ambiental, os neoliberais oscilaram entre uma posição de franco desprezo e um antropocentrismo radical, sendo este último retratado nas idéias de PETER SAUNDERS<sup>190</sup>. Para ele o pensamento político ecológico assemelha-se ao socialismo, propugnando intervenções inaceitáveis na vida privada.

Um dos elementos do pensamento liberal clássico mais enfatizados por neoliberais é a capacidade racional do ser humano, traduzida numa confiança “cega” na tecnologia e na capacidade de inovação do sistema capitalista. Daí propostas como a de SAUNDERS, de garantir a preservação de espécies

---

<sup>190</sup> Apud SMITH, *Ecologism*, p. 54 e seg.

ameaçadas por meio de sua exploração econômica. A lógica é simples: a partir do momento em que populações locais pudessem explorar economicamente tais espécies, teriam motivos mais concretos e pessoais para defendê-las de práticas predatórias. O que SAUNDERS não toma em consideração são os custos e dificuldades próprias da domesticação e criação em cativeiro, nem sempre desejável ou mesmo possível, dependendo da espécie animal.

Outra proposta neoliberal, característica de sua aversão ao uso da coerção estatal, é a idéia de consumo ecologicamente orientado, transformando o respeito ao meio ambiente e as práticas de preservação e conservação em valores diferenciais, capazes de aumentar o lucro de “produtores comprometidos”. Não se trata de uma unanimidade entre os neoliberais, na medida em que implica uma orientação da escolha pessoal, mas ainda se afigura, para alguns, como alternativa viável em comparação com o uso da coerção.

De resto, o receituário neoliberal retoma o uso da tributação, sobretudo por meio de benefícios fiscais ou mesmo do princípio do “poluidor-pagador”, estabelecendo uma tributação mais rigorosa como forma de estimular a adoção de tecnologias limpas. Como desdobramento, surge a proposta de permitir que empresas já adequadas transfiram seus “direitos de poluir” a outras cuja adequação implicaria custos proibitivos, uma espécie de “transferência de potencial poluidor”. Nota-se nas propostas uma clara preferência pela manutenção de atividades econômicas poluidoras, já que o princípio do “poluidor-pagador” seria na prática anulado: quando o custo de adequação fosse superior ao valor a ser pago, mais valeria arcar com o “tributo de poluição”. Já a proposta de “transferência de potencial poluidor” faz uma inversão do princípio: ao invés de pagar por haver poluído, paga-se para poluir. O antropocentrismo é aqui exacerbado, sendo a natureza reduzida a fonte de matéria-prima e depósito de lixo.

Ainda no espectro do que se convencionou designar por “direita” na política<sup>191</sup>, surpreende a posição do pensamento político conservador, cujo antiliberalismo vem associado a uma defesa da preservação e uma crítica a toda direita: a questão ambiental não pode ser deixada nas mãos dos revolucionários. A ênfase do pensamento conservador recai sobre a perda do senso de comunidade e sobre o declínio de padrões morais, ambos provocados pelo individualismo liberal. Em sua argumentação, os conservadores tendem a combinar o respeito pela natureza com a defesa da propriedade privada; combinação cuja tradução econômica é substituição da ideologia do crescimento pela noção de estabilidade.

Nesta corrente, merece atenção a proposta de JOHN GRAY<sup>192</sup>, que rejeita a figura do “indivíduo apto a decidir racionalmente”, tal como elaborada pelo pensamento liberal. Em seu lugar, GRAY aponta a existência de uma rede de relações conectada a um ambiente adequado. Este é o ponto de partida para o argumento de que “formas de vida” merecem proteção, inclusive em detrimento da liberdade individual, cuja afirmação somente poderia ocorrer – se existisse algo como os “indivíduos aptos a decidir racionalmente” do liberalismo – no âmbito da rede de relações culturais e naturais. Os mecanismos propostos pelos liberais e neoliberais são assim rechaçados por não conduzir a uma relação mais harmoniosa com a natureza. Os conservadores propõem então, a adoção da prudência como princípio ético e defendem um pluralismo moral, associado à pluralidade de formas de vida. Sua localização no espectro do pensamento político ambiental seria a de um ecocentrismo moderado, em que as razões do mercado devem ceder frente necessidades de preservação ambiental e formas de vida tradicionais. Assim, os conservadores, na linha representada por GRAY, podem propor uma noção de desenvolvimento sustentado, em que o ambiente é compreendido de modo mais amplo, abrangendo natureza e cultura.

Na faixa esquerda da política moderna, a primeira concepção relevante é o socialismo. Após a derrocada do “socialismo real” no Leste Europeu, duas

---

<sup>191</sup> Sigo aqui a divisão proposta por SMITH, *op. cit.*

<sup>192</sup> *Apud* SMITH, *Ecologism*, p. 59 e seg.

vertentes socialistas restaram: a social-democracia e o socialismo ético<sup>193</sup>. A primeira tornou-se predominante no Ocidente, assumindo o poder em vários países na montagem do Estado Social. Para a social-democracia, o progresso humano envolve crescimento econômico e aprimoramento moral, a serem obtidos com a intervenção direta do Estado, redistribuindo os ganhos econômicos e impondo novas obrigações aos cidadãos. Nesta perspectiva, o debate ecológico centra-se na qualidade de vida: saúde pública, saneamento, acesso à água potável, qualidade do transporte público, são os temas privilegiados. Constrói-se aqui um antropocentrismo moderado, em que a intervenção estatal em prol da preservação seria justificada em nome do bem comum. A proposta social-democrata envolve questões éticas como “qual a sociedade que queremos?” ou “como podemos construir uma sociedade melhor?”. Desta forma, a social-democracia conseguiu dois feitos políticos dignos de nota: redescobrir a ligação entre ética e política, esquecida ao longo da modernidade, e trazer para a esfera pública o debate ambiental, ainda que restrito à noção de qualidade de vida.

O socialismo ético amplia a idéia de “uma sociedade melhor” para a de “um mundo melhor”, colocando-se como única concepção política adequada para o tratamento das questões ambientais. Este “privilégio moral” seria decorrente do internacionalismo inerente à proposta e exigido pelo ecologismo como forma de superação dos regionalismos e nacionalismos exacerbados. Não se trata de recusar valor à atuação local, ao contrário, os socialistas éticos defendem a política de base, por meio de movimentos locais<sup>194</sup>. Outra noção própria do socialismo ético é a de responsabilidade social, implicando a transferência dos custos de preservação e recuperação ambiental aos agentes econômicos. Segundo a perspectiva do socialismo ético, o fim da pobreza traria consigo um ambiente limpo, seguro e saudável. Tendo assumido seu antropocentrismo, os socialistas éticos advertem

---

<sup>193</sup> *Apud SMITH, Ecologism, p.67 e seg.* Embora não integre a argumentação de SMITH, vale notar a persistência de duas experiências “reais”: Cuba e China, que não serão aqui abordadas em função sua clivagem autoritária, afastando-as do ideal de autonomia social, próprio do socialismo ‘clássico’.

