

REVISTA
DE
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 165
janeiro/março – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A crise da Modernidade e o Estado Democrático de Direito

Wilson Roberto Theodoro Filho

Sumário

1. Introdução. 2. A Modernidade sob a ótica de Boaventura. 3. Os paradigmas constitucionais: o Estado Democrático de Direito. 4. Conclusões.

1. Introdução

O presente artigo tem o intuito de fornecer uma análise de algumas das relações existentes entre o paradigma da Modernidade e sua crise e o Estado Democrático de Direito. Propõe-se que as características apontadas pela teoria constitucional hodierna sobre o Estado Democrático de Direito respondem a várias das tensões que constituem a crise do paradigma da Modernidade.

Entre os vários relatos possíveis e válidos para a Modernidade Ocidental, a proposta teórica de Boaventura de Sousa Santos é útil para se compreender as relações entre a crise do paradigma moderno e o direito e a teoria jurídica do século XX. Não se tratando de uma visão única, ou superior a outras possibilidades de compreensão do paradigma da Modernidade, o pensamento do filósofo português, ao tratar diretamente das relações entre direito, ciência e sociedade, serve de esteio para uma análise do papel exercido pelo Estado Democrático de Direito em fornecer respostas adequadas aos elementos que constituem a crise do paradigma moderno.

Do mesmo modo, a teoria dos paradigmas constitucionais posta por Menelick de

Wilson Roberto Theodoro Filho é Advogado, Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília.

Carvalho Netto é de fundamental importância para a compreensão da teoria constitucional desenvolvida ao longo do século XX, além de fornecer um relato coerente das principais características do Estado Democrático de Direito nos dias atuais. A contraposição entre o relato acerca dos paradigmas constitucionais e a crise da Modernidade possibilitará um melhor entendimento sobre o papel do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e suas possibilidades de estabelecer um novo equilíbrio entre o direito e a participação comunitária tanto no processo jurídico decisório quanto na atividade política – fornecendo, desse modo, algumas respostas para as tensões inerentes ao paradigma da Modernidade.

2. A Modernidade sob a ótica de Boaventura

Boaventura de Sousa Santos define a modernidade ocidental como o paradigma sócio-cultural dominante do pensamento filosófico e científico a partir do século XVI¹. A Modernidade, assentada em uma ideologia de base iluminista (racional, individualista e humanista, caracterizada pela prevalência do conhecimento científico sobre as outras formas de cognição humana), atuou sobre toda a atividade intelectual e social ocidental. Boaventura estabelece seu raciocínio crítico sobre a modernidade a partir da distinção e tensão entre a regulação social e a emancipação social. Três princípios caracterizam o pilar da regulação: mercado, Estado e comunidade. Três racionalidades caracterizam o pilar da emancipação: a racionalidade estético-expressiva, a racionalidade cognitivo-instrumental e a racionalidade moral-prática.

O pilar da regulação volta-se para o controle, para o estabelecimento de regras de conduta que possibilitem o desenvolvimento das sociedades modernas tendo em vista o projeto do paradigma da Modernidade. Nessa medida, o mercado funciona como o mecanismo de controle da produção e troca

de bens; o Estado detém a função de regular a atividade e participação políticas no seio da sociedade; e a comunidade é a instância na qual se realizam efetivamente as trocas sociais, a vida privada e pública em seus aspectos propriamente comunitários e participativos.

O pilar da emancipação volta-se para a possibilidade de desenvolvimento intelectual, social e espiritual humanos, vinculando-se diretamente ao conceito de liberdade, caro à proposta da Modernidade. Nessa medida, Boaventura compreende que todas as três formas de racionalidade que caracterizam a Modernidade guardam, ao menos em suas origens, o potencial e a intenção emancipatórios, voltados para a libertação progressiva do homem em todos os aspectos de sua atividade social.

