

AS NOVAS DIMENSÕES DO PÚBLICO E DO PRIVADO E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS.

Marcelo Paulo Wacheleski

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O público e o privado 3. Formação e crise do Estado Nacional 4. A formação do Estado Social 5. A ascensão do social 6. Conclusão 7. Referências

RESUMO

O artigo discute a transformação das esferas pública e privada, verificável, principalmente, a partir da formação e crise do Estado Moderno quando da ascensão do social, e com isso, a simbiose das esferas pública e privada. A discussão inicia-se com o debate acerca da esfera pública, esfera privada e o social. A análise prossegue com o estudo da transformação do Estado Nacional em Estado Social, trazendo novos direitos nas Cartas Constitucionais e a necessidade de maior intervenção normativa na regulamentação da vida social. Para eficácia desses direitos, o Poder Judiciário é chamado cada vez mais para interferir em assuntos que antes eram deixados fora de sua alçada. A reflexão toma como teoria base, os textos de Hannah Arendt.

Palavras-chave: Esfera Pública, Esfera Privada, Judicialização.

RESUMEN

El artículo analiza la transformación de la esfera pública y privada, verificable, sobre todo a partir de la formación del Estado moderno y la crisis, cuando el auge de lo social, y por lo tanto, la simbiosis entre las esferas pública y privada. La discusión comienza con el debate sobre la esfera pública, la esfera privada y la social. El análisis continúa con el estudio de la transformación del Estado en el Estado Nacional de Bienestar, con lo que los nuevos derechos en las Cartas Constitucionales y la necesidad de una mayor intervención reguladora en la regulación de la vida social. Para la efectividad de estos derechos, el poder judicial es llamado cada vez más a intervenir en los asuntos que quedaron fuera de su ámbito de competencia. La reflexión toma como teoría básica, los escritos de Hannah Arendt.

Palabras clave: esfera pública, Esfera privada, Judicialización.

1. INTRODUÇÃO

A discussão que se trava no presente artigo envolve um dos assuntos de maior debate atualmente na doutrina jurídica, referente à crescente intervenção do Poder Judiciário nas relações sociais. Sabe-se que em resposta ao Estado absolutista e à falta de controle do poder soberano no século XVIII estruturou-se um modelo de

Estado centrado precipuamente no Poder Legislativo como representante direto da vontade popular, promulgando leis soberanas, sob as quais, todos, inclusive o próprio governante, deveria se submeter. Com o surgimento das Constituições rígidas, e dentro de seu conteúdo a inserção de direitos fundamentais, verificou-se nova transformação no paradigma do direito - nesse momento, inclusive o legislativo encontra barreiras na sua atuação legiferante – a necessidade de respeito aos direitos fundamentais. Atualmente, verifica-se a existência de direitos que ultrapassam a esfera da individualidade, trazendo novos atores coletivos ao processo judicial. Nesse novo paradigma, torna-se difícil a identificação clara dos limites entre as esferas pública e privada.

O objeto do presente trabalho é a análise da alteração dos conceitos de esfera pública e privada, ocorridos principalmente com a crise do Estado Nacional e a ascensão dos Estados Constitucionais com Constituições rígidas. Para discussão desses temas, com a necessária conceituação das categorias colocadas, demonstrar-se-á a formação e o declínio do Estado Nacional enquanto modelo político de Estado e Governo. Após, a reflexão segue com a análise da constitucionalização, não só dos direitos fundamentais, mas também de direito a prestações positivas do Estado, principalmente com incorporação dos ideais do Estado Social¹.

Como teoria base serão utilizadas as categorias e reflexões de Hannah Arendt, sem contudo pretender fazer um estudo exaustivo de suas obras, e sim, foram selecionados os textos que se aproximam teoricamente do tema abordado neste estudo.