<sup>194</sup> As chamadas *grassroots campaigns*.

seus “colegas” da social-democracia sobre os efeitos nocivos que a busca do crescimento econômico, por meio da tecnocracia, acaba gerando.

Ainda à esquerda, o eco-feminismo constitui uma forte crítica à exploração da natureza, descrevendo-a como fenômeno paralelo à exploração da mulher. Isto se daria porque, nas culturas ocidentais, a feminilidade teria sido associada à natureza enquanto a cultura ficou reservada, por um longo tempo, aos homens. A própria divisão entre esfera pública e esfera privada denota essa discriminação inicial e suas formas históricas. Assim, a mulher foi mantida fora da esfera pública e das posições de poder, sendo confinada a casa e à esfera privada; enquanto o espaço público, do exercício efetivo da cidadania, foi designado ao homem.

Dentre as representantes do eco-feminismo, a visão acima é trabalhada especialmente por CAROLYN MERCHANT<sup>195</sup>, que define a ciência como encarnação da ordem masculina, em seu propósito de dominação racional da “natureza caótica” e essencialmente feminina. A cultura ocidental (e outras de conotação patriarcal) teria substituído a ordem natural por essa nova ordem, subjugando a natureza, a mulher e toda forma de vida harmonizada – particularmente a dos indígenas. Os fundamentos patriarcais da ciência ocidental são também denunciados por MARIA MIES e VANDANA SHIVA<sup>196</sup>, que identificam na dicotomia cartesiana entre mente e corpo o fundamento da separação entre esfera pública e privada: a primeira seria o espaço do poder e da autonomia, em suma, da mente; a segunda, do consumo, do lazer e das relações íntimas, ou seja, do corpo.

Propondo uma reversão da dominação masculina e de suas conseqüências devastadoras para o meio ambiente, ANDRÉE COLLARD e JOYCE CONTRUCCI<sup>197</sup> defendem o privilégio epistemológico das mulheres em questões ambientais. Essa posição especial de “sujeito da história” decorreria da singularidade de experiências, somente vividas pelas mulheres, tanto positivas

---

<sup>195</sup> *Apud* SMITH, *Ecologism*, p. 83.

<sup>196</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 84.

<sup>197</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 84.

(maternidade) quanto negativas (abuso, maus-tratos). Nessa mesma perspectiva, JUDITH PLANT<sup>198</sup> destaca as habilidades femininas associadas à maternidade como modelos de conduta: cuidar de uma criança exige atenção e uma habilidade peculiar de “saber ouvir”, ambas necessárias tanto para lidar politicamente com as questões ambientais como para lidar ecologicamente com as questões políticas.

As ecofeministas defendem um ecocentrismo firme, ainda que não radicalizado. As críticas a suas posições partem tanto de ecologistas menos abertos ao debate em torno da relação entre gêneros quanto de outras feministas. Os primeiros consideram a “questão de gêneros” secundária; as últimas vêem o eco-feminismo como uma redução do escopo ou mesmo um desvio da meta principal – a emancipação feminina. Ambos podem ser acusados de sectarismo ou fanatismo, mais para uma defesa coerente basta destacar que a crise ecológica aflige a humanidade como um todo, mas de modo mais grave às mulheres que, em situação de miséria, são confrontadas com a insalubridade ambiental cotidianamente. A emancipação feminina atravessa a questão ecológica, do mesmo que é por ela atravessada. Além disso, a crise ecológica não se resume à degradação ambiental – grave, sem sombra de dúvida – envolvendo também a degradação das relações humanas, objeto de interesse comum a feministas e ambientalistas.

Considerada a tradição mais radical da esquerda, o anarquismo também influenciou o pensamento político ecológico, apresentando propostas revolucionárias. Duas correntes principais se estabeleceram no entrecruzamento do anarquismo com o pensamento ecológico: a ecologia social e o eco-comunalismo<sup>199</sup>. Em comum, partilham a proposta anarquista de revolucionar a estrutura social, abolindo autoridades estabelecidas, em favor de um governo

---

<sup>198</sup> Idem, *ibidem*, p. 85.

<sup>199</sup> O termo é tradução livre da expressão em língua inglesa “*eco-communalism*”. A preferência pela semelhança gráfica e fonética se justifica na necessidade de diferenciar esta corrente do que vem sendo denominado como “comunitarismo” e mesmo, de uma tradição mais antiga, o “comunismo”. A descrição de ambas as correntes é tributária da obra de SMITH, já referida, p. 76-81.

autônomo dos cidadãos. A democracia direta tomaria o lugar da democracia representativa, sendo exercida através de estruturas locais.

Na linha da ecologia social, MURRAY BOOKCHIN é o intelectual mais importante: engajado inicialmente no comunismo, rompeu com o movimento ante a emergência do terror stalinista. A partir da década de 1970, passou a propugnar por um “municipalismo libertário”, chegando a influenciar movimentos locais nos Estados Unidos e Europa, já na década seguinte. BOOKCHIN parte da constatação de que a dominação da natureza é produto da dominação dos homens por outros homens, sendo constitutiva das sociedades humanas modernas. Sua proposta é substituir relações fundadas na hierarquia, por relações de interdependência, passando a adotar, no âmbito político local, noções próprias de ecossistemas tais como “variabilidade” e “ligação complementar”. Embora inclinado ao ecocentrismo, BOOKCHIN é um crítico severo da chamada *deep ecology*, proposta por ARNE NAESS, definindo-a como visão pessimista que diminui o ser humano, abrindo caminho para um eco-autoritarismo.

O eco-comunalismo também defende a organização política em termos locais, sob a forma de comunidades auto-sustentadas, com economia de pequena escala e fundadas na cooperação. O ser humano seria, segundo essa visão, parte integrante da “rede da vida”; definição que já indica um pendor ecocentrista. Autores como EDWARD GOLDSMITH, RUDOLF BAHRO, FRITZ SCHUMACHER e KIRKPATRICK SALE representam essa tendência, partilhando entre si um certo ceticismo acerca da capacidade do ser humano de compreender o efeito de seus atos sobre o ambiente. Enquanto GOLDSMITH e BAHRO se destacaram por seu ecocentrismo radical e panfletário<sup>200</sup>; SALE é o autor da proposta mais coerente e inovadora: o bio-regionalismo.