A racionalidade estético-expressiva liga-se às artes, à literatura, à produção humana propriamente estética, ou seja, à produção de conhecimento cuja finalidade primeira é interior à própria criação. Procura estabelecer padrões de beleza e de prazer, tendo em vista a participação criativa e lúdica do homem no ambiente e na comunidade à sua volta.

A racionalidade moral-prática, que prescreve condutas, refere-se diretamente à ética, à religião, ao direito. Tenciona estabelecer formas, procedimentos e conteúdos para a atuação social e os relacionamentos comunitários, influenciando diretamente na organização dos três pilares: mercado, Estado e comunidade.

E a racionalidade cognitivo-instrumental caracteriza as ciências e a filosofia: trata-se de uma racionalidade que busca delimitar critérios objetivos para a construção do conhecimento e para a busca da “verdade” – estabelece padrões de reconhecimento para o que é cientificamente válido, ou seja, para qual conhecimento possui “valor”.

O projeto da Modernidade, se levado a cabo idealmente, promoveria a maximização do mercado, do Estado e da comunidade, e a máxima emancipação das racionalidades.

dades cognitivo-instrumental (científica), moral-prática (jurídica) e estético-expressiva (artística). Entretanto, Boaventura identifica uma série de distorções dentro da “execução” do projeto da Modernidade, que acabaram por saturar o paradigma e principiar sua crise.

No pilar da regulação, identifica-se o sufocamento da comunidade em face do Estado e do mercado. As relações capitalistas de troca e a atividade estatal superpõem-se às possibilidades comunitárias, que se atrofiaram em face de interesses que, em vez de as complementarem, terminam por diminuir seu potencial. Nessa medida, a comunidade fica excluída, tendo que sobreviver em contraposição, e não em harmonia, com os supervalorizados princípios do mercado e do Estado.

No pilar da emancipação, nota-se uma colonização das racionalidades moral-prática e estético-expressiva pela racionalidade cognitivo-instrumental. Os pressupostos e métodos científicos passam a reger também a produção ético-jurídica e a produção artística. Os pressupostos originais das racionalidades colonizadas enfraquecem-se, sendo substituídos pelos critérios e padrões da racionalidade científica.

O potencial emancipatório de cada uma das racionalidades diminui paulatinamente, à medida que as características individuais perdem-se e se amalgamam em um único critério válido de racionalidade – a racionalidade científica deixa de ser um mecanismo emancipatório para se tornar um mecanismo regulatório. O mercado, o Estado e a comunidade, portanto, passam a ser regidos também pela racionalidade cognitivo-instrumental, concebida, a partir desse momento, como a única racionalidade válida para a regulação desses setores: a emancipação torna-se subordinada e inferior à regulação.

No campo jurídico, foi possível observar primeiramente uma colonização da racionalidade moral-prática pela racionalidade cognitivo-instrumental. Entretanto, em um

segundo momento, após o direito revestir-se de um caráter científico (principalmente no século XX), nota-se uma recolonização de outros setores por uma nova racionalidade moral-prática de cunho científico, oriunda do campo jurídico.

Nessa medida, o Estado, as relações sociais, passam a ser regulados por regras de conduta que se revestem de uma forma científica, mas possuem caráter moral-prático. O direito torna-se um verdadeiro “leviatã”, que prescreve regras e padrões de conduta para todos os aspectos da sociedade, legitimado pela sua suposta “cientificidade”. A atrofia do pilar da emancipação se agrava, pois a racionalidade propriamente moral-prática e a racionalidade estético-expressiva são esquecidas em detrimento da “superioridade” científica; também a comunidade, espaço no qual poderiam exsurgir novas possibilidades emancipatórias, é prejudicada: o direito a regula totalitariamente, em todos os seus aspectos, e a esvazia de seu papel original dentro do plano paradigmático da Modernidade.