2. O PÚBLICO E O PRIVADO – AS BASES TEÓRICAS DE HANNAH ARENDT

¹ Para definição do Estado Social, adotamos o conceito de BONAVIDES, segundo o qual: “A terceira revolução é portanto a do Estado social. como se vê, ela irrompe silenciosa e irreprímível na segunda metade do século XX [...]. Mas necessariamente é a revolução pluralista, democrática, que não derrama sangue nem acende labaredas, inspirada menos na referencia indivíduo do que no valor pessoa humana, enquanto princípio cuja inserção não se pode separar do grupo ou da categoria coletiva. Ocorre sob a égide de uma liberdade que tanto há de ser material como também formal, ficando porém fora do alcance e do golpe intruso de uma vontade eventualmente usurpadora, como é a vontade do Estado, quando se move além do raio de limitações que só a Constituição pode traçar com legitimidade. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 336

A condição humana é firmada em três atividades fundamentais: o labor², o trabalho³ e a ação⁴. As três atividades indicadas estão diretamente ligadas às condições da vida humana. O labor assegura a existência e manutenção do indivíduo; o trabalho constrói a artificialidade do mundo dando permanência e continuidade à vida mortal do homem; e a ação permite a criação de corpos políticos para a construção da história. Para Arendt, enquanto o labor e o trabalho estão ligados às necessidades humanas e, portanto, são objetos da esfera privada, a ação representa a liberdade do homem em relação às suas necessidades e é vivida na esfera pública.

Em Arendt, o termo público apresenta dois sentidos diversos, porém convergentes. Num primeiro momento, público, representa tudo aquilo que pode ser exposto e visto por todos e a que se dá a maior divulgação possível. A exposição pública dos fatos é o que nos garante a realidade do mundo e de nós mesmos. A garantia da verdade e a nossa percepção da realidade surgem da exposição pública dos fatos. Porém, nem todos os assuntos podem suportar a exposição pública, porque, somente aqueles que tenham relevância para o comum devem ser colocados sob as luzes da esfera pública, de sorte que o irrelevante deve ser resguardado para apreciação da esfera privada. Isso, como bem lembra Arendt⁵, não significa que a vida privada seja fugaz e fútil, mas sim, que assuntos da vida pública podem assumir extrema relevância para subsistência e equilíbrio da vida privada e que seriam desvirtuados quando colocados sob os olhos públicos. A crítica proferida por Arendt, é que a esfera pública, nesse sentido, contraiu-se, ao passo

² “O labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano [...] A condição humana do labor é a própria vida.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 15

³ “O trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana [...]. Dentro de suas fronteiras habita cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e a transcender todas vidas individuais.” ARENDT, Hannah. (1997). p. 15

⁴ A ação [...] corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política. Mas esta pluralidade é especificamente a condição – não somente a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda vida política. ARENDT, Hannah. (1997) p. 15

⁵ O que a esfera pública considera irrelevante pode ter um encanto tão extraordinário e contagiante que todo um povo pode adotá-lo como modo de vida, sem com isso alterar-lhe o caráter essencialmente privado. O moderno encantamento com <<pequenas coisas>>, embora empregado pela poesia do século XX em quase todas as línguas européias, encontrou sua representação clássica no *petit bonheur* do povo francês. Após o declínio de sua vasta e gloriosa esfera pública, os franceses tornaram-se mestres da arte de serem felizes entre <<pequenas coisas>>, dentro do espaço de suas quatro paredes, entre o armário e a cama, entre a mesa e a cadeira [...]. ARENDT, Hannah. (1997). p. 61

que a esfera privada expandiu-se com a entrada em seu interior de assuntos irrelevantes antes reservados a privacidade do lar.

Num segundo sentido, Arendt⁶ coloca o termo público enquanto o próprio mundo em que vivemos, enquanto comum a todos nós e ao mesmo tempo diferente do espaço que nos cabe dentro dele. Ressalve-se, porém, que não se confunde com o planeta ou a natureza enquanto espaço limitado geograficamente que permite a locomoção dos homens. Antes, está relacionado ao produto artificial produzido pela mão humana. É a produção humana que se coloca entre o homem e que, ao mesmo tempo em que o separa, possibilita seu inter-relacionamento. A crítica da filósofa as sociedade de massa, é que nela a esfera pública enquanto espaço comum ao homem, esvaziou-se, e com isso o mundo entre elas perdeu a força de mantê-las unidas.