O bio-regionalismo mantém a aposta eco-anarquista de comunidades pequenas auto-suficientes, baseadas na cooperação mútua e na diversidade – tanto

---

<sup>200</sup> O primeiro lançou em 1972 um texto já considerado clássico do ecocentrismo, *Blueprint for Survival* (algo como “Nota exigente pela sobrevivência”), que influenciaria BAHRO, na sua definição de luta ecológica como “desafio espiritual”. *Apud SMITH, Ecologism*, p.80.



biológica quanto social. Mas vai além, transpondo o conceito de “rede de vida” para um plano espacial maior, visando a integração entre as comunidades locais – ou centros urbanos – para a prestação de auxílio mútuo na solução de problemas locais. Outro elemento distintivo da proposta é a “política de obrigações”, visando o estímulo do senso de responsabilidade pelo bem comum, centrado da preservação ambiental. Esta política implicaria participação direta nas decisões comunitárias como forma de reforçar a cidadania e recuperar a idéia de republicanismo cívico, isto é, fundado na virtude dos cidadãos. Embora criticável por seu romantismo, a proposta avança sobre temas como organização política regional e satisfação da demanda que, numa proposta estritamente localista, não recebem resposta adequada.

## 5.2. E o Marxismo?

Uma das correntes de pensamento mais influentes da esquerda, desde o século XIX, tem sido o marxismo. Fonte de inspiração para socialistas e mesmo para movimentos sociais surgidos no século XX – feministas, pacifistas, movimentos de igualdade racial – o pensamento político inspirado nas idéias de MARX continua influenciando teóricos e políticos profissionais. Mas seu encontro com o pensamento ecológico não parece harmonioso.

Como anota DUPUY<sup>201</sup>, os ambientalistas tendem geralmente a demonstrar certa desconfiança, quando não repúdio aberto, ao marxismo e às idéias de MARX. As críticas começam pela ênfase excessiva no econômico, que não permitiria a formulação de uma teoria política mais ampla, chegando a afirmação de desprezo de MARX pela natureza. Nessas críticas, há um pouco de verdade e alguns equívocos, exigindo diferenciações que a pressa combativa nem sempre permite visualizar.

De início cumpre distinguir entre MARX e o marxismo, posto que as formulações baseadas nas idéias de MARX resultam, em geral, de interpretações ou mesmo releituras de suas obras sob diferentes enfoques e em contextos muito

---

<sup>201</sup> *Introdução à Crítica da Ecologia Política*, p. 22-23.

diferentes. Esta distinção é fundamental, pois muitas das idéias defendidas por movimentos ecológicos contam com a colaboração de pensadores marxistas, ou pelo menos de alguns conceitos formulados por MARX e depois reempregados por tais teóricos. Este é o caso da Teoria Crítica, a cargo da Escola de Frankfurt: não fosse o conceito de razão instrumental formulado por ADORNO e HORKHEIMER, na esteira do conceito de alienação do próprio MARX, o pensamento político ecológico dificilmente teria formulado sua crítica ao industrialismo e ao cientificismo nos termos em que o fez. Isto pode ser visto como paradoxo, considerando que o próprio MARX confiava na ciência de seu tempo – e no progresso que ela traria – para emancipar os homens do “reino das necessidades”.

Outro teórico marxista, freqüentemente referido pelos ambientalistas, é MARCUSE, que transpôs o conceito de alienação da produção para o consumo, relendo-o a partir de FREUD. O resultado foi uma crítica profunda à sociedade de mercado sem a qual os movimentos ambientalistas e o pensamento político ecológico provavelmente não se reconheceriam. De fato, a consciência da crise ecológica está amplamente relacionada ao consumo e seus padrões - até os neoliberais valem-se disto ao propor um “consumo ecologicamente orientado”, mesmo sem esclarecer de que modo se faz essa “orientação”.

Propondo uma teoria eco-marxista, REINER GRUNDMANN<sup>202</sup> afirma que uma das causas da crise ecológica nas sociedades capitalistas é justamente o fato da dominação da natureza não ter atingido seu ponto máximo. A constatação é inspirada na afirmação de MARX, segundo a qual na sociedade comunista haveria um maior domínio da natureza pelos homens. Entretanto, MARX não considera o domínio da natureza uma característica da sociedade comunista, mas uma consequência de sua emergência. A proposta de GRUNDMANN, portanto, só pode ser validada como ‘marxista’ no sentido de uma releitura – e ainda assim,

---

<sup>202</sup> Apud CARTER, Alan. *A Radical Green Political Theory*. Londres: Routledge, 1999, p. 60-61.

questionável, uma vez que o estabelecimento da sociedade comunista dependeria de abundância de bens materiais, se seguida à risca a proposta de MARX.

JAMES O'CONNOR<sup>203</sup> propõe um “marxismo ecológico”, utilizando os conceitos de MARX em paralelo à teoria social de POLANYI. Defendendo a pertinência de sua proposta, O'CONNOR salienta que a globalização e a revolução tecnológica estavam delineadas na obra de MARX, conferindo-lhe atualidade. Além disso, MARX teria demonstrado interesse por uma produção agrícola ecologicamente racional ao discutir temas como a qualidade do solo<sup>204</sup>. O'CONNOR levanta outros pontos na obra de MARX e da teoria marxista a que ela deu origem, a fim de justificar uma leitura dos problemas ecológicos através de seus conceitos. Por fim, propõe uma teoria política “rubro-verde”, capaz de conciliar natureza e cultura em suas conexões com as relações de trabalho.

As críticas, no entanto, têm sua razão de ser. MARX realmente privilegia o econômico nas suas análises, o que pode ser explicado pelo fato de que exploração da classe trabalhadora era seu objeto principal de estudo, sendo a injustiça mais palpável na época. Se hoje ainda é uma das injustiças mais gritantes, não é a única: a exploração da mulher, as relações (ainda) coloniais com os indígenas, a discriminação racial e a injustiça ambiental estão presentes no cotidiano de forma inegável. O que se pode dizer em defesa de MARX é que a questão ecológica, em seu tempo, ainda não estava posta. Além disso, as categorias conceituais que ele formulou eram voltadas para a economia e o problema da exploração dos trabalhadores, o que não impede sua transposição para outras análises. Foi o que fizeram os integrantes da Escola de Frankfurt, associando as categorias do pensamento de MARX às categorias conceituais de outros filósofos. É também o que propõe O'CONNOR. Por fim, se a utopia de uma sociedade comunista se apresenta como um futuro longínquo e até dúbio; não se pode afirmar o mesmo sobre o valor crítico de suas idéias: este é bastante atual, como demonstram as releituras do conceito de alienação.

