

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS NO ESTADO MODERNO

PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE

*Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito - UNIFOR
Doutor em Direito pela Westfälische
Wilhelms-Universität Münster, Alemanha.*

RESUMO

O trabalho analisa os fatores evolucionários que levaram ao conceito de direitos individuais nos sistemas constitucionais de modelo europeu-ocidental. Assinala-se a importância dos direitos individuais para a administração de conflitos na sociedade e constituição de variedade no significado do comportamento.

ABSTRACT

The paper analyses the evolutionary factors which led to the concept of individual rights in constitutional systems of western-european pattern. It stresses the importance of individual rights for the administration of conflicts in society and the setting of variety in the meaning of behavior.

1. Introdução

O direito moderno - assim compreendido aquele que entre os séculos XVI e XVIII desenvolveu-se na Europa Central, irradiando sua influência para as colônias e demais países - tem como um de seus sinais marcantes a elaboração de conceitos jurídicos com maior poder de abstração, capazes de lidar com as novas exigências da sociabilidade pós-medieval. Tal aparato envolve não só o aperfeiçoamento do repertório jurídico-hermenêutico como também a criação de novas instituições e a determinação de órgãos com competências que irão definir o perfil constitucional do Estado, elaborando assim âmbitos de ação social novos e modos de percepção da realidade que se incorporarão ao patrimônio jurídico, sem que com isto a tradição anterior de origem romana seja de todo esquecida.

Nessa recomposição do passado e forjar de novas tradições - hoje elementos irrenunciáveis da representação jurídico-política do Estado de Direito - parece ser pertinente acompanhar como se gera e alcança sede constitucional a noção de direitos individuais em seu papel de guia da aplicação das demais normas e elemento auferidor do grau de democratização de uma

sociedade. Para compreender melhor tal dinâmica evolutiva será necessário recuperar algo da prática social anterior relativa à administração de bens jurídicos individuais, e de como a individualidade ocidental passa a ser traduzida em forma de direitos exigíveis mesmo contra o Estado. Com isto pretende-se assinalar o papel dos direitos e garantias individuais no direito atual.

Tal objetivo não implica de modo algum afirmar que o modelo jurídico europeu-ocidental é o único válido, mas sim que somente a partir do reconhecimento da situação de fato de sua expansão mundial, tradição da qual também somos herdeiros, é que será possível contrastar adequadamente as potencialidades regionais. Neste sentido as eventuais "deficiências" na aplicação dos direitos individuais podem corresponder à descoberta de caminhos inexplorados, rumo à conjugação de uma convivência capaz de garantir a liberdade de cada um com deveres de lealdade perante a coletividade.¹

2. Individualidade e Direitos Individuais

Regia-se a sociedade medieval pelo primado do coletivo, sendo a

¹ Neste sentido a investigação efetuada com relação à sociabilidade política brasileira sugerida por Renato Janine Ribeiro. Ver entrevista a José Geraldo Couto, in: *Quatro autores em busca do Brasil*, Rio de Janeiro, Rocco, 2000, p. 59 ss, 77.

aplicação do direito relativamente ao indivíduo casuística e dependente da personalidade do detentor do poder.² Sob o signo da uniformidade, as expressões individuais encontravam somente em mecanismos como a bruxaria, a heresia e mesmo a alquimia pontos de fuga da opressão da consciência coletiva, na fruição de um mundo interior cheio de significações a que poucos teriam acesso, diferente dos padrões impostos pelas instituições religiosas dominantes.³ A sociedade hegemônica, por sua vez, combatia a diferença individual como ameaça

à sua estabilidade normativa: tais “infiéis” representariam ameaça ao próprio corpo social.⁴

O renascimento romperá com tais representações em torno do indivíduo, ao alargar o horizonte social através da imagem literária ideal do herói cavaleiro e dos exploradores do desconhecido.⁵ Ocorrem aí do ponto de vista do Direito dois fenômenos concomitantes, sendo a “imaginação jurídica” alimentada tanto pelo surgimento da profissão dos juristas como pela nova medida de tempo dada pelo valorização do mundo