Por outro lado, para Arendt⁷ o termo privado, deve assumir exatamente o sentido formológico de sua constituição, como privação. Segundo afirma, viver uma vida inteiramente privada é abster-se de se relacionar com os outros e com isso privar-se da realidade.

Com a ascensão da modernidade⁸ e a valorização da sociedade, a esfera pública foi vinculada diretamente ao capital. Antes, a necessidade de capital estava conecta tão somente com a satisfação das necessidades e, portanto, restrita a esfera privada. Com a modernidade a sobrevivência tornou-se um problema público – daí o surgimento da economia política. Da mesma forma, a propriedade, que na sociedade grega era condição *sine qua non* para ingresso na comunidade política, e, portanto, tinha caráter sagrado, era tão somente aquela indispensável para libertar o cidadão das necessidades biológicas da vida humana. A conotação de propriedade⁹,

⁶ “A esfera pública, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e contudo evita que colidamos uns com os outros, por assim dizer.” ARENDT, Hannah. (1997). p. 62

⁷ “É em relação a esta múltipla importância da esfera pública que o termo <<privado>>, em sua acepção original de <<privação>>, tem significado. Para o indivíduo, ser destituído de coisas essenciais à vida significa, acima de tudo, ser destituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana: ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, [...]”ARENDT, Hannah. (1997). p. 68.

⁸ O termo modernidade coincide com o período do Estado Nacional, segundo a doutrina de Arendt, utilizada para esse trabalho.

⁹ “Até o início da era moderna, este tipo de propriedade nunca foi visto como sagrado; [...] De qualquer forma, os modernos defensores da propriedade privada, que unanimemente a vêem como riqueza particular e nada mais, pouco motivo têm para apelar a uma tradição segundo a qual não podia existir uma esfera pública livre sem o devido estabelecimento e a devida proteção da privacidade. Pois o enorme acúmulo de riqueza ainda em curso na sociedade moderna, que teve início com a expropriação – [...] jamais demonstrou grande consideração pela propriedade privada; ao

enquanto significado de riqueza, é uma construção da modernidade, que estabeleceu sua proteção como um problema da esfera pública. Essa alteração trouxe à esfera pública problemas antes resolvidos na privacidade do lar.

O que Arendt¹⁰ denomina de ascensão do social, é exatamente a preocupação pública a partir da modernidade com a propriedade. Essa nova organização de proprietários utilizou-se de sua riqueza não para garantir seu acesso à esfera pública, mas tão somente, para exigir do Estado, proteção para o acúmulo de mais riquezas.

O esvaziamento da esfera pública é perceptível na modernidade ao passo que sua única preocupação centrou-se na proteção da propriedade. Assim para Arendt¹¹, não faz mais sentido discutir sobre governo, num momento em que o único interesse comum entre as pessoas está na proteção de seus interesses privados. A esfera pública tornou-se função da esfera privada, e essa a única que persiste, podendo-se dizer, que ambas convergiram para a esfera do social.

3. A FORMAÇÃO E CRISE DO ESTADO NACIONAL

A doutrina constitucional é definida com base no Estado Nacional¹². Para configuração desse Estado, a doutrina indica como um de seus principais elementos a soberania¹³. Na teorização do Estado Nacional surgido a partir do século XVII a

contrário, sacrificava-a sempre que ela entrava em conflito com o acúmulo de riqueza. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. (1997). p. 76/77

¹⁰ ARENDT, Hannah. (1997). p. 78

¹¹ “A contradição óbvia deste moderno conceito de governo, onde a única coisa que as pessoas têm em comum são os seus interesses privados, já não deve nos incomodar como ainda incomodava Marx, pois sabemos que a contradição entre o privado e o público, típica dos estágios iniciais da era moderna, foi um fenômeno temporário que trouxe a completa extinção da própria diferença entre as esferas privada e pública, a submersão de ambas na esfera do social.” ARENDT, Hannah. (1997). p. 79