---

<sup>203</sup> In *Natural Causes – essays in ecological marxism*. Nova Iorque: Guilford Press, 1998.

<sup>204</sup> Idem, *ibidem*, p. 3.

### 5.3. O Constitucionalismo Fraterno

A crise da Modernidade não se reduz a um momento de angústia. Como toda crise, apresenta-se ambígua, revelando facetas desconhecidas do período que se encerra, nem sempre vislumbradas, muito menos desejadas. Assim nos lembra GIDDENS que “a possibilidade dos totalitarismos é contida dentro dos parâmetros da modernidade ao invés de ser por eles excluídas”. A mesma Modernidade que, em termos políticos e jurídicos, tem seu marco inicial nas revoluções pela liberdade. A Revolução Francesa, sob o lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, não evitou revoluções subseqüentes, como visto acima. A liberdade demoraria ainda algum tempo para se construir; a igualdade, somente entraria na pauta constitucional no início do Século XX. E a fraternidade?

Lembra ELIGIO RESTA<sup>205</sup> que a fraternidade, essa “parente pobre” da liberdade e da igualdade, foi relegada a uma noção vaga de colaboração entre as nações, sendo radicada no Direito Internacional. Um exílio do qual ela somente sai após cinquenta anos de lutas pela afirmação dos Direitos Humanos. Lutas que nem sempre foram fraternas quanto pretendiam, como destaca WARAT<sup>206</sup>, ao falar dos militantes “que simulam preocupar-se pelos outros para ocupar-se de si mesmo”, exercitando um narcisismo que anula as práticas humanitárias.

Se a hermenêutica filosófica<sup>207</sup> permite afirmar um “privilégio” da experiência estética no fenômeno da compreensão, talvez o cinema de KIESLOWSKY possa nos ensinar algo, através de uma semiótica de sua “trilogia das cores”<sup>208</sup>. A liberdade era o azul, sua conquista representando um momento de placidez, de tranquilidade no interior de espaços reservados à individualidade: o asilo inviolável da intimidade, o asilo protetor das fronteiras do Estado-Nação,

---

<sup>205</sup> In *O Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 9.

<sup>206</sup> *Introdução Geral, vol. III*, p. 78.

<sup>207</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método, I - traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 31.

<sup>208</sup> “A Liberdade é Azul”; “A Igualdade é Branca” e “A Fraternidade é Vermelha”.

cuja pertença era designada por uma “superstição de Estado” territorialmente delimitado, pela “sacralização do corpo político” e pelo mito do “sangue e da terra” – o *Blut und Erde*, dos alemães – como lembra MICHELE CARDUCCI<sup>209</sup>.

Em sua proposta de um *Direito Constitucional Altruísta*, CARDUCCI destaca que, frente a um “homem mundializado”, a cidadania referida à nacionalidade não se apresenta mais como promessa de liberdade, de igualdade ou de fraternidade. Daí propor um Direito Constitucional “como cidadania dos outros”, extrapolando as fronteiras do Estado nacional, para garantir os “direitos dos outros” (os imigrantes, os povos indígenas, os excluídos, as gerações futuras), superando a moderna “propensão a identificar o mundo comum com o círculo dos ‘mais próximos’”<sup>210</sup>. A questão da soberania já havia sido apresentada por KELSEN, como obstáculo à realização da *civitas maxima*, como lembra RESTA<sup>211</sup>, destacando que “os canteiros de obra ‘kelsenianos’” estão hoje espalhados, em várias de tentativas de superar a relação soberania-nacionalidade-cidadania por outras formas de experiência política.

Se a liberdade, em sua “placidez azul”, não nos legou mais que uma individualidade, a ser deslocada e fragmentada pela emergência do pós-moderno; seria então o momento – pensaram os modernos – de invocar a igualdade. E ela foi de fato invocada, principalmente pelos “vermelhos” que, surdos – ou ‘cegos’ – para KIESLOWSKY, não perceberam que a igualdade era branca, instaurando aquele “narcisismo” nulificante de que fala WARAT<sup>212</sup>:

“Em outro sentido, o negativo do narcisismo remete ao conceito puro de anulação. Ela pode ser entendida sob os auspícios conotativos do termo ‘branco’. Refiro-me a um uso deste termo em um endereço semelhante ao que surge em expressões como ‘dou a você carta branca’ (abdico de todas as vontades); ou ‘assino um cheque em branco’ (assumo o risco de despojar-me de todos os bens). O branco surge, então, como manifestação conotativa de um objeto referido como divindade, verdade absoluta, perfeição. Um objeto zero, neutro, que se liga e desliga no mesmo e no outro... o gesto neutro faz de suas referências espaciais uma esfera que é uma

---

<sup>209</sup> *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial *et alli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 14-20.

<sup>210</sup> *Idem*, *ibidem*, p.42-44.

<sup>211</sup> *O Direito Fraternal*, p. 12-13, a referência é à obra kelseniana *O problema da Soberania*.

<sup>212</sup> *Introdução Geral, III*, p. 78-79.

clausura que brinda ao indivíduo o simulacro de estar em uma morada protetora, aparentemente não conflitiva... anula o espaço potencial de um campo compartilhado, cúmplice... que permitiria a emergência do político, a criação dos efeitos da existência, do prazer de existir”.

Este espaço de transição, para o qual universalismo democrático proposto por CARDUCCI seria, nas palavras dele mesmo, “a única chance que é dada ao ‘homem globalizado’ de pensar e construir *novas linhas de amizade* entre povos e nações”<sup>213</sup>. Em sua busca por constitucionalismo altruísta, CARDUCCI atribui ainda alguma função aos Estados, não os pensando como territórios ou etnias, mas espaços de realização da justiça, pela defesa da liberdade e construção da igualdade – a ser universalizada. O autor percebe, no entanto, a “inquietação” produzida pelo processo de unificação européia e de sua constitucionalização, levada a cabo sem poder constituinte, mas por tratados internacionais carentes da legitimação popular<sup>214</sup>.

Trata-se então da fraternidade, vermelha, como ensina KIESLOWSKY: da cor do sangue da vida, comum aos seres humanos por baixo de sua tez e além de seu sexo; da cor do conflito, necessário para instaurar o “espaço transicional” genuinamente democrático, como pontua WARAT<sup>215</sup>; das lutas pelos direitos humanos que, como RESTA<sup>216</sup> esclarece, “são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade”.

