

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS.
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
CPCJ**

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E POLÍTICAS: UMA
ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT**

MARCELO PAULO WACHELESKI

Itajaí [SC], 23 de agosto de 2007.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
– PROPPEC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA –
CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E POLÍTICAS:
UMA ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DE HANNAH
ARENDT**

MARCELO PAULO WACHELESKI

Dissertação submetida à Universidade
do Vale do Itajaí – UNIVALI como
requisito final à obtenção do título de
Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Prof. Dra. Cláudia Rosane Roesler

Itajaí [SC], 23 de agosto de 2007.

AGRADECIMENTOS

Aos professores do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, pelos instigantes debates.

À Professora Doutora Cláudia Rosane Roesler, pela amizade e por apresentar uma nova maneira de enfrentar desafios.

Aos meus colegas de Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, pelos momentos acadêmicos e de bom convívio que compartilhamos e pela amizade que colhi.

Ao amigo Lothar Katzwinkel Junior, pelo incentivo e pelas horas infindáveis de conversa sobre o trabalho .

Por fim, para não correr o risco de cometer uma injustiça pela ausência de indicação de algum dos inúmeros colaboradores, registro um agradecimento geral aos bons amigos que me prestaram grande auxílio na obtenção de materiais e boas obras para leitura e pesquisa, bem assim na formulação de críticas pertinentes, sempre adequadamente acolhidas.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho:

Aos meus familiares, por serem sempre os responsáveis pela concretização desses projetos.

À minha sobrinha, Isabelli, que veio ao mundo no dia em que este trabalho se encerrou. À você, esperança de que a natalidade seja fundadora de novos tempos.

Aos meus amigos, que em todos os momentos possíveis me ensinaram a beleza da simplicidade de viver, e que sem ela, perdemos a nossa própria felicidade.

Por fim, à família ISAHMEC, os que estão e aos que passaram por ela, que conclamo a assinarem o que escrevo como co-responsáveis – À vocês que me ensinaram a desconfiar das leis e acreditar nas pessoas, superar os sistemas e códigos e construir uma ponte até o infinito criativo que se constrói no próximo.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí [SC], 23 de agosto de 2007.

MARCELO PAULO WACHELESKI
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

Esta Dissertação foi julgada APTA para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI.

Itajaí [SC], 23 de agosto de 2007.

Professora Doutora CLÁUDIA ROSANE ROESLER
Orientadora

Professor Doutor PAULO MARCIO CRUZ
Coordenador Geral/CPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores

Professora Doutora CLÁUDIA ROSANE ROESLER
Orientadora e Presidente da Banca

[Professor Título Nome]
Universidade... – Membro

[Professor Título Nome]
Universidade... – Membro

[Professor Título Nome]
Coordenação da Monografia

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
LICC	Lei de Introdução do Código Civil
VS	Versos
PUCSP	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
CR	Constituição da República
EXP.	<i>Expediente</i> (em espanhol quer dizer “processo”)
STF	Supremo Tribunal Federal
MC ADI	Medida Cautelar em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
BverfGE	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Alemão)

SUMÁRIO

RESUMO	IX
ABSTRACT	IX
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	15
DA FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE AOS DIREITOS SOCIAIS-ECONÔMICOS: A NECESSIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA	15
1.1 OS DIREITOS HUMANOS E A POSITIVAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CLÁSSICOS.....	15
1.2 CRISE DO ESTADO NACIONAL E EMERGÊNCIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL - DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS.....	23
1.3 NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS E AS RELAÇÕES SÓCIO- POLÍTICAS: NEOCONSTITUCIONALISMO, POLÍTICA E DIREITO.	30
1.4 O CARÁTER POLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO.....	37
CAPÍTULO 2	41
A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SÓCIO-POLÍTICAS E AS NOVAS DIMENSÕES DAS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA.....	41
2.1 ENTRE O ESTADO E A POLÍTICA: A OPÇÃO POR HANNAH ARENDT....	41
2.2 HANNAH ARENDT: DOS ANTIGOS À CRÍTICA DE MARX, NIETZSCHE E KIERKEGAARD.	43
2.3 A ESFERA PÚBLICA E O ESPAÇO DA POLÍTICA	56
2.4 A ESFERA PRIVADA E O ESPAÇO DA ECONOMIA.....	65
2.5 A ERA MODERNA E O SOCIAL.....	68
CAPÍTULO 3	80
A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	80
3.1 POLÍTICA E JUDICIÁRIO: AS NOVAS FACES DA ESFERA PÚBLICA.....	80
3.2 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: ATIVISMO JUDICIAL, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OS TRIBUNAIS CONTEMPORÂNEOS.	81
3.3 OS DEBATES SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA - GARAPON, DWORKIN, HABERMAS E CAPPELLETTI	89

CAPÍTULO 4	118
A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS	118
4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS SOB A ÓTICA DA TEORIA DE HANNAH ARENDT	118
4.2 JUDICIÁRIO INTERVENTIVO, ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS.....	119
4.3 A POTENCIALIZAÇÃO DO CONFLITO E AS NOVAS FACES DO PODER JUDICIÁRIO.	139
4.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: A IMPLEMENTAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO	151
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	167
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	172

RESUMO

Esta dissertação, numa perspectiva crítica pretende analisar o fenômeno da judicialização das relações sócio-políticas. Sua teoria de base é a construção teórica de Hannah Arendt na problematização da formação e crise das esferas pública e privada, que geraram a formação da esfera social. Seu objetivo geral é analisar criticamente as causas e conseqüências da judicialização da política e das relações sociais. O método empregado na investigação foi o dedutivo, ou seja, estabelecida uma formulação geral, centrou-se a pesquisa nas partes do fenômeno com o fito de sustentar aquela formulação. As fontes adotadas, no geral, são as primárias. A dissertação apresenta-se por meio de quatro capítulos: (1) aborda as transformações do paradigma estatal de produção e aplicação do direito com o constitucionalismo; (2) a conceituação das esferas pública e privada e o surgimento do social na filosofia de Hannah Arendt (3) a judicialização das relações políticas e (4) a judicialização das relações sociais. Após isso, os resultados são sumariados nas Considerações Finais, na qual se assinala a judicialização das relações sociais e políticas como resultado das transformações operadas nas esferas pública e privada que resultaram no surgimento do social, bem como a postura de um judiciário intervencionista como tentativa de concretização das promessas democráticas. Apesar de especificadas ao longo do relato, algumas categorias jurídicas são aqui destacadas: esfera pública, privada e social; constitucionalismo; judicialização das relações sociais e políticas. Finalmente, com o compromisso de se manter o máximo fiel às idéias, no relato da pesquisa, adotou-se citações diretas, paráfrases e citações mistas, sempre tomando o cuidado de indicar as fontes de pesquisa. O trabalho está vinculado ao grupo de pesquisas *Políticas Públicas, Jurisdição e Argumentação*, da linha de pesquisa em *Produção e Aplicação do Direito*, área de concentração *Fundamentos do Direito Positivo*, do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu*, da Universidade do Vale do Itajaí.

ABSTRACT

This critical dissertation wants to analyze the phenomenon of the law regulation in the social and political relationships. Its theory has as a base the theorist construction of Hannah Arent which talks about the problems regarding the crises in the private and public environment, those generated the social environment. Its general goal, is to make a critic analyses about the causes and consequences of the law regulation in the politics and social relationships. The method that is applied in the investigation is the deductive one, that means, once a general formula is made, the search will be focused on the phenomenon's parts with the purpose of sustaining that formulation. The sources are, in general, primaries. The text is divided into four chapters: (1) Talks about the transformation in the state way of producing and applying the law with the constitutionalism; (2) the definition of the public and private environment and the arising of the social philosophy of Hannah Arendt (3) The law regulation of the public relations and (4) the law regulation of the social relations. After this, the results are summed up in the Final Considerations, in which the law regulation of the social and political relations is pointed out as a result of the changes made in the private and public environment from which come the social changes, as well as the intervening judicial posture as a try to make concrete the democratic promises. In spite of being specified through the text, some juridical categories are highlighted here: public, private and social environment; constitutionalism; law regulation of the social and political relationships. Finally, with the commitment to keep it faithful to the ideas in the text, direct quotations, paraphrases and mixed quotations were used always caring for indicating the sources. The work is linked to the searching group called Public Politics, Jurisdiction and Argumentation in the line of search called Production and applying of the law, concentration area bases of the positive law, the post-graduation program called "strictu sensu" from the "Universidade do Vale do Itajaí".

