

O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO MODERNO: CONFLITO ENTRE GARANTIAS INOVADORAS E FORMAS TRADICIONAIS

Jonathan Hernandez Marcantonioⁱ

Sumário: Introdução. 1 A Constituição dos direitos e o papel do Estado Moderno. 2 O mau uso do Estado. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente artigo objetiva demonstrar brevemente como a concepção teórica e instrumental de Estado Moderno, a qual supostamente havia propiciado em termos históricos e jurídicos a conquista de direitos materiais rumo à consagração dos direitos humanos, sofre na atualidade por uma necessidade de atualização, especialmente em seus pilares estruturais, graças a in-

sistência do Estado em não se desvincular dos primeiros propósitos e princípios jurídicos formais que se consolidaram em sua constituição formal, a partir do século XVII. Nosso propósito aqui é tentar identificar esse lapso de compatibilidade entre o conteúdo material do direito garantido pelo Estado e a própria estrutura do Estado como garantidor de tais direitos, apesar dos esforços históricos para que tal adequação fosse realizada.

Palavras-chave: Estado Moderno. Desenvolvimento. Estrutura formal. Transformação histórica.

ⁱ Professor Doutor do Departamento de Filosofia do Direito e disciplinas básicas da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pesquisador convidado do *Institut für Philosophie und Geisteswissenschaft – Freie Universität Berlin* – Alemanha, em 2008.

Abstract

The present paper has as scope show briefly how the Modern State instrumental and theoretical perspective, which had allegedly provided in historical and juridical frames at the Human Rights, claims nowadays a need of structural upgrade and reform thanks its disability to be unattached of its first proposals from its origins, back in 18th century. The effort here is identifying these incompatibility between the development of material and formal perspectives of modern State which has been shown in the contemporary historiography.

Keywords: Modern State. Development. Formal structure. Historical perspective.

INTRODUÇÃO

O conceito de Estado de Direito foi ideologicamente construído em paralelo ao desenvolvimento teórico que ocorrera nos primeiros séculos que sucederam a Idade Média, precisamente entre os séculos XVII e XX. As principais contribuições teóricas sucederam ao debate europeu contextualizado, marcado pela ascensão da mentalidade burguesa. Toda a preocupação teórica esteve voltada para consolidar o Estado de Direito como o principal projeto político da civilização ocidental. A forma como tal Estado foi teoricamente concebido evidencia duas perspectivas distintas, material e formal, porém coordenadas. A perspectiva material, qual seja, a valorativa, é marcada principalmente pela histórica disputa por direitos vivenciados naqueles séculos. A perspectiva formal, por sua vez, define-se como construção securitária destes direitos materiais, tanto em termos processuais como em termos institucionais.

Pensando nessas distinções e no propósito do presente capítulo, tentaremos identificar esses dois elementos a partir de uma perspectiva histórico-valorativa no âmbito material do Estado e, ao mesmo tempo, demonstrar precisamente a ausência dessa transformação histórica no âmbito formal do Estado de Direito. Para atingir esse desiderato, pretende-se, especificamente: (1) identificar os principais aspectos teóricos da conquista dos direitos fundamentais e como o Estado de Direito providencia a garantia de tais direitos; e (2) demonstrar como as modificações de contexto teórico e histórico possibilitam uma leitura que sugere a necessidade de repensarmos as bases estruturais e formais do Estado de Direito.

1 A CONSTITUIÇÃO DOS DIREITOS E O PAPEL DO ESTADO MODERNO

É impossível discutir o desenvolvimento das formas de proteção de direitos disponibilizados pelo Estado de Direito sem abordar, ainda que brevemente, o Direito em si. E aqui repousa uma dúvida: sobre qual perspectiva devemos falar a respeito do Direito? Pela perspectiva

externa ou interna? Com essas indagações preliminares queremos dizer que os resultados objetivados por este trabalho podem alterar-se se nos focarmos apenas em uma ou em outra das perspectivas aqui mencionadas. Mas o esforço aqui empreendido será, pois, compreender ambas as perspectivas.

A concepção de perspectiva interna pode ser extraída da doutrina de Böckenförde, quando escreve sobre a *autocompreensão* do sistema de Direito, delineado por toda a tradição acerca da teoria do Direito (*Rechtswissenschaft*), porém, em uma perspectiva crítica. Aqui, a expressão crítica pode ser compreendida como perspectiva marxista. O autor considera que essa tradição (de toda a teoria do Direito) tem ignorado as conexões entre Direito e outras teorias sociais compelidas pelo ponto de vista humanista, o qual atribui hodiernamente ao Direito uma posição privilegiada e a situa como definição sistemática e dogmática, lugar onde jaz a impossibilidade de se refletir entre os limites do direito material em si e o sistema de proteção que o possibilita.¹ Isso significa que o Direito, ao longo dos últimos séculos, desenvolve-se em uma perspectiva particular, por conta da influência dos ideais iluministas que acabaram por gerar essa inclinação da autocompreensão do Direito, que convergiu para a compreensão do sujeito de direito moderno pautado em sua respectiva individualidade.