¹² Para o conceito de Estado Nacional, adotamos a definição de Jellinek, segundo o qual, “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mandado”. JELLINEK, *Allegemeine Staatslehre*, 3 ed. citado por BONAVIDES, Paulo. (2001). p. 67

¹³ “Soberania é o conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e as aporias da teoria juspositivistas do direito e do Estado. Embora apareça já na Idade Média [...] é indubitável que a noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da Idade Moderna, da idéia de um ordenamento jurídico medieval, que a cultura medieval havia herdado da romana. Falar da soberania e de seus eventos históricos e teóricos quer dizer, portanto, falar dos acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno, nascido na Europa há

soberania é tida como una, indivisível, perpétua e poder supremo.¹⁴ Em âmbito interno pela vigência absoluta da lei e que tem sofrido diversas limitações em função da formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito, e, em âmbito externo, sua absolutização, que teve seu apogeu e declínio com as duas grandes guerras mundiais.

Entre o século XIX e a primeira metade do século XX, verificam-se uma série de eventos político-institucionais. O Estado Nacional começa se afirmar na Europa onde internamente outorga para si um ordenamento complexo fundado na limitação dos poderes do soberano e na sua sujeição à lei, e, em seguida, na representação e na participação popular (nos moldes da democracia representativa), desta forma, liberta-se definitivamente nas relações externas de qualquer vínculo ou limitação jurídica com os demais Estados. Os dois processos ocorrem paralelamente: o Estado de direito internamente e o Estado Absoluto, externamente crescem juntos. A soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados e afirma a soberania externa frente as relações internacionais.¹⁵

No âmbito interno, a limitação da soberania iniciou-se com a insurgência do Estado liberal, principalmente, com a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão em 1789, e a partir disso, com as crescentes cartas constitucionais que firmaram direitos fundamentais. Esses novos direitos invertem a posição de súditos e soberanos para dois sujeitos de direito diretamente limitados. “De fato, divisão dos poderes, princípio da legalidade e direitos fundamentais correspondem a outras tantas limitações e, em última análise, a negações da soberania interna.”¹⁶ Essa desestruturação do conceito de soberania interna, traz como consequência sua cisão em outras duas noções: a de soberania nacional e soberania popular¹⁷.

pouco mais de quatro séculos, exportada no século XX a todo o planeta e hoje em declínio. Como categoria filosófico-jurídica, a soberania é uma construção de matriz jusnaturalista, que tem servido de base à construção juspositivista do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno;” FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.1/2

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. (2001). p. 126

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 34/35.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28

¹⁷ “O Estado, nas figurações organicistas oferecidas por essas duas diferentes imagens da relação entre Estado e sociedade, acaba sendo não apenas legitimado como ordem civil e racional, mas no primeiro caso, é também identificado como o “corpo moral” de todos os cidadãos e, no segundo, é sublimado como ‘substância ética’ e ‘espírito do mundo’. FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 29

Ainda que imposta uma limitação à soberania interna pela constitucionalização dos direitos fundamentais, restava como resquício absolutista da idéia de soberania, a supremacia incontestável da lei. No modelo de Estado Nacional não havia espaço para discussão político-jurídica de conveniência e justiça da legislação, que, por ser expressão da vontade popular através do parlamento, deveria ser cumprida mecanicamente pelo magistrado.¹⁸

Porém, no decorrer do século XX, com a criação das Constituições enquanto normas superiores a legislação ordinária, e ainda, como referencial de avaliação da vigência substancial da lei, desaba o último pilar no qual se sustentava a soberania interna dos Estados.

Na estrutura estatal onde o Parlamento era colocado como soberano legitimado exatamente pela vontade popular, o único sentido dado à legalidade da lei era sua obediência estrita ao procedimento legislativo estatuído. Trata-se como visto, de um método formal para aferição da legalidade, ou seja, um critério de vigência formal¹⁹. A partir da constitucionalização do direito, insere-se um novo critério de verificação da validade da lei – ou seja, um critério de vigência substancial²⁰, que nada mais é do que a adequação da lei ordinária ao conteúdo positivado no texto constitucional. Deste momento em diante, todos os poderes estão subordinados à Constituição, inclusive o Legislativo, na medida em que lhe impõe uma limitação no direito de legislar, impedindo qualquer ferimento aos direitos fundamentais.