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como **objeto**¹ fazer um estudo sobre o **A Judicialização das Relações Sociais e Políticas como fenômeno iniciado com o Estado Social e impulsionado pela Constituição Federal de 1988, com a fixação de metas para o Estado na efetivação de direitos sociais e econômicos**. Os limites da pesquisa estão condicionados às transformações da compreensão do direito com o início do Estado social e o ingresso da atividade estatal em ações positivas expressadas por políticas públicas compensatórias, que ganharam maior instrumentalidade com a presença desses direitos sociais e econômicos no texto da Carta da República de 1988, trazendo a possibilidade que o Poder Judiciário intervenha diretamente na atividade do Executivo com vistas a garantir eficácia às medidas programáticas. A relevância que justifica o interesse pelo tema, é a demonstração das transformações ocorridas com o Estado Moderno, na compreensão das esferas tradicionalmente públicas e privadas, revertendo, ambas, para o que se denominou de social, onde não há clareza dos valores que devem ser expostos ao debate público e aqueles que devem ser reservados à privacidade do lar. É notória, por exemplo, a crescente invasão do Estado, com medidas regulatórias e interventivas na educação, no trabalho e na economia, espaços tradicionalmente livres da intervenção impositiva do Poder Judiciário, que agora é chamado para garantir os objetivos e valores fixados no texto constitucional. Na atualidade, ainda que se reconheça a necessidade de transformação do direito positivo meramente formal para garantia de direitos substanciais almejados pela Constituição, e mesmo, que se reconheça os fatores positivos que autorizam uma magistratura mais ativa e responsável pela concretização dos direitos fundamentais sociais, é de se alertar para a possível clientelização do cidadão debaixo de um Estado provedor e de um Poder Judiciário garantidor das promessas não cumpridas pela democracia imatura do Brasil. Por fim, visa o trabalho, mais do que apresentar uma voz unívoca do fenômeno da judicialização das relações sócio-políticas, expor as vantagens e

¹ PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora- co-edição OAB Editora, 2003, especialmente a p. 87 e 179-181.

vicissitudes de um novo projeto democrático centrado no Poder Judiciário, como instância mediadora dos valores concretizados na Constituição Federal de 1988.

O seu **objetivo institucional** é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo *Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Curso de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica- CPCJ/UNIVALI*.

O seu **objetivo geral** é analisar a Judicialização das Relações Sociais e Políticas como fenômeno resultante das transformações operadas na concepção das esferas pública e privada, principalmente, após o declínio do Estado Nacional, de cunho liberal, e a emergência do Estado Social, vinculado a medidas compensatórias, processo potencializado com a Constituição Federal de 1988, que positivou diversos direitos sociais e econômicos que não encontraram resposta na capacidade do Estado de realizá-los.

Os seus **objetivos específicos** são traçar os conceitos operacionais de cada categoria chave, de tal sorte a possibilitar entender o significado de suas conjugações; aprofundar conhecimento quanto aos modelos procedimentalista e substancialista, capitaneados por Habermas, Dworkin, Garapon e Cappelletti – quanto à conveniência de um Poder Judiciário com maior poder interventivo nas esferas políticas e sociais. O estudo das transformações nas esferas públicas e privadas, tomando como norte a obra de Hannah Arendt, especialmente no que se refere às conseqüências dessa mudança de paradigma, para o que o homem definiu na modernidade, como valores a serem protegidos na privacidade e no espaço público, e mais do que isso, se ainda é possível discutir as esferas políticas do Estado a partir desses critérios. É também objetivo, analisar a explosividade do conflito social no Poder Judiciário e a possibilidade de que ele possa interferir em políticas públicas, para garantir as normas programáticas presentes no texto da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, principia-se tratando, no Primeiro Capítulo, do Modelo de Estado Jurídico Positivista construído sob a base do legalismo, sua crise e superação pelo modelo de Estado constitucional, com a superação das regras legais pelos princípios constitucionais de forte carga valorativa e, finalmente, a politização das Cartas constitucionais que surgiram desse período.

Para tanto, são analisados categorias e conceitos operacionais de Estado Nacional, Estado Constitucional, Estado Social, Constitucionalismo e Politicidade, Normas Jurídicas, Regras Jurídicas e Princípios Jurídicos. Finaliza-se, com o reconhecimento das transformações dos textos normativos com a consolidação dos Estados constitucionais democráticos, firmados em princípios e direitos sociais e econômicos.

O Segundo Capítulo é reservado para estabelecer o cerne das transformações dos paradigmas das esferas públicas e privadas, e ainda, o surgimento do social como nova realidade produzida pela modernidade, onde não se faz possível a identificação do que pertence a privacidade e aquilo que deve ser exposto ao público. Trata-se da construção da teoria de base, com supedâneo na obra de Hannah Arendt, que possibilitará lançar luzes sobre o fenômeno da judicialização das relações sociais e políticas, enquanto preocupação pública com problemas privados e a perda do interesse pelo destino comum da política.

No Terceiro Capítulo, busca-se definir, problematizar e pesquisar o processo de judicialização das relações políticas, discutindo o ativismo judicial da magistratura, consciente de sua responsabilidade de concretização dos direitos fundamentais – de liberdade, sociais e econômicos, firmados no texto constitucional, que faz emergir os tribunais contemporâneos como novos garantes das promessas democráticas; discute-se, ainda, as principais teorias surgidas sobre o tema: os eixos procedimentalistas e substantivistas, ligados às teorias de Garapon, Habermas, Dworkin e Cappelletti.

Por fim, o Quarto Capítulo debruça-se na judicialização das relações sociais, enquanto fenômeno justaposto ao processo da redemocratização do país, quando o Poder Judiciário utilizou-se da bandeira do acesso à justiça para firmar sua presença institucional legítima como órgão de controle e resolução dos conflitos sociais. Nesse capítulo, discute-se a fragilidade estrutural e institucional do Poder Judiciário para atender a explosividade de demandas judiciais; a potencialização do conflito, com a geração de normas criminalizadoras de novos tipos penais, e por fim, a presença do Poder Judiciário

como órgão interventivo em políticas públicas estatais, previstas na Constituição Federal de 1988 e não consolidadas pelos Estados burocráticos.

A presente dissertação se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Judicialização das Relações Sociais e Políticas.

Quanto à **Metodologia**² empregada, registra-se que, na Fase de Investigação e de Tratamento de Dados foi utilizado o Método³ **Dedutivo**, e o Relatório dos Resultados expressos na presente Dissertação é composto na base lógica **Dedutiva**⁴. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica e Jurisprudencial⁵.

O trabalho está vinculado ao grupo de pesquisas *Políticas Públicas, Jurisdição e Argumentação*, da linha de pesquisa em *Produção e Aplicação do Direito*, área de concentração *Fundamentos do Direito Positivo*, do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu*, da Universidade do Vale do Itajaí.

É conveniente ressaltar, enfim, que, seguindo as diretrizes metodológicas do *Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica-CPCJ/UNIVALI*, no presente trabalho as categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentados no próprio texto ou em nota de rodapé.

² COLZANI, Valdir Francisco. *Guia para redação do trabalho científico*. Curitiba: Editora Juruá, 2001, 233 p., p. 99.

³ Método: “é a forma lógico-comportamento-investigatório na qual se baseia o pesquisador para buscar os resultados que pretende alcançar. PASOLD, César Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 2003 p. 87

⁴ Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, César Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 2003. p. 99-125.