Os desequilíbrios entre o pilar da regulação e o pilar da emancipação deram causa à colonização das racionalidades artística e jurídica pela racionalidade científica, ao sufocamento do princípio da comunidade pelo mercado e pelo Estado e à atrofia da emancipação em face da regulação: o direito torna-se um mecanismo não emancipatório, unicamente regulatório, substituto da racionalidade científica como mecanismo de regulação.

Dessa forma, a crise da Modernidade vincula-se diretamente aos desequilíbrios entre os elementos que a compõem, sendo que o direito, colonizado pela racionalidade científica, esvazia-se de seu conteúdo emancipatório original (em relação ao paradigma da Modernidade) para se tornar um mecanismo de reprodução regulatória dos pilares do mercado e do Estado.

Assim, entende-se que o direito das sociedades hodiernas está diretamente vinculado ao paradigma da Modernidade, cons-

truído em torno da racionalidade moral-prática do pilar da regulação e suas inter-relações paradigmáticas decorrentes do desenvolvimento e desvirtuamento do projeto da Modernidade – dessa forma, também a teoria constitucional é tributária do processo de formação e crise da Modernidade, podendo ser analisada à sua luz.

3. Os paradigmas constitucionais: o Estado Democrático de Direito

Menelick de Carvalho Netto estabelece uma série de análises gerais sobre o direito, de acordo com os paradigmas constitucionais vigentes ao longo da história ocidental. Cada um desses paradigmas propõe uma forma diferente de pensar e fazer o direito, exercendo profunda influência sobre todos os campos vinculados ao sistema do direito.

A organização política e jurídica pré-moderna pode ser largamente condensada em um único paradigma, caracterizado por “um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 237). O direito é fixado de acordo com critérios de hierarquia e estratificação sociais.

A dissolução do paradigma pré-moderno, erodido pelo surgimento da moralidade individualista e racionalista característica da Modernidade, conduz ao surgimento do paradigma do Estado de Direito, primeiro paradigma constitucional moderno. O direito passa a ser compreendido como “um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 239). Idéias abstratas e racionais extraídas do jusnaturalismo, definidas e impostas pelos Estados Nacionais, tornam-se universalmente válidas para todos os membros da sociedade, homens livres, que são ao mesmo tempo proprietários e sujeitos de direitos.

O direito público tem a função de evitar o retorno ao Absolutismo, por meio da adoção dos princípios da limitação do Estado e da separação dos Poderes, promovendo a representação censitária da “melhor sociedade” na sociedade política. O direito privado deveria resguardar, por meio da menor quantidade possível de leis, a liberdade, a igualdade e a propriedade dos cidadãos. Há um fosso entre a sociedade civil e a sociedade política: o Estado controlado pela “melhor sociedade” restringe-se a estabelecer direitos negativos (direitos de primeira geração), pretendendo assim resguardar a liberdade de cada indivíduo.

Segundo Cristiano Paixão Araujo Pinto (2003, p. 19-20), há uma nítida assimetria entre o direito público e o direito privado, sendo que o último é superdimensionado e valorizado, e o primeiro é visto com desconfiança, reforçando uma concepção jurídica ligada a liberdades “negativas”. A atividade hermenêutica do juiz é compreendida como uma atividade mecânica, diretamente vinculada ao texto legal, evitando-se qualquer espécie de interpretação.

A inefetividade da liberdade e da igualdade meramente abstratas conduzem ao surgimento do paradigma do Estado Social, no qual pretende-se a materialização dos direitos anteriormente formais (a conquista dos direitos coletivos e sociais de segunda geração e a redefinição dos direitos de primeira geração). A liberdade e a igualdade pressupõem garantias materiais por meio do direito público. A propriedade passa a ser admitida apenas tendo em vista a sua função social. Todo o direito torna-se público, na medida em que o Estado passa a ser o responsável pela sociedade, tendo as suas funções extraordinariamente ampliadas e complexificadas². O Estado, acima da sociedade, deve promover a materialização do direito.