¹⁸ “En el modelo tradicional, paleopositivista y jacobino, el Estado de derecho consistía básicamente en la primazia de la ley y la democracia en la ominipotencia de la mayoría, y por lo tanto, del Parlamento. El papel del juez como órgano sujeto sólo a la ley se configuraba, por consiguiente, como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese, su contenido.” ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdiccion y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. p. 89

¹⁹ “Según la concepción prevaleciente entre los máximo teóricos del derecho – de Kelsen a Hart y Bobbio – la <<validez>> de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, com su existencia: o sea, com la conformidad com las normas que regulan su producción y que también pertencem al mismo.” FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001. p.19

²⁰ “En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas – habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, com rango constitucional – no se compone solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma – por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad – por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.” FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001. p.19/20

Desde a década de 90, quando o movimento de globalização ganhou força, vê-se a desestruturação de outro pilar da soberania – sua independência externa. A crise do Estado Nacional, como pondera Ferrajoli²¹, ocorre tanto de cima quanto de baixo. De cima, quando se verifica, na atualidade, a transferência de grande parte de suas funções e competências para organismos supranacionais, como o controle da economia, da criminalidade, defesa militar, preservação ambiental, por organismos igualmente transnacionais como a OTAN ou a ONU. De baixo, pela impossibilidade de cumprir duas outras funções que lhe competem: a unificação nacional e a pacificação interna, e neste aspecto, impulsionada pelo desenvolvimento da mídia e dos meios de comunicações. O acesso cada vez maior dos povos e das etnias às informações reacendeu a busca por identidades e os conflitos étnicos dentro de vários territórios.

4. A FORMAÇÃO DO ESTADO SOCIAL

Conforme visto, o declínio do Estado Nacional permitiu a emergência de um novo formato de Estado não mais preso à legalidade e ao formalismo, e sim, com buscando a realização da igualdade material e do pluralismo democrático – esse é o Estado definido como Estado Social.

Com a formação dos Estados Sociais, para Ferrajoli²², a nova concepção de direitos fundamentais não se constitui tão somente por direitos de defesa, mas sim, como todos os direitos subjetivos atribuídos universalmente as pessoas pelas normas jurídicas, o que inclui, inclusive os direitos à prestações. Os direitos a prestações implicam uma atitude positiva do Estado que deve colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).²³

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 48/49

²² “Son *derechos fundamentales* aquellos *derechos subjetivos* que lã *normas* de um determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a *todos* em tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*. Entendiendo por <<derecho subjetivo>>, como he aclarado, cualquier expectativa de actos jurídicos, trátase de uma expectativa positiva de prestaciones o de uma expectativa negativa de lesiones. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2001.p. 291

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 195

A constitucionalização dos direitos sociais, movimento político e social que se desenvolveu em diversos países e teve sua base, foi impulsionada principalmente, pelas lutas e revoluções promovidas pelas classes trabalhadoras. Marco histórico dessas conquistas é a Revolução Mexicana (1910-1917), que resultou na Constituição de 1917. No Brasil, a partir da década de 30, as conquistas históricas dos trabalhadores resultam no reconhecimento dos sindicatos, seguros contra velhice e invalidez e instituição do salário mínimo.²⁴

Além de devolver à sociedade a autonomia para reivindicar seus direitos, o direito do trabalho e o sindicalismo trouxeram ao direito novo paradigma de justiça ligado à sociedade, manifestações que trazem à exposição da esfera pública problemas resguardados na esfera privada, tornando os limites, entre uma e outra, difíceis de serem identificados.

Com maior ênfase, no Brasil, a constitucionalização dos direitos sociais é um marco teórico e fático desse movimento a que se denominou de judicialização das relações sociais. Verifica-se com a Revolução de 30, e a assunção de Getúlio Vargas ao Poder, e ainda, com maior visibilidade com a Constituição de 1934, inclinando-se para questão social e econômica. “Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, *inscreveu um título sobre a ordem econômica e social* e outro sobre a *família, a educação e a cultura*, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição de Weimar.”²⁵

Contudo, ao contrário das Constituições anteriores, originadas de um contexto pré-definido, onde é possível identificar claramente as forças construtoras de seu texto a Constituição de 1988 inova ao surgir do seio da Assembléia Constituinte. É possível identificar as Constituições de 1891, 1934 e 1946 como conclusões de um movimento político hegemônico.