⁵ Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, César Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*, especialmente p. 61-71,31-41, 45-58, e 99-125, nessa ordem.

CAPÍTULO 1

DA FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE AOS DIREITOS SOCIAIS-ECONÔMICOS: A NECESSIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA

1.1 OS DIREITOS HUMANOS E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CLÁSSICOS

Cabe analisar neste capítulo, aspectos relativos ao surgimento histórico dos direitos humanos e a sua positivação em direitos fundamentais clássicos – de liberdade. Da mesma forma, discutir a transformação do paradigma de produção, aplicação e compreensão do direito – a partir do monopólio estatal até o paradigma de pós-positivismo e, os debates atuais quanto à possibilidade de superação do Estado democrático. O estudo requer, indispensavelmente, a análise da formação do Estado e suas mudanças de paradigma ao longo da história, isso porque, não se pode ignorar na teoria jurídica contemporânea, senão a exclusividade, pelo menos o Estado como fonte primária de produção normativa.

Como afirma Bobbio⁶, a análise da história das instituições e das doutrinas políticas, constitui importante fonte para o estudo do Estado. Tem se mostrado, igualmente produtiva, a análise das alterações nos modelos regulativos ocorridos nos períodos de monopólio da produção legislativa pelo Estado. “Ao lado da história segue o estudo das leis, que regulam as relações entre governantes e governados, o conjunto das normas que constituem o direito público (uma categoria ela própria doutrinária): as principais histórias das instituições foram histórias do direito [...]”⁷

⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 11 ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra. 2004. p. 53

⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 2004. p. 54

Ao final da Idade Média, e no seu período de transição com o momento histórico definido como a Renascença a partir do séc. XVIII, é possível identificar os traços inconfundíveis do Estado Moderno, mormente, de sua principal característica – a soberania. Muito antes, porém, de se afigurar como expressão da vontade popular, o Estado Moderno veio com o objetivo de expurgar as diferenças de poder existentes na Idade Média, e para isso, representava, em seu início, a vontade do monarca, soberano, príncipe, ou seja, a maior autoridade temporal na terra. A base teórica da construção do Estado encontra-se, primeiramente, na obra de Maquiavel⁸, que o identificava com a figura do príncipe e seu vínculo com a *res publica*.⁹ Esse Estado Moderno pode ser dividido em duas fases: a primeira, ligada à Monarquia e à doutrina da Igreja, sendo seus principais teóricos Bodin e Maquiavel; a segunda fase, fundada de início na obra de Hobbes, secularizou a legitimidade do Estado. Se antes, Deus garantia e justificava a aplicação da lei, agora, a destruição dos fundamentos metafísicos da legitimidade do poder, impõe a necessidade de um fundamento racional para o exercício da força – trata-se de erigir o princípio da segurança jurídica nas relações sociais. O fundamento da teoria hobbesiana é a pré-existência de um estado de natureza ao estado em sociedade. No mesmo sentido que Rousseau¹⁰ e Locke, segundo a teoria de Hobbes¹¹, a partir da formação do

⁸ Segundo a Filosofia Política dominante, a expressão “Estado” foi criada por Maquiavel em sua obra “O Príncipe”, porém, seu conceito somente se assentou mais tarde com elementos da seara jurídica.

⁹ “A idéia de grandeza, majestade e sacralidade da soberania coroava a cabeça do príncipe e levantava as colunas de sustentação do Estado Moderno, que era Estado da soberania ou do soberano, antes de ser Estado da Nação ou do povo.” BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 30

¹⁰ Rousseau, também contratualista, tenta formular uma teoria em que a natureza humana possa ser transformada em leis civis, sem, contudo, trazer conflito com o estado de natureza. Essa mudança de paradigma somente é possível com o uso da razão. “Mas é que, aqui, natural é sinônimo de racional. Até a confusão tem sua explicação. Se a sociedade for obra humana, ela é feita com forças naturais; ora, ela será natural, em certo sentido, se utilizar essas forças segundo sua natureza, sem violentá-las, se a ação do homem consistir em combinar e em desenvolver propriedades que, sem sua intervenção, teriam ficado latentes, mas que não deixam de ser dadas nas coisas.” DURKHEIM, Emile. *O contrato social e a constituição do corpo político*. In QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Teresa; SOUZA, R. de. *O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. São Paulo: Quieroz, 1992. p. 353

¹¹ “Todo homem é opaco aos olhos de seu semelhante – eu não sei o que o outro deseja, e por isso tenho que fazer uma suposição de qual será a sua atitude mais prudente, mais razoável. Como ele também não sabe o que quero, também é forçado a supor o que farei. Dessas suposições recíprocas, decorre que geralmente o mais razoável para cada um é atacar o outro, ou para vencê-lo, ou simplesmente para evitar um ataque possível: assim, a guerra se generaliza entre os homens. Por isso, se não há um Estado controlando e reprimindo, fazer a guerra contra os outros é a atitude mais racional que eu posso adotar (é preciso enfatizar esse ponto, para

Estado, o homem trocava sua liberdade pela certeza de sua conservação. A inovação trazida por Hobbes, em relação aos contratualistas antecedentes, é a fusão em sua teoria entre o contrato de associação e de submissão: não há distinção entre sociedade e poder (Estado) - o governo existe justamente para que os homens convivam pacificamente.¹²

Todas essas teorias estavam presentes no início do séc. XVIII, num período em que a Europa encontrava-se dividida pela necessidade de reconstrução econômica e diante de uma organização social em desequilíbrio e com grave crise política. Persistiam fortes divisões na sociedade européia – servos e pessoas livres – sendo que essas últimas eram subdivididas em três estamentos sociais (clero, nobreza e plebeus livres em geral). A acentuada diferenciação de classes culminou, muito mais na França do que no restante da Europa, na marginalização do terceiro Estado das relações políticas da França, ocupando-se, unicamente, das relações econômicas.¹³ O alijamento do terceiro estado das relações políticas é descrita por Sieyès, articulador constitucionalista:

O que é o Terceiro Estado? O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada [...] O que é preciso para que uma nação subsista e prospere? Trabalhos particulares e funções públicas [...] Assim, o que é o Terceiro Estado? Tudo, mas um tudo entravado e oprimido. O que seria ele sem as ordens de privilégios? Tudo, mas um tudo livre e florescente.¹⁴

A conturbação social emergia e agregava um grande número de adeptos à transformação sócio-econômica e exigia, agora, a transformação da ordem jurídico-política, através do racionalismo¹⁵ que surgia

ninguém pensar o “homem lobo do homem”, em guerra contra todos, é um anormal; suas ações e cálculos são os únicos racionais, no estado de natureza.”RIBEIRO, Renato Janine. *Hobbes: o medo e a esperança*. In WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os clássicos da Política*. 1 vol. 10 ed. São Paulo: Ática, p. 55

¹² RIBEIRO, Renato Janine. *Hobbes: o medo e a esperança*. In WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os clássicos da Política*. p. 63

¹³ “[...] o terceiro estado ocupar-se-á da vida econômica da sociedade ...’ Mas quem era exatamente o terceiro estado? Resposta: era quase toda a população livre, excetuados nobres e padres, os camponeses, o pequeno e incipiente proletariado urbano, os artesãos [...]” TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Petrópolis, 2002. p. 28

¹⁴ SIEYÈS. Joseph Emmanuel. *Que é o terceiro estado? 2 ed.* Rio de Janeiro: U. Júris, 1988. p. 63 e seguintes.

¹⁵ “[...] pode-se dizer que o termo em foco compreende os seguintes significados: 1º o racionalismo religioso designa algumas correntes protestantes, ou um ponto de vista semelhante ao de Kant. 2º O racionalismo filosófico designa propriamente a doutrina de Kant (que adotou esse termo), ou então a corrente metafísica da filosofia moderna, de Descartes a Kant. 3º Em sua

como nova ordem da ciência. A transformação já vinha sendo anunciada com as experiências de Copérnico¹⁶, Galileu Galilei, Newton e Descartes que abalavam as estruturas da religião católica que sustentava o modelo feudal. O império da razão encontrava solo fértil diante de tantas descobertas capazes de libertar a natureza humana das certezas eternas da religião e a superação de suas dificuldades através da engenhosidade e inteligência humana.