A proposta explícita dessa individualidade, além de naturalmente se opor às abordagens socialistas e comunitaristas, é supostamente constituir uma unidade coesa entre todos os cidadãos, estabelecendo para tanto um padrão *normal* de comportamento – o típico comportamento burguês – ancorado na lei. Esse posicionamento claramente exclui a possibilidade de outro tipo de comportamento cultural – ressalvada a flexibilidade possível deste padrão – em privilégio daqueles compatíveis com o citado padrão de comportamento, no intuito

de ressalvar os valores culturais, marginalizando automaticamente aqueles que não se adaptem ao padrão formal de conduta, mediante princípios e premissas legais, estabelecidos formalmente pelo Direito, o que é esclarecido por Böckenförde ao utilizar como exemplo a concepção de família presente no sistema de direito da civilização ocidental.² Porém, analisando a questão pelo prisma do pensamento liberal, nem haveria a necessidade de tal salvaguarda na medida em que o Direito tem como alicerce a razão cunhada pelo Iluminismo e que, portanto, assume contornos universais.³ Os contornos aqui mencionados denotam um desenho possível, em vias teóricas, do modelo de um homem médio que é capaz de, a partir de uma referência individualizada, orientar suas ações automaticamente para a sociedade, como se tal resultado fosse o único possível. Esta habilidade de escolha do melhor, ou do justo – o chamado juízo – é a pedra de toque do que teoricamente representa o conceito de liberdade nas sociedades modernas. Essa liberdade, não custa lembrar, é respaldada pela lei em seu sentido lato.⁴

Nesse ponto, consegue-se identificar dois distintos processos que, embora se apresentem essencialmente como opostos, em um segundo momento estão intrinsecamente relacionados e dizem respeito ao conteúdo material e formal que o Direito assume em sua sistematização. O maior e mais importante princípio material de Direito, pelo ângulo das sociedades modernas é a liberdade, compreendida como o poder de escolha que um sujeito detém em determinada sociedade. Por seu turno, os procedimentos previstos em lei, atributo formal do Direito, têm como tarefa desenvolver uma estrutura a partir da qual se possa ser capaz de garantir a liberdade como um princípio de direito material. Para tanto, as regras de Direito (*rules of law*) podem criar uma rede de direitos materiais que, curiosa e paradoxalmente, só são materializados graças ao texto da lei, ao mesmo tempo em que sua

¹ BÖCKENFÖRDE, E. W. *Recht, Staat, Freiheit – Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1991. p. 58.

² BÖCKENFÖRDE, E. W. *Recht, Staat, Freiheit – Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, p. 59.

³ BARRON, Anne. *Colonization of the self in the Modern State*. In: CARTY, Anthony (Ed.). *Post-Modern law – Enlightenment, revolution and the death of the man*. Edinburgh: University of Edinburgh Press, 2003. p. 108.

⁴ BARRON, Anne. *Colonization of the self in the Modern State*, p. 109.

materialidade depende do reforço possível do respeito destes direitos materiais em uma dada sociedade, possibilitados graças a um conjunto estrutural de pilares formais que, combinados, resultam no respeito e na consolidação da liberdade como direito. Toda essa dinâmica, entre estruturas e prerrogativas é o próprio *Estado*.⁵

O Estado, desde sua moderna concepção, tem como finalidade última o resguardo das regras de direito. Nesse sentido, o Estado se mune e se divide em três poderes complementares, os quais possuem, em sua unidade, a *soberania*. Essa separação de poderes carrega em si a crença de que a racionalidade procedimental representada pela forma do próprio Estado Moderno poderia lidar com a administração da liberdade, entre outros direitos fundamentais, estabelecendo, por sua vez, uma específica forma de racionalidade procedimental em cada um dos poderes do Estado.⁶ Ao mesmo tempo, especialmente durante o século XIX e o início do século XX, a sociedade ocidental também mudou. A acentuação na individualidade e, por consequência, nos direitos individuais estava agora colidindo com outros tipos de direitos que não possuem o mesmo formato daqueles que, como a liberdade, são tidos como atributos puramente racionais. Nesse contexto, o século XIX fez emergir o embate entre classes sociais que, muito embora configuraram um horizonte social completamente distinto, bastante conhecido, a atitude do Estado Moderno, em uma perspectiva simbólica, era tentar adaptar essa nova categoria de direitos materiais em uma mesma formatação que também abrigava direitos de natureza individual, terminando por diferenciar direitos individuais daqueles sociais e políticos de uma forma material, mas não procedimental.⁷