² Judith Martins Costa aponta o particularismo, ou seja, a aplicação do direito dependente do exame do prestígio social do interessado como característica estrutural (grifo nosso) do sistema jurídico medieval (1999:57 ss), a que corresponderia um princípio da personalidade das leis (id.,p.49). Parece-nos no entanto haver aí antes fenômenos associadas à própria precariedade do direito como sistema social autônomo, não podendo portanto serem explicados por categorias com as quais temos intimidade: a aplicação de princípios tal como compreendemos hoje só tem sentido quando se tem o compromisso de coerência teórica na aplicação do direito, e não como na situação da época quando não havia uma “consciência metodológica” desenvolvida – que não se confunde com a técnica exegética de leituras dos textos dos autores antigos nem com o grau de desenvolvimento das instituições jurídicas: o próprio poder de dizer o direito (jurisdictio) não existia separado do arbítrio do soberano, e a metodologia jurídica também se confundia com fórmulas religiosas de trabalho exegético.

³ Como explica Louis Dumont (1983: 44), a ideia de “mudança do mundo” só foi possível de surgir em uma sociedade capaz de separar de modo absoluto a vida vivida efetivamente pelo homem e a que lhe é prometida, como foi o caso da religião cristã – a qual em seus primórdios alimentava a atitude de distanciamento do indivíduo com relação às coisas da vida terrena.

⁴ Em que pese a existência de momentos históricos liberalizantes de comportamento individual na idade média, estes não chegaram a se impor como padrão coletivo, predominando os modos de “solidariedade mecânica” (para usar a linguagem de Durkheim) no tratamento de diferenças potencialmente geradoras de desvio de comportamento, diferentemente do tratamento que a sociedade industrial do século XIX dará mais tarde aos rebeldes sociais, utilizando-se da psicologia e da psiquiatria aplicadas às relações fabris - bem como do próprio direito penal (ex: criação do crime de “vadiagem”)- como mecanismos mais eficientes de controle social, “enquadrando” assim indivíduos que se recusam a assumir uma função produtiva que lhes é destinada, negando-lhes outras formas de expressão da individualidade.

⁵ Como explica Luhmann (1997: 1019), a carga psicológica representada pelas incerteza e múltiplas possibilidades de comportamento da liberdade moderna só poderá ser suportada pelos indivíduos na medida em que tenham modelos de comportamento disponíveis: para ser herói de si mesmo portanto nada mais natural para o indivíduo que apoiar-se em outros. O herói do romance de cavalaria no entanto representa uma tentativa, fadada ao fracasso, de conciliação entre o passado medieval e os novos modelos coletivos de afirmação da individualidade pela padronização da diferença – diferenças que serão doravante administradas pelo direito. Sobre a função do mito do herói romanesco, em particular de sua caricatura no personagem Dom Quixote, ver Ian Watt (1997:69, ss.)

individual. São coincidências históricas motivadas por origens semelhantes: a invenção do livro, que multiplica as possibilidades de interação do indivíduo com o mundo que o cerca, corporificando a necessidade de modelos de comportamento e tornando o saber jurídico tradicional disponível, ao preço da necessidade de sua sistematização mais elaborada como verdadeira tecnologia jurídica, de um lado; e a ascensão política e social dos homens do direito na luta contra o poder da igreja, que acompanha a trajetória da aristocracia, de outro.

A semântica social das relações entre indivíduo e sociedade sofre uma mudança radical, ganhando o mundo interior daquele equivalente externo na configuração de relações marcadas por códigos de honra como expressão do domínio ideológico da nobreza e seus critérios de legitimidade.⁶ A unidimensionalidade que marcava as relações entre o mundo psíquico do indivíduo⁷ e a comunidade dissolver-se-á com a explosão de diferentes papéis sociais passíveis de serem exercidos concomitantemente, sem que haja

compromissos de coerência a serem observados rigorosamente. Como constatação teórica este movimento indica a necessidade de não se identificarem conceitos afins como indivíduo (mundo biopsíquico), personalidade (conjunto de "mascaras" componentes do convívio social, que permite a projeção de modelos de comportamento futuros) e sujeito (expressão formal de domínio sobre o conhecimento ou sobre direitos), já que deles decorrerão diferentes usos sociais.

Com isto é possível reconhecer a sobreposição histórica fugaz das noções literárias e jurídica acerca da individualidade, que se irão plasmar na configuração de novos direitos, faculdades e deveres. Naturalmente que do ponto de vista jurídico-político não havia no dealbar da fase moderna realmente "cidadãos", como hoje estamos costumados a evocar, mas sim toda uma vida social portadora das regras do bem falar e de uma tradução simbólica do mundo romanceada em cavaleiros andantes, portadores de armas e brasões.⁸ À diferença do modelo de cidadania, havia a

⁶ Tal mudança coincide com a distinção tematizada por pensadores como Wolf, Christian Thomasius e Kant entre "autonomia" e "heteronomia" como caracterizadoras da moral e do direito.