A presença do racionalismo do poder na teoria dos pensadores - Rousseau, Locke, Hobbes e Montesquieu – aliado à razão surgida da ciência, propõe a mudança de paradigma da produção do direito – não mais decorrente do direito natural ligado à religião -, mas agora, um direito fundado na natureza humana, em sua razão. “O direito, portanto, poderia ser descoberto/produzido pelo espírito humano, desde que se procedesse à sua investigação com os rigores do raciocínio, configurando-se como expressão moral de possibilidades inalienáveis, universais e eternas do ser humano [...]”.¹⁷

Restava, ainda, superar o modelo vertical de poder da organização social da sociedade feudal. A idéia de privilégios e de exclusão do terceiro estado dos relacionamentos políticos não era coerente com a nova ordem constituída de indivíduos livres e iguais, “[...] cidadãos (não súditos), todos sujeitos de direitos, submetidos a leis comuns para todos, chamando a nação a soberania para si, não mais para um monarca detentor de poder absoluto.”¹⁸ Ao lado das transformações na política e na filosofia, novas áreas de conhecimento exigiam o *status* científico – a economia política – liderada pelos fisiocratas, que exigiam o afastamento do Estado das relações econômicas que movimentam-se naturalmente e deveria restringir-se a garante da propriedade e da liberdade econômica. Apropriando-se e superando a idéia de liberalismo dos fisiocratas, em

significação genérica, pode ser usado para indicar qualquer orientação filosófica que recorra à razão. Mas, nessa acepção tão vasta, esse termo pode indicar as filosofias mais díspares e carece de qualquer capacidade de individualização.” ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 822

¹⁶ “Copérnico causou sacrossanto estupor ao concluir que a Terra não era o centro do Universo [...] Galileu Galilei, além de comprovar o heliocentrismo [...] lançou as bases do método científico [...] Newton revolucionou a física e a matemática. Descartes desenvolveu o método lógico, como na matemática, para a busca da verdade.” TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2002. p. 35

¹⁷ TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2002. p. 37

¹⁸ TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2002. p. 38

1776, Adam Smith lançava sua obra *A Riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*, o que se torna o manual a ser seguido pelos burgueses na busca do livre comércio como promessa de “[...] uma ordem social natural que aumentará rapidamente a riqueza das nações e o bem-estar dos indivíduos competidores”.¹⁹

Antes da efetivação de uma Constituição, firmou-se o entendimento entre os deputados quanto à necessidade de formulação de uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que viriam a firmar o momento revolucionário da França. “É considerada o atestado de óbito do Antigo Regime.”²⁰

A declaração, com visão claramente jusnaturalista declarou a igualdade de todos perante a lei, porém, trata-se tão somente de uma conotação formal da igualdade e não fez ligação com a igualdade social. Trindade²¹, demonstra a compreensão da ideologia burguesa da Declaração:

Os constituintes deram-se por bem servidos gravando na Declaração de 1789 uma certa noção de liberdade que estava em voga entre os revolucionários liberais, que não precisava ir além do significado de garantia formal contra o Estado.

Assim, firmavam-se as garantias de resistência dos burgueses contra a onipotência do poder estatal garantindo-lhes o direito de comércio livre.

Em 1789, com as Constituições Francesas da Revolução, inicia-se o Estado Constitucional, que vem firmar o princípio da liberdade nas relações sócio-políticas. “Começa então o capítulo da limitação do poder; do Homem-povo, do Homem-cidadão, do Homem-político, do Homem que faz lei, que governa, ou se deixa governar, que cria a representação, que toma consciência da legitimidade, que é poder constituinte e poder constituído.”²²

¹⁹ TRINDADE, José Damiano de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2002. p. 39

²⁰ “Com base num novo projeto (vários anteriores foram desprezados) cujos principais redatores foram Mirabeau e Sieyès, a declaração começou a ser votada em 20 de agosto e foi aprovada no dia 26 desse mês, com dezessete artigos.” TRINDADE, José Damiano de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2002. p. 53

²¹ TRINDADE, José Damiano de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2002. p. 57

²² BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 2004. p. 35

Ergue-se um Estado com a idéia central de *povo*, iniciando a consciência da necessidade do exercício democrático do Poder, e com isso, a construção de direitos fundamentais. Por fim, com a queda da Bastilha na segunda metade do séc. XVIII, finda-se a era do Estado Feudal, firmando-se definitivamente o Estado Moderno, que “[...] simboliza, por derradeiro, a ocasião única em que nasce o poder do povo e da Nação em sua legitimidade incontestável.”²³

O ponto crucial a ser notado dentro da idéia inspiradora do Estado Moderno, é a transição de um Estado absoluto para um Estado constitucional. Desse momento em diante, exige-se que a nação seja governada por leis e não mais por homens. A legalidade passa a premissa básica e inafastável da atuação estatal e é expressada com veemência nos códigos e legislações.

O Estado Moderno desse momento histórico pode ser abordado sob enfoques diferentes. Pelo menos dois deles interessam ao presente estudo. A proposta de Georg Jellinek²⁴, no início do séc. XX, que propôs a distinção entre a doutrina sociológica e a doutrina jurídica do Estado. Se por um lado o Estado era reconhecido como principal órgão de produção jurídica e assim, do ordenamento jurídico, não se omitia sua importante função, através do direito, de organização social. Se sua primeira função deveria ser tratada pelos juristas, a segunda, seria objeto da sociologia como ciência geral, surgida nesta época, e que englobava a teoria do Estado entre seus objetos de estudo.²⁵

A distinção proposta por Jellinek, é adotada por Max Weber, um dos fundadores da sociologia jurídica, que reafirma a necessidade de distinção entre o ponto de vista jurídico e o sociológico ao se tratar de direito, ordenamento jurídico ou norma jurídica, acrescentando ainda, que, enquanto o

²³ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 2004. p. 36

²⁴ JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Cidade do México: FCE, 2002.

²⁵ “Essa distinção tornara-se necessária em seguida à tecnicização do direito público e à consideração como pessoa jurídica, que dela derivava.” BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 2004. p. 56

direito se ocupa da validade ideal das normas, a sociologia se prende a validade empírica.²⁶

Esse posicionamento somente se desestrutura com a afirmação da doutrina do estado puro de direito formulada por Kelsen. Para Kelsen, o Estado é unitário e como tal, não se dissocia como entidade diversa do direito, que regula e executa a formação e aplicação das normas jurídicas. Na teoria kelseniana, o Estado não é uma força por detrás do Estado ou do direito. É ele, a própria eficácia da ordem jurídica, razão pela qual o poder do Estado tem caráter normativo. Nessa proposta, Kelsen²⁷ supera o dualismo entre Estado e Direito, pois todo Estado teria de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica.