A proposta por um “direito fraterno” parte da humanidade concreta, isto é, sem contornos ou enfeites metafísicos, de todo impossíveis após a derrocada dos fundamentos transcendentais: se não é mais possível recorrer à Religião (qual delas seria a legítima?), se não é possível recorrer à Moral (qual delas, num mundo plural?), restam os seres humanos, mulheres e homens, seus corpos, seus desejos, seus rostos, sua contingência. Também nesse sentido a proposta do “direito

---

<sup>213</sup> *Por um Direito Constitucional Altruísta*, p.23.

<sup>214</sup> *Idem*, p. 74-77.

<sup>215</sup> *Introdução Geral, III*, p. 79.

<sup>216</sup> *O Direito Fraterno*, p.13.

constitucional altruísta”, sintetizada por CARDUCCI<sup>217</sup> na “urgência de pensar a democracia como novo princípio político destinado a garantir a ‘dignidade’ humana no pluralismo”, onde o Direito Constitucional surgiria como “novo *nómos* da Terra, capaz de contestar o princípio da soberania e os interesses da razão de Estado como fundamento exclusivo da legitimidade política e da liberdade”.

O *nómos* da Terra, o *nómos* da “casa planetária”. DUPUY, ao explicar a origem da palavra “ecologia” destaca sua semelhança à “economia”: o mesmo radical, *oîkos* ou “casa”, submetido a duas racionalidades, o *lógos* e *nómos*. O sentido esquecido pelos economistas é relembado pelo ecologista francês: “a lei humana convencional”, vale dizer, a lei que os seres humanos convencionaram para si mesmos. Mas se esta lei não traduz a razão ou a palavra da “casa” – *lógos*, em geral traduzido por razão, deriva do verbo *legeîn*, “falar” – como ser o novo *nómos* da Terra?

Surge aí a importância de uma ecologia – uma racionalidade, uma fala – que abranja a crise ecológica em suas múltiplas dimensões: ambiental, política e humana; como pontuado por WARAT<sup>218</sup> na citação introdutória deste capítulo. Para tanto, RESTA<sup>219</sup> propõe um “redimensionamento ecológico” do Estado, partindo do *código da amizade*, definida como:

“... a forma mais significativa de comunidade possível que vive à espera de reconhecimentos, mas que também vive independentemente deles. E é comunidade que não diferencia a pertença com base nos bens, mas que identifica formas complexas de identidade: isso significa que não há outra motivação na amizade do que aquilo que Montaigne indicava como ausência de objetivos, e, portanto, o máximo do reconhecimento da identidade... A comunidade identitária é, portanto, tecido social no aguardo do seu tempo e do seu lugar, o qual, por conseguinte, paradoxalmente, vive sem tempo e sem lugar; à concretização da identificação deste, de *um* ou *do* amigo há, como resposta, uma indefinição da amizade que não é captada na identificação e vai esconder-se em uma rede de possibilidades”.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> *Por um Direito Constitucional Altruísta*, p.58-59.

<sup>218</sup> *Introdução Geral, III*, p. 226.

<sup>219</sup> *O Direito Fraternal*, p 16. A proposta é mais centrada nos limites da jurisdição, mas o princípio orientador pode ser estendido ao Estado como um todo.

<sup>220</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 23-24.

Desta forma, a proposta de um Direito Constitucional Fraternal busca a construção de uma cidadania planetária, ecológica, cuja “rede de possibilidades”, ou seja, as condições de possibilidade são indicadas – e não “postas” – pelo encontro entre ecologia, política e direito.

#### 5.4. Estado Ecológico de Direito

A diferença entre conceituar e definir é bastante ilustrativa dos desafios a que se propuseram, ao longo da história do pensamento ocidental, a(s) teoria(s) do Direito e a(s) teoria(s) do Estado: sendo o conceito resultante de uma abstração intelectual que pretende-se o resumo objetivo das percepções, conceituar implica um afastamento dos entes em busca de sua essência. A empresa da definição é mais modesta: definir é, em uma palavra, delimitar (como o latim indica no radical *finire* a existência de um “fim”, um limite).

Tendo em vista as idéias expostas desde o capítulo inicial, este trabalho não será concluído com a formulação de um conceito, mas de uma definição. Portanto, o Estado Ecológico de Direito que ora se apresenta é uma proposta, e como tal, aberta para o futuro. O fechamento do conceito não seria adequado, nem mesmo possível ante a “rede de possibilidades” constitutiva da presente proposta. Trata-se sim de delimitar, vale dizer, estabelecer os contornos deste novo Estado, partindo do inventário de idéias político-ecológicas apresentado acima.

Como KANT<sup>221</sup> explicita em sua *Crítica da Razão Pura*, os princípios são assim designados “porque eles mesmos não se fundam em nenhum conhecimento mais alto e geral”. A delimitação dos contornos do Estado Ecológico do Direito há que ser iniciada por um princípio que, voltado para a organização política de mulheres e homens, deve constituir uma orientação de conduta e, portanto, um princípio ético. Nesta linha, a proposta dos conservadores mostra-se sugestiva ao recomendar a prudência, visando à preservação de relações harmônicas entre as várias formas de vida, naturais ou culturais.

---

<sup>221</sup> *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 150.



ANDRÉ COMTE-SPONVILLE<sup>222</sup> lembra que a prudência era uma das “quatro virtudes cardeais” dos Antigos, devendo reger as demais (a temperança, a coragem e a justiça). A prudência torna-se, portanto, a condição das outras virtudes e de toda ação humana. A adequação desta virtude a uma proposta ecológica decorre da sua ligação estreita com a contingência, a incerteza, o risco. Como explicita SPONVILLE: “A prudência não é uma ciência; ela é o que faz as suas vezes quando a ciência falta”. Este é o sentido dado ao princípio da precaução, tal como definido na *Declaração do Rio de Janeiro*, elaborada em 1992 por ocasião da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento:

“Princípio 15. De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.<sup>223</sup>

Interpretando *a contrario sensu*, a fim de reter o sentido positivo do princípio, conclui-se que a “ausência de absoluta certeza científica” resulta na impossibilidade de assumir os riscos envolvidos em ameaças de danos ambientais, considerados sérios ou irreversíveis, bem como na pronta ativação de medidas preventivas eficazes quando a ameaça já tenha sido ativada. No âmbito político, o princípio assume dimensão mais ampla, já que a prudência implica deliberação anterior à decisão: trata-se de privilegiar o processo democrático de decisão em detrimento da autoridade científica e burocrática. Dessa forma, os pareceres técnicos de órgãos estatais e/ou da comunidade científica não poderão prevalecer sobre a vontade da comunidade, se fundados em assertivas dúbias e, mesmo que fundados na certeza, deverão contar com a aprovação comunitária. Nesse sentido, assumem alta relevância as audiências públicas já conhecidas no Direito Ambiental, como fase necessária do procedimento de licença, e também no

---

<sup>222</sup> *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 39.