²⁴ Em alguns países, a conquista de direitos sociais foi impulsionada por revoluções ou movimentos políticos, fundados nas classes trabalhadoras do campo e das cidades. Um desses eventos foi a Revolução Mexicana (1910-1917), [...], culminando com a Constituição de 1917, que poderia rivalizar com a de Weimar em termos de direitos políticos e sociais. [...]. Algo semelhante ocorreu no Brasil, após a vitória do movimento armado de 1930, que ensejou nos anos seguintes o reconhecimento legal dos sindicatos (postos, no entanto, sob tutela e controle do Estado), institui seguros obrigatórios contra a velhice e a invalidez e, a partir de 1940, salários mínimos para as diferentes regiões do país. SINGER, Paul. A cidadania para todos. In PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da Cidadania. São Paulo: Ed. Contexto, 2003. p. 240

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 84

Ao contrário dessas, a Carta de 1988 acabou sendo elaborada sem contar com um anteprojeto, e no contexto muito particular em que ela própria era parte do processo de transição do autoritarismo à democracia política, e não uma conclusão dele.²⁶

Percebe-se na Constituição Federal de 1988 sua firme vontade de construção de um Estado Democrático de Direito, tendo em sua estrutura e conteúdo a ampla construção de direitos e garantias ao cidadão.

Em seu texto, vê-se a segurança de direitos positivos e negativos em relação ao Estado, como em nenhum outro momento da história política do país. Da mesma forma, *pari passo* é visível que a expansão do princípio democrático e dos direitos dele decorrentes permitiu uma crescente expansão e infiltração do Poder Judiciário em ambientes e assuntos antes não visitados, escoando ao seu crivo as relações resolvidas antes em âmbito privado.

Essa nova roupagem do constitucionalismo moderno promove uma reaproximação do Direito com a ética²⁷ e os valores²⁸, o que havia sido negado pelo positivismo jurídico²⁹. Esses valores compartilhados pela sociedade são inseridos explicita ou implicitamente no texto constitucional sendo identificados como princípios. Servem ao mesmo tempo para dar harmonia e unidade ao texto constitucional, bem como, para reduzir as tensões internas das normas. “Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.”³⁰

Por outro lado, uma Constituição definida inteiramente por princípios, torna-se claramente aberta e, ao contrário das anteriores, agora admite a influência de

26 VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 38

²⁷ “*Ethica*; Em geral, a ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1ª a que considera como ciência do *fin* a que a conduta dos homens se deve dirigir e dos *meios* para atingir tal fim; e deduz tanto o fim quanto os meios da *natureza* do homem; 2ª a que a considera como a ciência do *móvel* da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar a mesma conduta.” ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 360

²⁸ “O uso filosófico do termo começa só quando o seu significado é generalizado para indicar *qualquer* objeto de preferência ou escolha; e isso aconteceu pela primeira vez com os Estóicos os quais introduziram o termo no domínio da ética e chamaram V. os objetos das escolhas morais.” ABBAGNANO, Nicola. (1970) p. 952

²⁹ “Assim Hans Kelsen chamou a sua doutrina formalista do direito e do Estado.” ABBAGNANO, Nicola. (1970) p. 746

³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) in BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 30

valores externos, deixando aos seus intérpretes a função de dar-lhe o seu sentido e direção.

Princípios constituem em mandados de otimização, com forte carga valorativa e ética, via de regra, derivados de opções políticas que os colocam como direção a seguir. A direta ligação entre princípios e valores é facilmente reconhecida, quando a eficácia de princípios e a busca de sua otimização representam diretamente a realização de valores.³¹

Um texto constitucional firmado em princípios requer para sua efetividade uma ampla regulamentação, o que provocou uma inflação legislativa, criando uma sociedade altamente regulada e normatizada. Por outro lado, a alta carga valorativa dos princípios constitucionais, traz como consequência a discricionariedade deixada na mão dos juízes de poder fazer escolhas e impor determinações em assuntos antes reservados à vida privada.