De sua formação no momento histórico indicado, até nossos dias, importante perceber que o Estado constitucional aparentou-se em duas fases: o Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal), e o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social).²⁸

O Estado constitucional da separação dos poderes situa-se logo após a eclosão da Revolução da Independência Americana e Revolução Francesa, ocorridas na segunda metade do século XVIII. Enquanto a Revolução

²⁶ Bobbio ao comentar a teoria de Weber, preleciona: “Este tratado torna-se um capítulo da teoria dos grupos sociais, dos quais uma espécie são os grupos políticos, que por sua vez se tornam Estados (no sentido de “Estado Moderno”) quando dotados de um aparato administrativo que avança com sucesso a pretensão de se valer do monopólio da força sobre um determinado território.” BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 2004. p. 57

²⁷ “O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em qualquer sentido. Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer direito.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 316

²⁸ Tomamos como referência a classificação histórica apresentada por Bonavides. Contudo, o Autor divide as fases do Estado constitucional em três períodos, acrescentando, além daqueles já indicados, o Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo), pretendendo a efetividade do direito fundamental à democracia, que no entanto, não será objeto de estudo neste trabalho. Bonavides define o Estado Democrático – Participativo, como sendo, o “[...] o Estado onde se busca levar a cabo, em proveito da cidadania/povo e da cidadania/Nação, concretamente dimensionadas, os direitos da justiça, mediante um Constitucionalismo de normas indistintamente designadas como principais, principais, principiológicas ou de principio.” BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 2004. p. 48

Americana fez surgir o espírito Republicano e proporcionou a emancipação de diversas colônias no continente, a Revolução Francesa disseminou em toda Europa a idéia de uma constituinte democrática. Foi, sobretudo, com a teoria de Montesquieu e o texto da Declaração dos Direitos do Homem²⁹, que viu-se inaugurar a fórmula da divisão dos Poderes, e com isso, selou-se a convicção de que a concentração de poderes deveria ser evitada, e a fórmula perfeita deveria prever o controle de um poder pelo outro.

À evidência, percebe-se a clara intenção do novo Estado em garantir as liberdades e os direitos políticos e civis. Essa primeira versão do Estado constitucional teve claro compromisso com a lei, o código, a necessidade de segurança jurídica, com a soberania e a autonomia da vontade, com a separação, a harmonia e o controle dos poderes, especialmente do governante – por fim, a promessa da emancipação. No governo das leis, inclusive o soberano deveria a elas se submeter. Assim, o Estado³⁰ firma-se como monopólio da produção normativa, firmando o princípio da legalidade como critério para reconhecimento do direito válido e vigente³¹.

Deve-se observar que as matizes desse Estado constitucional da separação dos poderes é marcadamente liberal. O poder, imprescindível para ordenação do Estado, pode, facilmente, se tornar opressor das liberdades da sociedade. “Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir

²⁹ “A Filosofia política, expendida em livros do quilate do Contrato Social de Rousseau ou do Espírito das Leis de Montesquieu, teve na época sentido altamente subversivo, porquanto, inspirando a ação revolucionária, traçou a linha-mestra das mutações profundas da sociedade. Foi sobretudo, o breviário do novo credo, a cartilha por onde rezaram os constituintes de 1791 e 1793, depois de escreverem, iluminados das lições de tão sábios preceptores, a célebre Declaração dos Direitos do Homem.” BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 2004. p. 38

³⁰ “El primer modelo es el fruto de la revolución que se produjo con el nacimiento del estado moderno como monopolio de la producción jurídica y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente.” FERRAJOLI, Luigi, *Positivismo crítico, derechos y democracia*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/>. Acesso em: 10/04/2006.

³¹ Nesse modelo de Estado, trata-se ainda, os conceitos de validade e vigência, num sentido puramente formal, conforme se verá mais adiante.

ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.³²

Do ponto de vista institucional, o Estado liberal, e, posteriormente, democrático, [...], caracterizou-se por um processo de acolhimento e de regulamentação das várias demandas provenientes da burguesia em ascensão por uma limitação e uma delimitação do poder tradicional. Dado que essas demandas foram feitas em nome ou em forma de direito à resistência ou à revolução, o processo que deu lugar ao Estado liberal e democrático pode bem ser chamado de processo de 'constitucionalização' do direito de resistência e de revolução.³³

A consolidação do Estado constitucional, amparado fortemente no princípio da legalidade, foi indispensável para garantia das liberdades perante os poderes públicos. A nova face do Estado, foi a garantia da nova organização social, com a manutenção de instrumentos de controle das ações dos governos e governantes.

1.2 CRISE DO ESTADO NACIONAL E EMERGÊNCIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL - DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS

O segundo momento do Estado constitucional é marcado pelas preocupações com os critérios de justiça que deveriam nortear a atuação estatal. Com a positivação dos direitos fundamentais de liberdade e autonomia, definidos como de primeira geração, passa a ser necessária a promoção de debates sobre a efetivação da justiça, enquanto garantia de direitos sociais e de desenvolvimento, colocados como direitos de segunda e terceira geração.

O Estado liberal clássico da primeira fase do constitucionalismo foi alvo de severas críticas, tanto por parte do socialismo utópico, requerendo a reforma social, como pelo socialismo científico, pleiteando a extinção do Estado, visto somente como garante dos privilégios burgueses. A

32 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. São Paulo:Malheiros, 2001. p. 40

33 BOBBIO, Norberto. *Política e Direito in Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos*. Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 9 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 256

partir da segunda década do séc. XX as estruturas do Estado Liberal passam a desabar com questionamentos que pretendiam dissociar legitimidade e legalidade. Ora, o Parlamento, representante direto e legítimo do povo, erigia normas gerais de cunho universal e vinculante³⁴, o que gerava a crença da legitimidade estar na lei. Com a mudança de paradigma e a inserção de novos paradigmas econômicos, políticos e sociais, começa-se a formatar as linhas do Estado Social³⁵, que busca sua legitimidade não mais na lei, e sim, na concretização dos direitos sociais garantidos nas cartas constitucionais – mormente expressos como princípios.

Quando prevaleciam por única constante na caracterização do Estado Moderno os direitos da primeira geração, a lei era tudo. Quando se inaugurou, porém, a nova idade constitucional dos direitos sociais, como direitos de segunda geração, a legitimidade – e não a lei – se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais. [...] A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; [...] Ou colocado em outros termos: a legalidade é a observância das leis e das regras; a legitimidade, a observância dos valores e dos princípios. [...] A regra define o comportamento, a conduta, a competência. O princípio define a justiça, a legitimidade, a constitucionalidade.³⁶

Na primeira fase do Estado constitucional as decisões jurídicas e administrativas deveriam corresponder ao texto normativo, assim como posto, para garantir sua legitimidade. Trata-se, portanto, de um critério de vigência formal³⁷, ou seja, a correspondência da decisão com o conteúdo normativo é garantia de sua segurança e justiça, independentemente de seu conteúdo. A partir da constitucionalização do direito dentro do Estado Social, na segunda fase do constitucionalismo, insere-se um novo critério de verificação da

³⁴ Reflexo do princípio hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem*.

³⁵ “[...] erro usual de muitos que confundem o Estado social com o Estado socialista, ou com uma socialização necessariamente esquerdista, da qual venha a ser o prenúncio, o momento preparatório, a transição iminente. Nada disto. [...] O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. [...] ele conserva sua adesão à ordem capitalista princípio cardeal a que não renuncia. [...] O Estado social que temos em vista é o que se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático.” BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 2001. p. 183, 184, 187

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 2004. p. 44/45

³⁷ “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, con su existencia: o sea, con la conformidad con 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

validade da lei, ou seja, um critério de vigência substancial³⁸ 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 é imposta uma limitação no direito de legislar, impedindo qualquer ferimento aos direitos fundamentais.

Portanto, é na segunda metade do século XX, que se criou o controle de constitucionalidade das leis ordinárias.³⁹ Esse fato coincide com dois eventos político-institucionais importantes: a criação de Constituições rígidas e o surgimento do Estado de bem-estar⁴⁰.

A partir da Revolução Russa de 1917, a burguesia mais flexível e com a única finalidade de preservar seus privilégios, admite maior intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas, evitando assim, o total colapso das instituições, do mercado e da política. Com essa mudança de paradigma, o bem estar passa a ser a prioridade, enquanto anteriormente, buscava-se a inviolabilidade da propriedade. “Houve uma espécie de substituição no conceito de liberdade, com a propriedade sendo substituída pelo Bem-Estar como condição para que o indivíduo fosse livre.”⁴¹

³⁸ “En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas – habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con 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*. p.19/20

³⁹ ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. p.88

⁴⁰ “Estado de Bem-estar é o produto da reforma do modelo clássico de Estado Liberal que pretende superar as crises de legitimidade que este possa sofrer, sem abandonar sua estrutura jurídico-política. Caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia aos cidadãos, de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.” CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001. p. 207

⁴¹ CRUZ, Paulo Marcio. *Intervenção e regulação do Estado*. Disponível em: *Intervenção e regulação do Estado*. Disponível em: www.univali.br/cpcj. Acesso em: 20 de fevereiro de 2007, Acesso em: 20 de fevereiro de 2007.