<sup>223</sup> *Apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, 9ª edição, p. 50.

Direito Financeiro, pela experiência do Orçamento Participativo. Certamente, a submissão das decisões à vontade comunitária envolve riscos, como o da vontade comunitária se opor a laudos indicativos de alto potencial poluidor ou degradante. Mas uma comunidade que se pretenda ecologicamente democrática, não pode evitar tal responsabilidade, o que remete às dimensões da cidadania e do republicanismo.

Falar em republicanismo ecológico, ou eco-republicanismo, implica falar da gestão ecológica da coisa pública (*res publicae*) e, portanto, da responsabilidade dos gestores públicos. Numa proposta que invista em processos decisórios de participação direta, isto significa responsabilidade dos próprios cidadãos por suas decisões. Partilha-se aqui da crítica formulada pelo pensamento ecológico anarquista (ecologia social e eco-comunalismo) de que a democracia representativa leva à passividade e à irresponsabilidade dos cidadãos, uma vez que acaba por reduzir-se às práticas eleitorais. Somente os mecanismos participativos têm a possibilidade de integrar os cidadãos no processo decisório, fomentando sua conscientização e auto-responsabilização. O *nómos* recuperaria assim seu sentido de lei convencional, podendo estabelecer um *direito fraterno*, no sentido proposto por RESTA<sup>224</sup>, como “*direito jurado em conjunto* por irmãos, homens e mulheres, com um pacto em que se ‘decide compartilhar’ regras mínimas de convivência”.

Assim, surge a eco-cidadania como exercício da autonomia (*auto+nómos*: regras próprias) em lugar da heteronomia, mas um exercício comprometido com a vida e sua manutenção, percebendo sua responsabilidade perante as outras formas de vida e a vida futura. A deliberação acerca de direitos e deveres deve então considerar o respeito à natureza bem como o direito à vida e ao meio (natural, urbano, cultural) ecologicamente equilibrado das gerações que virão. Isto implica rever a distinção entre o público e o privado, na medida em que o exercício da autonomia não pode ser confundido com a imposição dos efeitos de desejos presentes às gerações futuras.

---

<sup>224</sup> *O Direito Fraterno*, p. 133.

A participação direta nas decisões exige presença e proximidade, levantando o problema da organização geopolítica da sociedade. Este problema apresenta duas dimensões, na solução Moderna: a dimensão interna, traduzida no federalismo, e a dimensão externa, traduzida na soberania. Para ambas, o pensamento político ecológico apresenta respostas diferentes. No âmbito interno, o problema das comunidades locais autônomas recebeu tratamentos diversificados no pensamento anarquista, como o “municipalismo libertário”, de BOOKCHIN, apostando na democracia direta exercida em assembleias populares locais, e o “bio-regionalismo”, de SALE, falando em ligações em rede, entre comunidades e/ou centros urbanos, de modo a estabelecer relações cooperativas, capazes de solucionar problemas comuns, bem como as limitações que uma economia localizada poderia enfrentar no tocante à demanda. Assim, o federalismo há de ser repensado, substituindo as noções de hierarquia – própria do Estado Liberal – e subsidiariedade – própria do Estado Social ou Providência – pelas noções de complementaridade e diversidade. A superação da visão hierarquizada conduziria ao restabelecimento de um municipalismo forte, mas aberto à integração regional e, portanto, mais apto a atender aos interesses das comunidades que o federalismo centralizador, próprio do Estado Moderno.

A dimensão externa do problema da organização geopolítica não encontra solução entre os anarquistas, concentrados em comunidades locais e, no máximo, em integrações regionais (SALE). A proposição de uma resposta ecológica aqui parte do socialismo ético e sua vocação internacionalista: a mudança começa na base, mas aponta para o exterior, para “um mundo melhor”. Assim, torna-se imprescindível multiplicar os “canteiros de obra ‘kelsenianos’” citados por RESTA<sup>225</sup>, visando a construção de um direito cuja fraternidade se revela sob o signo do cosmopolitismo. A isto, o autor identifica à “dimensão ‘ecológica’ dos direitos humanos”: “são espaço no qual as duplas opositivas são novamente compreendidas”, ou seja, onde as lutas cotidianas permitem a mulheres e homens afirmarem seus desejos. Nesse sentido também é a proposta de “desterritorializar

---

<sup>225</sup> *O Direito Fraternal*, p. 12. A expressão é empregada pelo autor para designar novas experiências de convivência política que superam a noção de soberania.

a democracia”, feita por CARDUCCI<sup>226</sup>: “fundamentar a salvaguarda efetiva dos direitos do homem não sobre o pertencer a uma Nação ou a um Estado, mas sobre seu ser membro do gênero humano: para usar as palavras de Lévinas, sobre a nudez de seu rosto”. Isto nos remete à próxima questão: a democracia ecológica.

Uma democracia somente pode ser ecológica se toma em consideração às gerações futuras bem como outras formas de vida – sejam formas culturais, sejam formas naturais – exigindo uma abertura para o futuro bem como para as diferenças. Tal consideração exclui a possibilidade de formular um conceito fechado de democracia. Também afasta as propostas “essencialistas” em torno dessa noção. A democracia ecológica é necessariamente processual, no sentido de sua construção ser um trabalho constante ou, como diria WARAT<sup>227</sup>, “uma incessante tentativa de encontrar uma nova significação da fraternidade social”. Nesse sentido, surge o caráter inclusivo do direito fraterno, no sentido proposto RESTA<sup>228</sup>, um direito que...

“escolhe direitos fundamentais e define o acesso universalmente compartilhados a bens ‘inclusivos’. Bens e direitos fundamentais são inclusivos, quando um indivíduo não pode gozar deles, se, no mesmo momento não gozam deles todos os outros. O ar, a vida, o patrimônio genético só podem ser inclusivos, podem sê-lo menos as propriedades, quando não são igualmente distribuídas”.

A democracia ecológica caracteriza-se, portanto, como processo de participação direta, fundada no acesso e na partilha de bens inclusivos. Uma vez que as gerações futuras têm seu acesso e sua participação, em suma, sua inclusão diferida no tempo, surge o problema da mediação de seus (possíveis e potenciais) interesses. Uma forma de responder ao problema é fixando um patamar mínimo a ser protegido e preservado: não se poderia legar às futuras gerações um meio (natural, urbano, cultural) em piores condições do que aquele(s) encontrado(s) pelas presentes gerações. No entanto, afora os problemas técnico-científicos de determinar essa “qualidade ambiental mínima”, não há garantias – em função da contingência em que se inscreve a questão ambiental, para não dizer a própria humanidade – de que este mínimo garanta a vida das gerações futuras, sem lhes

---

<sup>226</sup> *Por um Direito Constitucional Altruísta*, p. 50.