⁷ A palavra "indivíduo" significava originariamente o "que não pode ser mais dividido" – no caso, o significado passa a ser puramente psicológico, sem que obviamente deixe-se de reconhecer as determinações psicológicas do comportamento individual pela sociedade.

⁸ Aqui talvez possamos reconhecer em mecanismos como o chamado "columismo social" um sucedâneo dessa necessidade de distinção contra o que hoje representa os padrões do "homem massa" da sociedade de consumo – com a diferença que não mais cabe à "nobreza" pontuar os acontecimentos sociais, mas sim aos meios de comunicação, não necessariamente dominados pela lógica da "dignitas", mas pela necessidade de produzir o "novo" pela sensação.

persistência da idéia de distinção por nascimento como critério básico da dignidade individual, por assim dizer derivado da própria "natureza". É sintomático portanto verificar como o jusnaturalismo consegue então manter uma posição influente em meio a essa progressiva perda de referência a uma dedutibilidade de direitos a partir da natureza e sua lógica do mais forte – pois a individualidade tende a ser expansiva e ilimitada -⁹, sendo prova de sua inadequabilidade aos novos tempos de autonomização do Direito frente às estruturas religiosas e absolutistas.

A instituição dos direitos individuais em nível constitucional representa pois o ponto de chegada de sucessivas revoluções e sobreposição de tradições no pensamento jurídico, apontando para uma outra relação entre indivíduo e a sociedade, e o modo como o direito incorpora as práticas políticas. O próprio termo "constituição" só ganha seu significado contemporâneo, superando o sentido imperial-papista, quando de sua implantação como estrutura permeável às relações entre a lógica do poder e a das normas jurídicas, indicando a presença de novos agentes na expressão da soberania do Estado. Por sua vez, tal

transformação só se torna tecnicamente possível pela discussão teórica acerca da pretensão universalista do Direito e sua correlata necessidade de organizar-se frente à possibilidade de confronto entre os vários direitos existentes, mantendo ao mesmo tempo sua própria identidade autônoma.

3. A expansão dos Direitos Individuais

A progressiva perda da fundamentação transcendental do direito não trouxe prejuízos à afirmação dos direitos individuais, pelo contrário: com a positivação do direito surgiram maiores possibilidades de alteração das normas existentes, vindo ao encontro de novas reivindicações geradas pela multiplicação das vontades individuais. Esta, por sua vez, trouxe a constante ameaça de anomia pela "desilusão" com a ordem existente, de modo que se pode dizer ser a criação dos direitos individuais uma forma de lidar com sua constante negação prática, pelo reforço do modelo positivo desejado.

Do ponto de vista dos operadores do Direito, ocorre a estréia do papel social do próprio

⁹ É representativo o caso da manutenção da escravidão nas colônias francesas após a revolução de 1789 e nas colônias norte-americanas após a independência, quando a coerência com os compromissos revolucionários de dignidade foram adormecidos sob a convicção de que tais progressos ocorreriam "naturalmente" com o tempo.

conhecimento sobre o qual impõem sua marca. Direitos do juristas e direito do povo compõem mundos complementares que expressam o sentimento de perda de controle de uma linguagem comum em torno do direito. Mesmo que mais adiante o positivismo jurídico tente, através da Teoria Geral do Direito, reconstituir a unidade metodológica “perdida”, ela nunca poderá mais ser realmente pensada como experiência: as especializações do Direito moderno levam a que cada área tenda a um certo isolamento frente às demais. Da mesma forma, não basta o apelo à humanidade ou onipotência do sujeito cognoscente para desfazer as diversas polaridades que se constituem, principalmente no direito processual, que antevê a dificuldade de regular homogeneamente as pretensões ou direitos individuais e os objetos materiais da relação processual, influenciando e ao mesmo tempo sendo afetado pelo processo social de fragmentação.