O surgimento desse novo modelo social de Estado, retira o poder público da passividade e passa a exigir sua atuação direta na promoção da igualdade de oportunidade de todos no acesso a políticas sociais e econômicas em contraposição ao modelo vigente fundado no liberalismo ortodoxo.

Com o surgimento do Estado de bem-estar e principalmente em seu âmbito, do direito do trabalho, vê-se o fim da clássica separação entre o Estado e a sociedade civil. A partir dele, com a crescente expansão do princípio democrático, verificou-se uma institucionalização do direito na vida social rompendo-se com a nítida distinção entre as relações privadas e públicas – provocando a publicização das relações privadas que passam a ser mediadas por instituições políticas democráticas ao mesmo tempo em que provocou a judicialização das relações políticas.⁴²

Conjuntamente a este fenômeno e até mesmo em decorrência dele, surgem nesta época as primeiras Constituições rígidas⁴³. Dentro de seu texto inscrevem-se direitos fundamentais que impõem limitações ao direito do Parlamento de legislar, inserindo direitos que, por serem indispensáveis para a vida e a liberdade, estão fora do âmbito do decidível⁴⁴. De outra forma, este novo paradigma constitucional coloca o Poder Judiciário à disposição da sociedade civil como meio de reparação dos danos e violações em seus direitos. Ademais, as Constituições contêm princípios que se colocam como meta-regras de conteúdo axiológico impondo ao Poder Público não só seu respeito, mas também sua efetivação⁴⁵.

⁴² VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 16/17

⁴³ “Rígida é a constituição somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 40

⁴⁴ “Este ámbito de lo “no decidible” – el “qué” no es licito decidir (o decidir) – no es sino lo que en las constituciones democráticas se convino sustraer a la voluntad de la mayoría. En cualquier convención democrática a dos cosas que se deben sustraer a las decisiones de la mayoría, porque son condiciones de la vida civil e razones del pacto de convivência: [...] la tutela de los derechos fundamentales, empezando por la vida y la libertad [...]”. ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. 2005. p. 96

⁴⁵ 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 segundo Alexy, “por una parte, de la mima manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede

Os direitos fundamentais de liberdade - negativos, de defesa – constituem-se em impedimentos de ações do Estado. Trata-se do direito de não ser impedido a determinadas ações; de não ser perturbado em certas propriedades e situações; e, por fim, a garantia de que o Estado não eliminará determinadas posições jurídicas de seus titulares.⁴⁶

Por outro lado, a constitucionalização de direitos sociais dá à sociedade civil o direito a prestações positivas do Estado. Cronologicamente, no Brasil, a concretização dos direitos sociais está ligada à sua constitucionalização, ocorrida por movimentos sócio-políticos que se desenvolveram em diversos países e tiveram suas bases principalmente nas classes trabalhadoras.

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), instituiu seguros obrigatórios contra a velhice e a invalidez e, a partir de 1940, salários mínimos para as diferentes regiões do país.⁴⁷

De acordo com o modelo de Estado Social, além do governo regular a economia, devia implementar políticas públicas, desenvolvendo programas de emprego, saúde e previdência, matérias que dependem de leis específicas. “Assim como o princípio de justiça social fora infiltrado no direito privado mediante a criação do Direito do Trabalho, no *Welfare State* tal princípio passaria a fazer parte da Administração.”⁴⁸

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

⁴⁶ “Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones negativas del Estado (derechos de defensa) pueden dividirse em três grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; el segundo, por derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; y tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1999. p. 189

⁴⁷ SINGER, Paul. *A cidadania para todos*. In PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Ed. Contexto, 2003. p. 240

⁴⁸ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 17

Se a ciência política acolheu o Estado social como indispensável para efetivação do princípio da igualdade e a infiltração do senso de justiça no meio social, restou à ciência jurídica o problema de redefinir a atuação legislativa e judiciária diante da necessidade de criar novas formas de garantias a tornar eficazes os comandos positivos da Constituição sem, contudo, transformar-se em acalento paternalista. Altera-se o paradigma anterior do Poder Judiciário que diante de uma violação de direito individual de liberdade poderia declarar nulo, por falta de validade diante da norma constitucional, um ato administrativo ou legislativo, e agora, vê-se diante de lacunas legislativas que deve apontar e criar instrumentos para impulsionar a ação do parlamento, sob pena de tornar esses direitos unicamente programáticos.

O primeiro problema teórico encontrado no Estado social é a inexistência de mecanismos de garantia de sua efetividade como aqueles existentes no projeto de Estado liberal. De forma mais clara, é possível dessa análise concluir que as reflexões suscitadas pelos direitos sociais são de ordem econômica e política e que requerem uma transformação na produção de garantias e instrumentos jurídicos para evitar um extensivo sobrecarregamento do poder público que, recorrendo ao *welfare* pode tornar-se paternalista e clientelista de prestações.⁴⁹

As teorias dogmáticas fundadas no liberalismo econômico, se subdividem em *teoria da vontade-eleição* (*Windscheid, Austin*) e teoria do *interesse-beneficiário* (*Jhering, Bentham*), que vinculam critérios rígidos para definição da ação estatal perante o indivíduo.⁵⁰ A teoria jurídico-constitucional

⁴⁹ “[...] tanto porque estos derechos, a diferencia de otros, tienen un coste elevado, aunque seguramente no mayor que el de su tutela em las formas paternalistas, y clientelares de prestación, como porque, de hecho, a falta de adecuados mecanismos de garantía, su satisfacción há quedado confiada en los sistemas de welfare a uma onerosa y compleja mediación política e burocrática [...] En otras palabras, el Estado social, al no hallar respaldo em modelos teóricos-jurídicos equiparables a los que se encuentran en la base del Estado liberal, se ha desarrollado sin ningún proyecto garantista, por medio de una caótica acumulación de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas.” FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 2004. p. 109/110

⁵⁰ “Estas teorias, não abdicam, ainda hoje, da liberdade do titular e ou do interesse (benefício) resultante da obrigação de outrem, como elementos indispensáveis à rigorosa caracterização do direito subjectivo. [...] Estas teorias, suficientemente operatorias como técnicas jurídicas do liberalismo econômico, convetem-se em impasse teórico, em vez de se afirmarem como instrumentos auxiliares do direito, quando se analisam os modernos direitos a prestações.”

contemporânea propõe o alargamento dos direitos fundamentais sociais, incluindo em seu conceito: o direito de exigir proteção do Estado; direito à exercício de outros direitos promovidos pelo Estado (exemplo, participação em órgãos colegiais); direito a prestações fáticas como direito ao trabalho, saúde, etc.⁵¹

Na expressiva contribuição doutrinária de Canotilho⁵², a posição jurídica prestacional reabilitou direitos fundamentais antes desacreditados por grande parte da doutrina, e assim definidos:

1) no *plano político-constitucional*, as posições jurídicas prestacionais são posições claudicantes, pois a sua optimização pressupõe sempre uma reserva económica do possível, que os órgãos ou poderes públicos interpretarão ou densificarão segundo os modelos político-económicos dos seus programas de governo;

2) no *plano jurídico-dogmático*, assiste-se a uma inversão do objecto do direito subjectivo: os clássicos direitos de defesa reconduziam-se a uma pretensão de omissão dos poderes perante a esfera privada; os direitos a prestações postulam uma *proibição de omissão*, impondo-se ao Estado uma intervenção activa de fornecimento de prestações;

3) nos *planos metódico e metodológico*, enquanto a densidade, das normas consagradoras de direitos de defesa permite, tendencialmente, a justicialidade destes direitos, jurídico-individualmente accionada, os preceitos consagradores dos direitos a prestações estabelecem imposições constitucionais vagas e indeterminadas, dependentes da *interpositio* do legislador e demais órgãos concretizadores.