O conflito social em si, bem sabemos, delinea a possibilidade de uma toda nova categorização de direitos. O Estado, por sua vez, apresenta

como suporte para essas mudanças o mesmo ferramental apresentado lá atrás, no século XVII, quais sejam: o poder e o uso da força para assegurar as regras de direito, consolidado a partir de políticas que se desenvolveram pautadas em interesses econômicos, tanto na esfera nacional como na internacional. Em termos jurídicos e sociais, isso não poderia acabar bem e, de fato, os movimentos sociais tentaram mostrar esse descompasso entre a perspectiva social dos direitos sociais e a estrutura estatal propiciadora de tais direitos. A título de exemplo, o movimento democrático que a Europa experimentou entre a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, tentou estabelecer-se como uma proposta de mudança de paradigma. De acordo com Dahrendorf, ao revés, o que se viu foi um aumento da importância do poder burocrático⁸ no sentido explicitado por Max Weber, o que institui problemas para a consolidação do real projeto democrático, uma vez que a forma do Estado, em sua perspectiva procedimental, ainda se pauta em interesses econômicos.⁹

Por outra perspectiva, a individualidade como marco central do Estado de Direito estava associada, acertadamente, a todo o moderno processo social presente na obra de Stefan Huf, que concentrou sua pesquisa nos efeitos que o desenvolvimento tecnológico traz para a civilização ocidental, especialmente a partir do século XIX.¹⁰ A combinação desses dois elementos produz uma incerteza que demandaria, ao mesmo tempo, uma transformação social acerca da perspectiva relacional entre direitos materiais e uma possível estrutura estável (procedimental) de poder, mantida pelo Direito em si e, consequentemente, pelo Estado de Direito.

Nesse sentido, todo o processo de diferenciação (*differenzierungsprozess*) da modernidade é mantido a partir de um padrão de incerteza que contrasta o período denominado de Pré-Moderno e o Período Moderno, isso porque a ideia de tradição, mantida

⁵ BARRON, Anne. *Colonization of the self in the Modern State*, p. 110.

⁶ BARRON, Anne. *Colonization of the self in the Modern State*, p. 112.

⁷ DAHRENDORF, Ralf. *Der moderne soziale Konflikt* – Essay zur Politik der Freiheit. Munique: Deutscher Taschenbuch, 1994. p. 80-81.

⁸ DAHRENDORF, Ralf. *Der moderne soziale Konflikt* – Essay zur Politik der Freiheit, p. 91.

⁹ DAHRENDORF, Ralf. *Der moderne soziale Konflikt* – Essay zur Politik der Freiheit, p. 97-109.

¹⁰ HUF, Stefan. *Sozialstaat und moderne* – Modernisierungseffekte staatlicher sozialpolitik. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. p. 67.

simbolicamente mediante uma religiosidade do poder perde espaço, valendo lembrar que no Período Moderno evidencia-se uma crise pela perspectiva individual graças ao considerável aumento da complexidade. O prisma social e o subjetivo demandam do Estado um papel securitário em ambos os cenários.¹¹ O resultado, sob esta outra perspectiva, qual seja, a social, também é o mesmo outrora expresso: O Estado e o Direito, apesar das infinitas possibilidades de interação, mantêm-se atrelados a uma única orientação racional: a individualidade.

2 O MAU USO DO ESTADO

Relacionar os problemas de legitimação e as eminentes transformações na mentalidade do Estado e do Direito na modernidade não é propriamente inédito. De fato, o pensamento da moderna ciência social sempre esbarra nessa temática, acidental ou deliberadamente. Ainda assim, uma das compreensões sobre esse fenômeno, que ainda é digna de nota, é aquele presente no pensamento de Max Weber. Weber pôde antecipar essa problemática quando escreveu todas as diferentes abordagens existentes entre direitos objetivos e direitos subjetivos. Essa diferença, na sua concepção, fora marcada desde suas distintas formas de concepção ao longo dos tempos.

Para compreender como essas diferenças funcionam e qual é o impacto delas na relação entre direito material e procedimental abordaremos rapidamente tal tema na perspectiva do pensamento de Weber. Começaremos pelo desenvolvimento do direito subjetivo.