Os direitos individuais desenvolvem-se portanto como expressão da diferença abrigada no paradoxo de que todos têm direito a expressar sua diferença, sem que a unidade do direito para isto possa ser ameaçada. Daí haver o desligamento da representação do direito como envolvendo *direitos recíprocos*, corrente na idade média, passando-se à realidade de *direitos*

complementares.¹⁰ Neste sentido é interessante notar como a figura do *direito subjetivo* é recomposta por obra da reorganização da herança jurídica medieval, através dos pandectistas no século XIX: direitos, faculdades, situações jurídicas, atribuições são agora termos com os quais o conhecimento jurídico designará as diferentes posições em que podem ser descritos as ações dos diversos sujeitos, não necessariamente biunívocos ou correspondentes entre si.

De outra parte, há que se constatar que os direitos individuais não são apenas direitos do indivíduo, repercutindo sobre a própria possibilidade de construção de “pontes” ou interdependências entre as diversas necessidades institucionais e interdependências entre a economia, a política, e mesmo a religião (o direito canônico e a Igreja continuam muito tempo exercendo influências em vastas regiões) exigindo portanto variabilidade em sua aplicação. Uma das conseqüências de tal maleabilidade das fórmulas do direito moderno será a relativização da clássica divisão entre direito “público e direito “privado” frente à necessidade de cláusulas de interpretação mais elásticas, de um lado, e da mudança da administração dos direitos no Estado no Direito contemporâneo, de outro.

¹⁰ Cf. Niklas Luhmann (1981:364).

Como bem percebeu *Márcio Diniz* (1999: 41), as condições da modernidade implicam politicamente que

“Num Estado de dimensões tão gigantescas perante as cidades-Estado antigas parecem óbvias as dificuldades de uma participação direta dos indivíduos no poder(...) A grande maioria dos cidadãos geralmente se encontra excluída do exercício direto da soberania e conceberá, sempre, as idéias de soberania e de poder como garantias dos seus direitos individuais que, nos tempos modernos, em virtude das relações econômicas, foram estendidos e multiplicados para propiciar a busca da felicidade pessoal de cada um”

Ocorre aí portanto uma cisão entre o direito praticado e direito refletido, com a reflexão autônoma sobre o direito sendo sublimada pelo positivismo, na absoluta separação entre “ser” e “dever ser”, ao mesmo tempo em que “cientificará” toda a prática jurídica. A inadequação de tal postura se tornará cada vez mais evidente quando o esgotamento do modelo de dedução transcendental dos direitos exigir novas formas de imbricação entre política e direito capazes de lidar com a novo pluralismo jurídico resultante de

formas mais abstratas, até chegar-se às diversas variantes de direitos atuais: individuais, sociais, processuais, difusos, coletivos, políticos etc.¹¹ Resta saber portanto como o Estado irá organizar-se para corresponder a essa dinâmica dos direitos individuais.

4. Constitucionalização dos Direitos Individuais

Do ponto de vista sócio-evolutivo as instituições estão por vezes disponíveis antes que seu pleno sentido histórico encontre expressão. Isto fica claro ao examinarmos o Estado constitucional moderno em relação à pré-existência de sua dimensão jurisdicional, sem que implicasse no entanto papel de referência para a criação de espaços de liberdade individual. Necessidades de organização mais elaboradas advindas de choques políticos de estamentos e classes, bem como da economia mercantil atuaram sobre a organização jurídica estatal, retirando a atividade jurisdicional da órbita do que mais tarde se chamará de “executivo”, constituindo-a na função específica de dizer o direito válido.

Com o moderno Estado constitucional os direitos individuais são elevados à categoria de *leitmotiv* da

¹¹ No caso dos direitos coletivos reconhece Callera (2000:137 ss.) que não os há sem representação, ou seja, sem a figura política ancorada no direito constitucional.

dinâmica jurídica. O controle das diversas possibilidades de combinações de direitos e do potencial de conflitos gerados pela impossibilidade de realização de todas as projeções individuais faz com que caiba ao Estado não só administrar a convivência concomitante de tais expectativas, mas também atuar preventivamente de modo a sugerir a possibilidade de seu completo atendimento. Diferentemente do Estado estatal, em que a lealdade de troca de favores pessoais e a busca de agradar marcavam um tempo social mais lento, os indivíduos-consumidores de hoje têm uma dimensão de fruição de direitos imediata, difícil de ser compensada somente com a noção pessoal e diletória no tempo e espaço de mérito e honra.