A doutrina jurídico-política base dos direitos sociais, fomenta a inclusão desses direitos dentro da esfera dos direitos subjetivos, e assim, sua efetivação através de instrumentos processuais de garantia acionáveis pela jurisdição, o que traria a superação do método subsuntivo e ascensão do carácter político da atuação do juiz.

A mudança de paradigma trazida com a superação do Estado nacional (liberal), aperfeiçoamento do Estado social, e com ele, a ampliação da concepção de direitos fundamentais pela ciência jurídica, vem tornar claramente exigíveis em juízo os direitos à prestação como direitos

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004. p. 45/46

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2004. p. 50

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 2004. p. 52/53

subjetivos, o que antes, reservava-se, unicamente, ao âmbito do Poder Executivo, enquanto responsável pela implementação de políticas públicas.

A construção teórica dos direitos sociais como direitos fundamentais, pretende efetivar a inclusão da ética pública e de critérios de justiça dentro dos textos constitucionais. Entende-se que o direito, juntamente com os valores e os princípios, formam parte do conteúdo da justiça de uma sociedade democrática moderna e tem como objetivo último ajudar a que todas as pessoas possam alcançar um nível máximo de humanização. Se todas as dimensões de direitos com suas características cumprem função indispensável na concretização da dignidade humana, - objetivo último do direito – não há motivo para excluir dessa concepção os direitos econômicos e sociais. Somente uma pessoa que tenha suas necessidades vitais mínimas atendidas poderá desfrutar adequadamente dos direitos civis e políticos e decidir livremente na vida pública e privada.⁵³

1.3 NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS E AS RELAÇÕES SÓCIO-POLÍTICAS: NEOCONSTITUCIONALISMO, POLÍTICA E DIREITO.

A teoria geral do direito na contemporaneidade tem se dedicado ao estudo das transformações provocadas pelos novos ordenamentos constitucionais nas sociedades ocidentais. O período pós-guerra, em resposta ao horror dos sistemas totalitários, reaproximou o direito da ética e a filosofia jurídica se voltou contra o positivismo independente de vínculo morais. A obediência da lei, passa a estar relacionada com sua dimensão ética e correspondência com os

⁵³ MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto*. p. 29/30. “Los derechos económicos, sociales y culturales pretenden, igual que los restantes tipos de derechos fundamentales anteriores, favorecer en la organización de la vida social el protagonismo de la persona, pero no parten de la ficción, en que se basan los restantes derechos, de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner en manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho, en la realidad, puedan competir y convivir como personas con los que no tienen necesidad de esas ayudas. En los derechos económicos, sociales y culturales la igualdad como diferenciación es un medio para alcanzar como meta la igualdad como equiparación [...]”p. 32/33

valores presentes na sociedade. Essa nova concepção traz em si o novo paradigma do direito constitucional – o pós-positivismo. Esse novo modelo perpassa as duas grandes fissuras das correntes jus-filosóficas: o jusnaturalismo e o positivismo, procurando, não mais a prevalência de um ou outro sistema, mas a profusão de ambos num único modelo denominado de pós-positivismo.⁵⁴

O jusnaturalismo moderno, formula-se a partir do século XVI, convergindo as teorias da razão e da lei sobre uma mesma nota, fundando-se em princípios de justiça universal, e firmando-se como o novo paradigma da filosofia do direito adotada pelos liberais presentes nas Revoluções. Essa concepção somente foi abalada com as concepções positivistas do século XIX, que pretendendo dar uma conotação científica ao Direito, criaram critérios de validade e legitimidade para o direito equiparando este com a lei e desligando-o de qualquer vínculo com a ética ou a moral. A concepção positivista experimentou seu fracasso com a queda dos regimes fascistas e nazistas, que estavam ancorados em suas premissas e foram responsáveis por uma das maiores tragédias da história.

A impossibilidade histórica de manutenção do modelo jusnaturalista e o fracasso do positivismo, reascenderam novas discussões para reaproximação do direito com sua função social, moral e ética. Nesse contexto, que surge o pós-positivismo que “[...] busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.”⁵⁵

Esse momento pós-positivista é marcado pela prevalência da norma constitucional, de uma nova postura em sua interpretação e pela expansão da jurisdição vinculada à constituição com vistas a garantir direitos

⁵⁴ “O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação — ou, talvez, sublimação — dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 04 fevereiro de 2007.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 04 fevereiro de 2007.

fundamentais (de liberdade e sociais), firmados no texto constitucional. A esse novo modelo se denominou neoconstitucionalismo, teoria que propõe um novo modelo teórico para explicação e descrição do direito nos Estados Constitucionais, caracterizando-se por negar a tese juspositivista de separação entre direito e moral.⁵⁶ Esse novo modelo vêm recompor a fissura existente entre os Estados constitucionais tradicionais e a democracia. Isso porque, no modelo constitucional anterior, ou se colocava em favor do povo soberano, e assim, contra uma idéia de lei fundamental vinculante para o futuro, ou, em favor da Constituição como ideal de estabilidade e equilíbrio, opondo-se, desta forma, a idéia de povo soberano.⁵⁷

As razões que fundamentam as críticas neoconstitucionalistas ao positivismo estão baseadas no surgimento das novas Cartas Constitucionais que transformaram o estado legalista moderno em Estados constitucionais, subordinando a lei ao texto constitucional, sob critérios de validade não somente formal, mas também material. A possibilidade de que o Estado de direito possa variar de conteúdo em cada sociedade que esteja presente, fez com que a teoria positivista do direito buscasse a conceituação de um Direito baseado tão somente em suas propriedades formais, de modo que o “dever ser” do Direito seja tão semelhante quanto possível, frente ao ideal de qualquer sistema jurídico que seja avaliado.

O Estado de direito, na precisa conceituação de Ferrajoli⁵⁸, tomado num sentido débil ou formal, corresponde aos ordenamentos em que os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos segundo os procedimentos estabelecidos na legislação. Em outro sentido, o Estado de direito em sentido forte, designa tão somente aqueles ordenamentos jurídicos em que os poderes públicos estão vinculado à lei não somente quanto à forma, mas também, quanto

⁵⁶ POZZOLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambíguo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 188. “Neoconstitucionalismo es un término que há entrado em el léxico de los juristas hace poco tiempo y que, [...] será empleado para indicar una precisa prospectiva iusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (o sea, por insertarse em la corriente iusfilosófica dedicada a la formulación y presdisposición delos limites juridicos al poder politico) y antipositivista.”

⁵⁷ ARIZA, Santiago Sasire. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005. p. 239

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2005. p. 13

ao conteúdo. São os Estados constitucionais em que o poder legislativo está vinculado aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

Conjugando-se a interpretação neoconstitucionalista dos textos constitucionais modernos com a reaproximação na teoria contemporânea entre o direito, a moral e a ética, traz nova relevância aos princípios constitucionais, sobretudo, aqueles que disciplinam os direitos fundamentais (de liberdade e sociais), relevando o caráter político da Constituição e a entrada na esfera pública do Poder Judiciário como garante de eficácia e concretização desses direitos.

Nessa nova perspectiva dos Estados neoconstitucionais, uma de suas forças meta-teóricas, é a alteração no paradigma que colocava a Constituição como declaração programática para aceitá-la, agora, como norma jurídica com força jurisdicional. Por essa nova postura, a Constituição não se presta para regular apenas as relações entre os Estados, ou entre estes e os cidadãos, mas para disciplinar todas as relações sociais. Também, as relações políticas passam a ser intermediadas pelo texto constitucional devido ao forte peso moral e político dos princípios, permitindo a intervenção dos Tribunais para examinar e interpretar a valoração política que sustenta a norma jurídica.⁵⁹

A constitucionalização (neoconstitucionalismo), apresentou distinções em relação ao sistema legislativo anterior, que segundo Figueroa⁶⁰, são principalmente de ordem material, estrutural e funcional e um aspecto político. No aspecto material está presente a já debatida aproximação axiológica do direito com a moral. No aspecto estrutural se encontra a forma de argumentação que se sustenta, com a nova relevância concedida aos princípios que tem seu âmbito de aplicação expandido. No que se refere ao aspecto funcional, os princípios rompem com o método subsuntivo de aplicação da norma, e sobrelevam o caráter da ponderação nos novos textos constitucionais. Assim, se no aspecto material

⁵⁹“Los principios constitucionales con su fuerte impronta moral y política intervienen en la argumentación política, rigen las relaciones entre los poderes del Estado y, [...] permiten así a órganos jurisdiccionales como el Tribunal Constitucional entrar a examinar la argumentación política que subyace a las normas jurídicas.” FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2005.