A característica *individualista* que escrevemos a respeito na primeira parte deste trabalho possui uma forte relação com o processo de consolidação dos direitos subjetivos. Na obra de Weber essa relação se mostrou a partir da abordagem feita por ele sobre o conceito de *contrato* utilizado na Europa durante a Antiguidade e a Idade Média. O aumento do uso de contratos nas trocas comerciais reflete, vagarosamente, a preferência que vai dominar a Europa na Idade Moderna,

qual seja a desejada dissociação do Estado da vida privada, individual. Esses aspectos mal conseguem apresentar o Estado como um *trustee* da liberdade e da autonomia privada, o que resulta na impossibilidade de o Estado deter poder efetivo para designar e estipular uma forte política social que consolide tais direitos e prerrogativas. Ao invés disso, o Estado acaba por reduzir as interações sociais em interações comerciais.¹² Ao mesmo tempo, a liberdade, como o mais importante dos direitos materiais, visto em um sentido subjetivo, não possui um conteúdo material, mas sim formal, estando de acordo com sua origem. Isso significa que o objetivo primeiro da liberdade é manter-se como garante da autonomia contratual, anteriormente referido.

Os direitos objetivos, por seu turno, têm origem completamente distinta. De acordo com Weber, esses tipos de direitos têm suas bases consolidadas em uma transformação social com uma orientação externa, o que situa sua origem em uma ação social (*Handeln*) e destaca o conteúdo material dessas formas de direito.

Nesse sentido, é aceitável dizer que os direitos objetivos possuem suas fundações na percepção empírica da ação social. Essas transformações, novamente, têm-se estabelecido e transformado mediante o Direito, cujo objetivo é estipular limites de sociabilidade entre as pessoas que vivem em uma determinada sociedade.¹³

CONCLUSÃO

Se o Direito deve assegurar dois tipos diferentes de direitos, cada qual desenvolvido por formas completamente diferentes, podemos dizer, portanto, que o Direito possui tarefas dúbias e até mesmo conflitivas. Mais do que isso: o Direito, em sua origem, fora historicamente desenhado para consolidar e assegurar um determinado tipo de troca – aquelas legitimadas pelos direitos subjetivos que já mencionamos – mas quando o cenário jurídico é composto pelas transformações sociais, estas, por seu turno, exigem outro tipo de regulação, não com

¹¹ HUF, Stefan. *Sozialstaat und moderne – Modernisierungseffekte staatlicher sozialpolitik*, p. 86.

¹² WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Paderborn: Voltmedia, 2000. p. 738.

¹³ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 651.

1.2 TEORIA SOCIOJURÍDICA NACIONAL

o intuito de zelar pela boa transação comercial, mas sim para tentar dirimir seus efeitos colaterais. O resultado, contudo, é o inverso: a mesma estrutura é utilizada em ambos os tipos de direitos que, embora originários de padrões econômicos e seus impactos na sociedade, apresentam-se em contextos completamente distintos. Como podemos perceber, ambos os tipos de direitos aqui apresentados foram constituídos sobre os pilares da sociedade moderna e embora demandem formas distintas de regulação, a forma que o Estado atribui a eles é a mesma.

O diagnóstico dado neste trabalho não é particularmente novo. Ele é compartilhado por muitas teorias modernas que, como escrito por Macpherson, “adotam a noção de processo democrático como um mercado competitivo”¹⁴. Tais teóricos sabem que o Estado Moderno que gravita sobre nós é inadequado e demanda uma severa mudança paradigmática. Esse novo ponto de vista a ser desenvolvido deve identificar teórica e empiricamente todos os problemas que se escoram nos pilares do Estado Moderno, aí incluída a percepção do Direito. Ambos os esforços podem ser empreendidos no sentido de aprimorar e transformar os padrões jurídicos e políticos, tarefa cujo papel fundamental incumbe ao Poder Legislativo como um todo, não como técnica, mas como reflexão.¹⁵

REFERÊNCIAS

BARRON, Anne. Colonization of the self in the Modern State. In: CARTY, Anthony (Ed.). *Post-Modern law – Enlightenment, revolution and the death of the man*. Edinburgh: University of Edinburgh Press, 2003. p. 108-134.

BÖCKENFÖRDE, E. W. *Recht, Staat, Freiheit – Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1991.

DAHRENDORF, Ralf. *Der moderne soziale Konflikt – Essay zur Politik der Freiheit*. Munique:

Deutscher Taschenbuch, 1994.

HUF, Stefan. *Sozialstaat und moderne – Modernisierungseffekte staatlicher sozialpolitik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

MACPHERSON, C. B. *The rise and fall of economic justice - and other essays*. Oxford: Oxford University Press, 1985.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Paderborn: Voltmedia, 2000.

Recebido: 11/11/2015

Aprovado: CONVIDADO

¹⁴ MACPHERSON, C. B. *The rise and fall of economic justice - and other essays*. Oxford: Oxford University Press, 1985. p. 60.

¹⁵ MACPHERSON, C. B. *The rise and fall of economic justice - and other essays*, p. 74.