A atividade do juiz torna-se mais sofisticada, e reclama por métodos hermenêuticos “capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profun-

damente inserida nas diretrizes de materialização do direito que a mesma prefigura...” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 243).

A crise do Estado Social inicia-se com o fim da Segunda Guerra Mundial e aprofunda-se com a crise econômica, a falência da racionalidade tecnocrata e dos planejamentos econômicos, a antítese entre técnica e política. A falência do modelo de racionalidade do Estado-interventor dá causa ao surgimento de um novo paradigma constitucional apto a satisfazer as novas demandas e problemas que surgem no seio das sociedades modernas:

“É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção – ainda em pleno andamento – de um novo paradigma: o *Estado Democrático* de Direito. Ele decorre da constatação da crise do Estado Social e da emergência – a partir da complexidade das relações sociais – de novas manifestações de direitos. Desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente, até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno (minorias raciais, grupos ligados por vínculos de gênero ou de orientação sexual), passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos cuja titularidade é de difícil determinação (os chamados interesses difusos), setores das sociedades ocidentais, a partir do pós-guerra e especialmente da década de 1960, passam a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor” (PINTO, 2003, p. 26-27).

O paradigma do Estado Democrático de Direito prefigura um direito participativo, pluralista e aberto, capaz de abarcar os direitos de terceira geração (direitos difusos) e dar novo significado aos direitos de primeira e segunda gerações, inserindo-os no debate público que informa a soberania democrática prevista pelo paradigma em questão. Nessa medida, a comunidade assume um papel de relevância fundamental na produção e consecução do direito; a atividade

do cidadão exige uma participação ativa da comunidade na atividade política e no processo jurídico decisional:

“A ênfase conferida ao paradigma emergente concentra-se na idéia de cidadania, compreendida em sentido procedimental, de participação ativa. Como seria de se esperar de uma mudança paradigmática, os direitos consagrados nos modelos anteriores de constitucionalismo são redimensionados. Verificam-se, no interior da sociedade, novas formas de associação: organizações não-governamentais, sociedades civis de interesse público, redes de serviço não-verticalizadas” (PINTO, 2003, p. 27).

A dicotomia entre direito público e direito privado é novamente redimensionada. Em um ambiente no qual a comunidade exerce papel efetivo na vida jurídica e política, o direito público e o direito privado se reforçam e se inter-relacionam constantemente, tendo em vista a promoção democrática da soberania popular e dos valores e princípios contidos na carta constitucional; as questões públicas não se restringem unicamente ao Estado, nem tampouco as questões privadas se limitam somente aos indivíduos – a participação ativa em prol da cidadania exige que ambos os campos tenham atenção constante tanto por parte dos cidadãos, quanto por parte do Estado:

“Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a tal ponto que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadim-

plente e omissão” (CARVALHO NETTO, 2001).

Assim, enquanto a esfera pública é revalorizada, na medida em que sua defesa e proteção é responsabilidade de toda a comunidade política, também a esfera privada ganha nova importância: a autonomia privada, diretamente vinculada às pretensões de autodeterminação e liberdade, torna-se independente da atividade estatal – o direito administrativo, eminentemente, perde o seu caráter de regulador precípua da vida social para se tornar um mecanismo emancipatório em prol da garantia democrática dos direitos e liberdades dos cidadãos. Setores anteriormente regulados pelo direito estatal tornam-se desregulados; do mesmo modo, aspectos originalmente vinculados à iniciativa privada passam a integrar o direito público³.

A atividade hermenêutica do juiz atinge novas dimensões. O juiz não só deve estar apto a interpretar racionalmente os textos jurídicos, mas deve também analisar e interpretar os elementos fáticos de cada caso concreto. Assim, cada decisão deve retrabalhar os elementos do direito vigente, buscando a harmonia dos princípios e regras jurídicas com o sentimento de justiça relativamente a cada caso concreto específico, tendo em vista a atividade constitucional realizada por toda a comunidade:

“Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” (CARVALHO NETTO, 1998, p. 245).