A conjugação de alto número de leis regulamentando os mais diversos âmbitos da vida social, com a interferência do Poder Judiciário cada vez maior na vida privada do indivíduo verifica-se que longe de fixar-se como uma esfera pública de debates, o judiciário é antes de tudo impositivo em suas decisões definindo comportamentos desejáveis.

Sabe-se que o Poder Judiciário não está estruturalmente³² preparado para receber novas demandas com novos atores e assuntos derivados das ligeiras transformações sociais como os ligados ao direito de informática e aos direitos difusos e coletivos. Ao que denomina como “a crise da Justiça”, para Faria, é o reflexo da incapacidade do judiciário oferecer resposta adequada para suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica.

Pela primeira, o judiciário é o principal locus de resolução dos conflitos. Pela segunda, ele exerce um papel decisivo como mecanismo de controle social,

31 “[...] por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de valores.”ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.p. 138

³² Ao se falar que o Poder Judiciário não está estruturalmente preparado para receber novas demandas advindas de novos direitos e atores, refere-se, à colocação de FARIA, quando aponta as três funções do Poder Judiciário: instrumental, simbólica e política, ou seja, enquanto instrumento de resolução de conflitos, aparato de coesão social e garantia de eficácia das expectativas sociais. FARIA, José Eduardo in PRUDENCIO, Carlos. *Modernização do poder judiciário: a justiça do futuro*. Tubarão: Studium, 2003. p. 105 e ss.

fazendo cumprir direitos e obrigações contratuais, reforçando as estruturas vigentes do poder e assegurando a integração da sociedade. Pela terceira, dissemina um sentido de equidade e justiça na vida social, socializa as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica e, por fim, calibra os padrões vigentes de legitimidade na vida política.³³

Se por um lado, essa exorbitância da atuação do Poder Judiciário na vida social congestionou seu sistema a ponto de torná-lo inoperante e excessivamente dispendioso, por outro, retirou a autonomia da sociedade para resolver problemas antes relegados ao espaço privado de suas discussões.

Não há dúvidas de que a ascendência de um Estado Social, fruto das conquistas históricas, trouxe a garantia e os direitos prestacionais em favor da população. Porém, de outro lado, criou-se uma dependência do indivíduo em relação ao Estado, e ainda, uma distorção dos conceitos da esfera pública e privada, restando tão somente a existência do social.

5. A ASCENSÃO DO SOCIAL

Se as esferas públicas e privadas, antes do Estado Nacional, podiam ser facilmente delimitadas, o mesmo não ocorre após o declínio de sua concepção. Atualmente, verifica-se o equívoco teórico de tentar diferenciar entre uma esfera pública e outra social. Sabe-se que o reconhecimento de uma esfera pública e outra privada, impõe a necessidade de se manter a distância conceitual entre a família e a política, ou melhor, entre assuntos privados e públicos. Diferentemente, “a ascendência da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido restrito do termo, é um fenômeno relativamente novo cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional.”³⁴

A partir do Estado Nacional, com a previsão legal de direitos de defesa (fundamentais) e também, mais recentemente, com o Estado Social, dos direitos a prestações, o Estado passou não somente a regular a vida pública e a permanência dos indivíduos numa esfera de liberdade mas também se colocou obrigado às ações positivas diante de seus cidadãos. Desse momento em diante, passou a ser

³³ FARIA, José Eduardo *in* PRUDENCIO, Carlos. (2003). p. 105

³⁴ ARENDT, Hannah. (1997). p.37

preocupação pública do Estado o cuidado com assuntos antes reservados à privacidade. O procedimento judicial, visto como indispensável para garantia e efetividade desses direitos, tornou-se caminho obrigatório para os indivíduos. Como exemplo vemos a família como um ambiente estritamente privado, vem sofrendo uma crescente normatização e regulação. No mesmo caminho, ainda é possível verificar a crescente regulamentação para interação entre diversas culturas étnicas, que são alvo da legislação que tenta impedir o preconceito racial. Da mesma forma, importante manifestação do social está no surgimento de minorias que buscam a institucionalização de sua condição, como é o caso dos homossexuais.