Assim a disponibilidade individual de direitos encontra pela frente um limite representado pelas novas necessidades de organização do Estado, que fundamentarão no Direito Público – mas não somente nele, repercutindo sobre a auto-representação do direito civil – regras dispositivas de direitos e de cláusulas do *ius cogens*. Para garantir o usufruto dos direitos constitucionais o Estado arvora-se em seu arbítrio, ao preço portanto de uma certa redução do âmbito de liberdade dos sujeitos. Por outro lado, a semântica referida aos direitos ganha

independência dos modos sociais de sua representação; a própria referência a valores depõe a favor disto, na medida em que os valores permitem inúmeras pontes com a forma concreta de decisão dos casos pelos órgãos oficiais encarregados, deixando sempre aberta a possibilidade de, “na próxima vez”, decidir de forma diferente.

Isto acontece sobremodo através do judiciário, tendo em vista dispor mecanismos capazes de atuar no tempo e no espaço das categorias jurídicas de modo diferenciado, aplicado caso a caso. Por isto não é casual que o processo de constitucionalização dos direitos individuais terá sua decisiva participação, como demonstra *Gerald Stourzh* (1989:165) no caso norte-americano, envolvendo desde a previsão constitucional de igualdade de condições de participação em julgamento até o instrumento mais elaborada do *judicial review*. Por outro lado, justamente pela imprevisibilidade do resultado final, funciona o processo judicial como mecanismo “cooptador” dos indivíduos. Isto é essencial para o Estado regulador que sucederá ao Estado liberal, vez que frente à inevitabilidade da necessidade de regulamentação dos direitos haverá uma reelaboração da liberdade tal como albergada pela teoria do sujeito de direito clássica.¹²

¹² Mesmo com tais modificações a teoria jurídica do direito subjetivo não foi ainda capaz de integrá-las a seu âmbito de explicação, permanecendo numa visão “nominalista” do problema.

Particularmente aos Tribunais Superiores caberá a tarefa de conter e eventualmente distender a interpretação de direitos individuais, valendo-se para tanto dos diversos níveis teóricos e metodológicos em que é possível construir a interpretação e da interação com outras funções do Estado. Além do uso das propriedades retóricas herdadas da tradição, verifica-se a renovação do papel particular que caberá aos princípios jurídicos, não por acaso instrumentos fundamentais para maior alcance e elasticidade da regulação normativa.

Uma sociedade mais complexa necessita de um direito capaz de refletir sobre si mesmo de forma mais elaborada. A teoria jurídica assim moldada será capaz de constatar que o horizonte de sua compreensão desloca-se com o ganho da capacidade de explicação. Se nos primórdios do sistema constitucional moderno os direitos individuais eram vistos como defesa contra o poder do Estado, no mundo contemporâneo desenvolverão papel mais sofisticado - não como forma de controle do poder, mas também como expressão de formas de sociabilidade intermediárias entre Estado e Sociedade, ou entre Estado e Sociedade Internacional. Assistimos hoje à configuração dos direitos individuais sob a forma de valores humanitários e exigências morais de que no futuro a barbárie já não possa prevalecer. Tal exercício faz parte do mesmo do sentido obrigatório de

sua realidade jurídica, como expressão de que às individualidades é fundamental não reconhecer apenas a situação de "ilha", mas há que sobretudo dar-se conta da existência do "arquipélago".

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. **Funktion und Struktur der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat in normen-und systemtheoretischer Perspektive**. Berlin: Dunker & Humblot, 2001.

CALERA, Nicolás Lopez. **¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos**. Barcelona: Editorial Ariel, 2000.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Sociedade e Estado no pensamento político moderno e contemporâneo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1999.

DUMONT, Louis. **Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne**. Paris: Éditions du Seuil, 1983.

LUHMANN, Niklas: „Funktion der Subjektiven Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft“, in: *Audifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und*

Rechtstheorie: Frankfurt am Main, 1981, p. 360-373.

_____ „**Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft**“, in: Gesellschaftstruktur und Semantik. Bd.2. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p.45-104 .

_____ **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999.

MARTINS- COSTA, Judith. **Da boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STOURZH, Gerald: **“Zur Konstitutionalisierung der Individualrechte in der Amerikanischen und Französischen Revolution”**, in: Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates, Wien/Köln: Böhlau Verlag, 1989, p.155-174.

WATT, Ian: **Mitos do individualismo moderno**. Fausto, Dom Quixote, Robinson Crusoe. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.