Os princípios constitucionais passam a exercer papel fundamental para a interpre-

tação e decisão jurídicas, na medida em que o seu escopo de aplicação condiciona a validade de aplicação de uma norma a cada caso concreto específico. As normas não são consideradas auto-aplicáveis, na medida em que é necessário o “crivo” e “autorização” principiológicos, mediados pela atividade interpretativa do juiz, para a aplicação de uma norma a um caso concreto específico.

4. Conclusões

É clara a relação entre o paradigma do Estado Democrático de Direito e a crise paradigmática da Modernidade. O paradigma do Estado Democrático surge como uma resposta aos efeitos da crise da Modernidade sobre o direito e a prática constitucional: ao prever a participação ativa da comunidade no processo jurídico, o paradigma pugna por um equilíbrio entre os pilares do Estado e da comunidade – a supremacia estatal parte-se diante de uma nova possibilidade emancipatória voltada para a maximização tanto das potencialidades estatais quanto das potencialidades comunitárias.

Do mesmo modo, o caráter regulatório do direito cientificamente colonizado é substituído por um retorno às potencialidades emancipatórias do direito, conforme concebido no projeto original do paradigma da Modernidade. O direito torna-se um mecanismo de participação comunitária na vida política, possibilitando uma interação coerente e equilibrada entre as diversas racionalidades, por meio do debate aberto entre as esferas pública e privada no seio da sociedade.

O paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito encontra-se ainda em construção: mas é possível notar, pelo menos em seus delineamentos iniciais, que suas principais propostas são respostas aos elementos que deram causa à crise do paradigma da Modernidade.

Nessa medida, o surgimento de organizações não governamentais, a maior participação da sociedade civil na vida política e na defesa de interesses difusos, a preocupa-

ção com a tutela de direitos de última geração e de direitos cuja responsabilidade direta pertence ao Estado (direitos que não podem ser compensados, mas apenas protegidos: meio ambiente, proteção ao consumidor) constituem novas possibilidades de desenvolvimento da Modernidade, já que se voltam para a harmonização da problemática decorrente da supremacia da regulação sobre a emancipação, e da colonização das racionalidades moral-prática e estético-expressiva pela racionalidade cognitivo-instrumental.

Pretendeu-se, portanto, expor algumas das relações existentes entre a crise do paradigma da Modernidade, conforme identificada por Boaventura de Sousa Santos, e as respostas fornecidas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito às tensões e problemas inerentes ao direito e teoria constitucional hodiernas. A construção do Estado Democrático de Direito, ainda em andamento, volta-se, no intuito de apresentar novas propostas e soluções para a própria crise que deu causa ao seu surgimento, para a efetivação da participação da comunidade civil na vida política de forma responsável e soberana, potencializando, desse modo, as vias emancipatórias e democráticas que constituem a essência do Estado Democrático de Direito.

Notas

¹ “A partir dos séculos XVI e XVII, a modernidade ocidental emergiu como um ambicioso e re-

volucionário paradigma sócio-cultural assente numa tensão dinâmica entre regulação social e emancipação social” (SOUSA SANTOS, 2000, p. 15).

² “É o que Kelsen observa muito bem (...) Para ele, podemos manter a distinção didática entre Direito Público e Direito privado, mas, na verdade, todo Direito é público, todo Direito é estatal (...).” (CARVALHO NETTO, 2001).

³ “E, da mesma forma, algumas das disciplinas antes classificadas como de direito público passam a assumir uma feição cada vez mais aberta à possibilidade de argumentação, à inserção de elementos ligados à iniciativa individual. Um exemplo ilustrativo são as normas que autorizam transação penal ou suspensão da punibilidade em face da admissão do ilícito.” (PINTO, 2003, p. 29).

Bibliografia

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Notícia do direito brasileiro*, Brasília, v. 1998, n. 6, dez. 1998.

_____. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. *Fórum administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, mar. 2001.