<sup>227</sup> *Introdução Geral, III*, p. 38.

<sup>228</sup> *O Direito Fraterno*, p. 135.

impor uma economia de escassez. Neste ponto, um instrumento importante é a noção de transformação constitucional, tal como captada da doutrina alemã por CARDUCCI<sup>229</sup>:

“... foi observado que a interpretação do texto e do fato normativo é na verdade interpretação da coisa, na qual o texto ou o fato ‘falam’, no sentido de reconectar-se à ‘relação da vida’, isto é, à realidade que olham. Quem está ‘dentro’ daquela ‘relação de vida’ (quem detém, se diria na perspectiva alemã do *Dispositives Recht*) produz transformação. Por outro lado, esta experiência no interior da ‘relação de vida’ não significa apenas estender a consistência das próprias informações sobre a mesma, mas obter posições, orientar-se para que a autocompreensão e modo do comportamento se transformem, se adaptem: partir de premissas e fixar premissas. Uma vez efetivada tal transformação, aproxima-se às experiências sucessivas de forma diversa, porque mudou o repertório pré-existente. Eis então que o distanciamento do conteúdo, mais uma vez, não é simplesmente do texto e do fato verificados (basta pensar na redundância da doutrina do precedente), mas das experiências simultâneas que não ditavam sentido. Em síntese, a transformação produz transformação. A experiência constitucional é tudo isto: é contingência do processo decisório”.

Assim, na construção interminável da democracia ecológica, a consideração acerca dos direitos das gerações futuras é sempre feita em aberto, em função de sua contingência. Dessa maneira, não se pode estipular um máximo a ser preservado e mesmo o mínimo há de ser constantemente revisto, o que afasta a possibilidade da fixação de limites pela lei ou pela coisa julgada: o acesso ao meio – natural, urbano, cultural – não se apresenta como direito de conteúdo fixo, mas está em permanente evolução.

A contingência do processo decisório recomenda uma atuação prudente, com o quê, retorna-se ao ponto de partida, delimitando o espaço no qual é possível apresentar uma definição de Estado Ecológico de Direito:

*Forma de organização política fundada na deliberação comunitária, visando o estabelecimento de uma sociedade autônoma e comprometida com a implementação dos direitos da humanidade, presente e futura, por meio da participação efetiva de seus integrantes nos processos decisórios.*

---

<sup>229</sup> *Por um Direito Constitucional Altruísta*, p. 69.

A definição apresenta-se como proposta cuja concretização não se pode garantir. Em função dessa contingência, assume o tom da aposta de PASCAL<sup>230</sup>: “se ganhades, ganhareis tudo; se perderdes, não perdereis nada”.

---

<sup>230</sup> *Pensamentos*. Tradução Olívia Bauduh. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 93.

## CONCLUSÕES

Durante o medievo, foram elaboradas teorias acerca dos limites do poder político, tanto eclesiástico quanto temporal. A elaboração dessas teorias deu-se por meio da interpretação das Escrituras Sagradas da Cristandade e pelo uso de elementos do Direito Romano. As argumentações eram feitas basicamente em dois sentidos: em defesa do poder do Papa ou buscando a limitação desse poder.

A formação do Estado Moderno dependeu da concentração do poder político e sua posterior despersonalização. A emergência do Estado Absolutista – primeira forma estatal moderna – provocou a reativação de elementos já constantes nas teorias medievais, reorganizando-os em teorias que, novamente, se punham ora em favor do poder absoluto, ora defendendo o poder limitado. Este embate funda o pensamento político moderno, vencendo as teorias de limitação do poder. Dentre elas, o Constitucionalismo entendido como técnica de controle do poder estatal.

A noção de Constituição e o próprio Constitucionalismo sofrerão os influxos dos embates políticos da Modernidade, a começar pelo Liberalismo. Forma-se assim, a concepção de Estado Constitucional, cujas atribuições seriam mínimas, devendo assegurar a liberdade individual, sobretudo abstendo-se de nela interferir. Embora as Constituições Liberais e os Estados por elas criados representassem um avanço político frente ao Absolutismo, logo revelaram sua insuficiência ante as reivindicações do proletariado, criado com a industrialização.

O Constitucionalismo Social inaugura o Século XX com a promessa de atender às classes operárias sem descuidar do processo econômico. Surgem a “Constituição Econômica”, criando os direitos sociais – previdência, educação, saúde, direitos do trabalhador – e estabelecendo a intervenção estatal na economia – planejamento, atuação subsidiária.

O Estado Social mostra-se cioso das diferenças sociais, mas também das crises sistêmicas do capitalismo. A partir dos anos 1970 instala-se uma crise gradual, levando a adoção do credo neoliberal, difundido pelo globo nas décadas seguintes.

O neoliberalismo não foi uma solução: considerando a crise do Estado Social sob o aspecto exclusivamente fiscal, promoveu uma redução do aparelho estatal e dos gastos públicos, deixando a economia livre para o capital, então globalizado. As demandas sociais persistiram, mas não havia mais Estado para provê-las – ainda que constitucionalmente previstas.

Esta crise somente veio se somar a outra, de caráter eminentemente cultural, instalada no Ocidente – particularmente nos países capitalistas desenvolvidos – no final dos anos 1960: a Modernidade foi posta em questão. O termo “pós-modernidade” entrou em voga. O pensamento ocidental dividiu-se mais uma vez. Num ponto, entretanto, havia concordância – ainda que não unânime: o discurso e as instituições políticos da modernidade estavam exauridos. Frente ao capital globalizado o Estado-Nação era impotente; as incertezas sociais levaram à apatia política, minando a democracia representativa. Além da política, o mundo todo parecia em colapso...

O crescimento econômico espetacular do pós-guerra e correlato desenvolvimento tecnológico aprofundaram as diferenças. A própria noção de diferença se alterou, diversificando-se: classe, gênero, etnia, raça, cor, credo, língua, todas passaram a servir de fundamento para novas reivindicações. Além disso, cientificismo – crença na eficiência científica – aliado ao “progresso” econômico e tecnológico permitiu o surgimento de novos riscos: a crise ecológica instalou-se, lembrando aos seres humanos sua transitoriedade e seu destino comum.