A principal e mais grave conseqüência dessa simbiose dos conceitos das esferas pública, privada e social, foi sem dúvida o fato de ter se perdido de vista a separação, tida por evidente no pensamento clássico, entre os assuntos que deveriam ser tratados dentro do âmbito privado e aqueles que deveriam ser colocados para o debate público na esfera correspondente. Essa nova organização social afastou a política do cenário do público e trouxe ao seu contexto a economia, tanto que atualmente “[...] o que chamamos de sociedade é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada nação.”³⁵

Conseqüência disso foi trazer à discussão na *polis*, os assuntos anteriormente tratados unicamente no âmbito privado do lar. Era no âmbito privativo da família que se resolviam os problemas relacionados a satisfação das necessidades, reservando o debate do espaço público às questões da *polis*, ligadas diretamente à liberdade. Tanto assim foi, que somente participavam do debate na *polis*, aqueles que conseguiam libertar-se dos grilhões da necessidade, aliás, esse era o caráter dado à propriedade (como um lugar ao mundo), diferentemente da conotação econômica moderna.

Essa idéia de liberdade alcançada somente na esfera pública, era a liberação das necessidades do lar e o ingresso na esfera pública onde todos eram iguais. Ressalte-se, porém, como o faz Arendt³⁶, que esta igualdade, diferentemente da moderna, não está relacionada à idéia de justiça, mas à possibilidade de mover-se numa esfera livre, onde não exista governo nem governados.

³⁵ ARENDT, Hannah. (1997).p. 38

³⁶ ARENDT, Hannah. (1997).p. 42

Essas são as mais marcantes diferenças entre a política moderna e a antiga. Na modernidade, a ascensão da esfera social sobre a esfera pública trouxe o inconveniente de instigar o interesse coletivo pelos problemas do lar e a elevação do interesse econômico. Lançado para o âmbito do Poder Judiciário se verifica o escoamento para sua competência decisória das relações sociais antes resolvidas com autonomia pelos indivíduos na esfera pública.

6. CONCLUSÃO

No breve panorama traçado é possível verificar a mudança com a emergência e crise do Estado Nacional dos conceitos de esfera pública, privada e com isso, o surgimento do social. Com o advento do Estado Nacional, a esfera pública a qual antes eram reservados os assuntos de interesse coletivo, retraiu-se, *pari passu*, a esfera privada antes destinada unicamente aos problemas relacionados com a sobrevivência expandiu-se, tornando-se preocupação pública.

Com o declínio do Estado Nacional e a ascensão do Estado Social, presencia-se o surgimento de uma nova esfera – o social. Este novo conceito, que não pode ser contrastado nem com a esfera privada, nem com a esfera pública, traz a completa fusão dos espaços público e privado, fazendo com que desapareça a nítida distinção entre o que deve ser tratado em público e o que deveria ser reservado à privacidade.

A exigência de efetividade e concretização desses novos direitos a prestações, característicos do Estado Social, resultam num alto grau de regulamentação e normatização das relações sociais, e com isso, a necessidade de uma intervenção cada vez maior do Poder Judiciário na resolução dos conflitos sociais.

Destarte, muito longe da unanimidade, o tema ganha destaque quando requer argumentos capazes de trazer novos fundamentos à teoria de proteção dos direitos, diante do novo paradigma normativo, surgido a partir da crise e falência do Estado Nacional.

7. REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)* in BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- FARIA, José Eduardo in PRUDENCIO, Carlos. **Modernização do poder judiciário: a justiça do futuro**. Tubarão: Studium, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001.
- _____. **Positivismos crítico, derechos y democracia**. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/>. Acesso em: 10.04.2006
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SINGER, Paul. *A cidadania para todos*. in PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Ed. Contexto, 2003.
- VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.