Todos estes eventos históricos foram analisados, em maior ou menor grau de detalhamento, ao longo do presente trabalho. Sua pesquisa parecia uma necessidade: contextualizar. Sua repetição aqui, entre as últimas palavras,



confirma essa necessidade e indica uma outra: advertir. Não estamos livres do risco de uma catástrofe global, nem dos riscos cotidianos – de resto ignorados.

Solução? Não há *uma* solução, muito menos *a* solução. Os problemas relativos à crise ambiental apresentam múltiplas dimensões, do psicológico ao social, do econômico ao jurídico, passando pelo político. Também não há mais os universalismos: ainda que se rejeite o nominalismo dos pós-modernos, a filosofia “séria” já anunciou o fim da metafísica. Sem o Ser ou o Eu, que fundamento é possível?

A crueza da realidade não levou, contudo, ao conformismo. A política continuou em debate, o futuro continua em debate: o pensamento político abraça a causa ambiental e oferece novas propostas. Utópicas, românticas, surreais – ainda assim propostas para um futuro desejável. Talvez sua importância maior resida na utopia, no romantismo, no surreal; mas o jurista, cientista social enredado no seu próprio objeto de estudo, não pode se omitir: ante a crise é preciso oferecer respostas. Eis o móbil desta pesquisa.

O inventário das propostas político-ecológicas e das críticas a elas endereçadas permitiu vislumbrar possibilidades onde, aparentemente, só havia pessimismo. As concepções de RESTA, de um *Direito Fraternal*, e de CARDUCCI, *Por um Constitucionalismo Altruísta*, revelaram-se adequadas ao propósito de repensar o Estado. E o resultado foi uma definição, em tom de proposta (e de aposta): *Estado Ecológico de Direito*. Os vários aspectos envolvidos na construção da proposta (democracia ecológica, eco-republicanismo, eco-cidadania, eco-federalismo) merecem estudos mais detidos – cada qual pode ser uma pesquisa a parte.

Outros desdobramentos podem ser imaginados: aqui MARX foi deixado à parte, não por desprezo ou recusa, mas pelas ambigüidades nas interpretações de seu pensamento, indicando a necessidade de uma pesquisa mais profunda sobre sua obra. MARX ambientalista? É o que defendem REINER GRUNDMANN e JAMES O’CONNOR.

A dicotomia esfera pública/esfera privada continua um problema em aberto. Pensar sua síntese evoca HEGEL, MARX, mas também ESPINOZA. Mas estas são outras pesquisas, outras apostas.

## Referências bibliográficas

ABRÃO, N. **Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BADIA, M. C. (coord.) **Manual de Ciencia Política**. Madri: Tecnos, 1996.

BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BESTER, G. M. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos**. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, N. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 1ª reimp. São Paulo: Mandarim, 2000.

CAETANO, M. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELLA, J. R. **Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado**. Tradução Gresiela Nunes da Rosa, Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARDUCCI, M. **Por um Direito Constitucional Altruísta**. Tradução Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros, Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARTER, A. **A Radical Green Political Theory**. 1ª ed. Londres: Routledge, 1999.

CHÂTELET, F.; DUHAMEL, O.; PISIER-KOUCHNER, E. **História das Idéias Políticas**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHAUÍ, M. **Convite à Filosofia**. 12ª ed. 5ª imp. São Paulo: Ática, 2002.

COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 3v.

COMTE-SPONVILLE, A. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução Eduardo Brandão. 11ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CONDE, E.A. **Curso de Derecho Constitucional**. Madri: Tecnos, 1996.

DUPUY, J.-P. **Introdução à Crítica da Ecologia Política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

DUSO, G. (org.). **O Poder: História da Filosofia Política Moderna**. Tradução Andréa Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva, Giuseppe Tosi. Petrópolis: Vozes, 2005.

DUVERGER, M. **As Modernas Tecno-democracias:** poder econômico e poder político. Tradução Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

EAGLETON, T. **As ilusões do pós-modernismo.** Tradução Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade:** Curso do College de France, 1975-1976. Tradução Maria E. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, H.-G. **Verdade e Método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 5ª ed. rev. Petrópolis: Vozes, 2003. 2 v.

GIDDENS, A. **As conseqüências da modernidade.** Tradução Raul Fiker. Marília: EDUNESP, 1991.

HABERMAS, J. **Mudança Estrutural da Esfera Pública.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

JAMESON, F. **Pós-modernismo:** a lógica cultural do capitalismo tardio. Tradução Maria Elisa Cevasco. São Paulo: Ática, 1996.

KANT, I. **Crítica da Razão Pura.** Coleção “Os Pensadores”. Tradução Valério Rohden, Udo Balbur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KUMAR, Krishnam. **Da Sociedade Pós-industrial à Pós-moderna:** novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LIPOVETSKY, G.; CHARLES, S. **Os Tempos Hipermodernos.** Tradução Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito.** Tradução Gustavo Bayer. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1983. 2 v.

\_\_\_\_\_. **Sociología del riesgo.** Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1992.

LYOTARD, J-F. **A Condição Pós-moderna.** Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro.** 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARÉS, C. F. **A Função Social da Terra.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MATTOS, P. (coord.) *et alli.* **Regulação Econômica e Democracia:** o debate norte-americano. 1ª ed. São Paulo: Editora 34, 2004.

MCILWAIN, C. H. **Constitutionalism Ancient & Modern.** Ithaca: Cornell University Press; 1947.

MÉXICO. <http://www.cddhcu.gob.mx/levinfo/pdf/1.pdf>. Acessado em 24.11.2005.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA, V. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1978.

O'CONNOR, J. **Natural Causes: essays in Ecological Marxism**. 1ª ed. Nova Iorque: The Guilford Press, 1998.

PASCAL, B. **Pensamentos**. Tradução Olívia Bauduh. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

RESTA, E. **O Direito Fraternal**. Tradução Sandra Regina Martini Vial. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RONSAVALLON, P. **La Crisis del Estado Providencia**. Tradução espanhola Alejandro Estruch Manjón. Madri: Civitas, 1995.

SANTOS, B. S. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SARAIVA. **Código Tributário Nacional: mini**. 10ª ed. São Paulo, SP, 2004.

SMITH, M. J. **Ecologism: towards a eco-citizenship**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1998.

SKINNER, Q. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 1ª reimp., 1999. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TORRES, J. C. B. **Figuras do Estado Moderno: elementos para um estudo histórico-conceitual das formas fundamentais de representação política do Ocidente**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

UNGER, R. M. **Conhecimento e Política**. Tradução Edyla Mangabeira Unger. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VIEIRA, J. R. **Teoria do Estado: a regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

VINCENT, A. **Ideologias Políticas Modernas**. Tradução Ana Luísa Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

WARAT, L. A. **Introdução Geral ao Direito: o Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, 3 v.