⁶⁰ FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho en tiempos de Constitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2005. p. 165/167

verificou-se a aproximação do direito com a moral, agora, nas características funcionais, o raciocínio jurídico se aproxima do raciocínio moral e o estudo do fenômeno jurídico tende a ser concebido como um estudo específico da argumentação prática em geral.

A importância das transformações apontadas pelos aspectos material e funcional, é que a aproximação do direito com a moral e com a argumentação prática traz como consequência direta e determinante nos novos modelos constitucionais – o protagonismo do Poder Judiciário e o papel coadjuvante do Poder Legislativo.

A tensão provocada por esse novo modelo, evidencia-se pela insuficiência do modelo lógico-formal para aplicação da norma jurídica através da subsunção, pois os critérios (hierárquico, cronológico e de especialidade), não dão conta da complexidade dos princípios constitucionais tendo-se que recorrer à ponderação. O amplo espaço de discricionariedade que se formula, fomenta as críticas quanto à aplicação mediata ou imediata dos princípios, requerendo a presença do legislador para apresentar o sentido exato ou apontando para interpretação judicial do sentido aplicável ao conteúdo dos princípios. Mesmo na teoria de Ferrajoli⁶¹, que pretende apontar caminhos para diminuir a discricionariedade dos juízes, encontra-se, a importante observação de que os juízes somente tem a obrigação de aplicar as leis que consideram constitucionais.

A proposta neoconstitucional provoca fissura também na concepção de ciência jurídica adotada pelo positivismo jurídico⁶², que exige a neutralidade e o modelo descritivo. Nos Estados constitucionais, aporta-se à uma

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia, Estado de Derecho y Jurisdicción em la Crisis del Estado Nacional*. In ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional del Derecho*. 2005. Apontando a possível contradição no pensamento de Ferrajoli: ARIZA, Santiago Sasire. *La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2005. p. 243

⁶² O positivismo jurídico inclui, várias perspectivas. Numa delas, refere-se a separação entre o direito e os outros campos (*separability thesis*), tendo como principal representante o jurista Hans Kelsen, com sua obra *Teoria Pura do Direito*. Outras referências do positivismo jurídico são encontradas em sua tese social representada por Herbert Hart, em sua obra *O conceito de Direito*. Outras variantes do positivismo jurídico são encontradas em Joseph Raz e no realismo escandinavo de Alf Ross.

reivindicação não só de um ponto de vista externo, mas também a adoção de um ponto de vista interno, com a confluência de juízos de valor na análise do direito e a primazia de um caráter prático da ciência jurídica frente a sua apresentação como um estudo de expressão científica.

O positivismo jurídico em sua formulação teórica kelseniana, procurava estabelecer uma ciência jurídica genuína seguindo os critérios da *função* e do *método* da ciência moderna.⁶³ Através da função se estabelecia o distanciamaneto da ciência jurídica de qualquer aspecto prático ou axiológico da filosofia jurídica. Essas duas características da ciência são formulada dentro do direito através dos princípios kelsenianos para o Direito, relacionados à neutralidade e à autonomia. O direito, enquanto função, teria tão somente que descrever o direito. Não é correto dizer que Kelsen negava o aspecto social presente no Estado, tão somente, apregoava que esse assunto não deveria ser tratado pelo Direito. O método requer da ciência jurídica a formulação de um sistema normativo capaz de explicar o Direito.⁶⁴ Outra perspectiva do positivismo jurídico formulada por Ross⁶⁵, buscando da mesma forma que Kelsen, alcançar uma Ciência do Direito pura, elege o caminho neoempirista dando importante relevância a eficácia em sede jurisdicional da norma jurídica. Ao contrário do desenvolvimento teórico de Kelsen, o descritivismo de Ross não desemboca no objetivismo e traz, antes, certo relativismo já que o direito vigente depende da aplicação dos Tribunais.⁶⁶ A obra de Hart⁶⁷, tida como a forma mais sofisticada do

⁶³ Claudia Rosane Roesler, apresenta em sua obra, *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*, as características básicas do modelo moderno de ciência. Segundo Roesler, “Nessa concepção, as idéias-chave sobre a ciência podem ser assim resumidas: a) ciência é um discurso bem estruturado; b) o método faz da ciência algo que pode ser ensinado; c) o método pode ser usado como um critério de demarcação entre o que é científico e verdadeiro e o que não o é. Em adição a essas três teses, outras duas devem ser consideradas: d) o método da ciência é universal e único; e) este método consiste numa bem definida e apropriada sucessão de etapas.” ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 35/36

⁶⁴ “Este rigoroso monismo metodológico supone defender la separación dela ciencia jurídica respecto del resto de las ciencias, concretamente de las ciencias empiricas, que se ocupan delos hechos que suceden em el ámbito del ‘ser’, y también de la ética, que se encarga de las normas morales, o sea, de enunciados de ‘deber ser’ de carácter axiológico.” ARIZA, Santiago Sasire. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. 2005. p. 247

⁶⁵ Para aprofundar o tema ver ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

⁶⁶ “Finalmente, el carácter abierto del descriptivismo rossiano, que pretende reconocer la importancia de la eficacia y la presencia dela ideologia, termina por acerca em exceso la dogmatica a la sociologia jurídica y a la politica del Derecho.” ARIZA, Santiago Sasire. *La ciencia*

positivismo jurídico, procura superar as insuficiências das concepções de Kelsen e Ross. Partindo da necessidade de que o estudo descritivo do Direito deve considerar as regras aceitas, e assim, avocando o papel essencial da eficácia para a norma jurídica. Para Ariza⁶⁸, em relação a ciência jurídica poderiam ser destacados da obra hartiana dois importantes aspectos: 1) a eficácia tem um caráter transcendental na identificação do Direito já que esta se realiza através de uma regra de reconhecimento que aparece com a convergência do comportamento dos juízes quando da definição do conteúdo da lei por critérios de validade. 2) a necessidade de utilizar-se um conceito amplo de direito que permita a descrição tanto do Direito justo quanto do injusto, frente a um critério restrito que termina por incorporar a justiça ou a moral como critério de validade.

O neoconstitucionalismo afirma a limitação dogmática provocada na Ciência Jurídica através do positivismo jurídico para resolução de problemas práticos, e assim, a impossibilidade desse modelo em sistemas jurídicos complexos, onde, o modelo descritivo tem servido para ocultar o caráter político da Ciência Jurídica. De outra forma, o neoconstitucionalismo serviu pra mostrar a dificuldade de definir os limites entre os modelos descritivos e prescritivos da Ciência Jurídica, pois enquanto algumas descrições podem ter caráter político, nem todos os juízos de valor podem ser colocados no mesmo plano teórico – não conduzindo necessariamente à subjetividade.⁶⁹

A ausência de distinções claras entre o caráter descritivo e prescritivo da Ciência Jurídica, bem como, a confluência dessas duas características no modelo neoconstitucionalista, releva a importância dos valores

jurídica ante el neoconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). 2005. p. 248

⁶⁷ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Função Calouste Gulbenkian, 1986.

⁶⁸ ARIZA, Santiago Sasire. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). 2005. p. 249*

⁶⁹ “Así, se puede hablar de juicios de valor débiles, que son los que intervienen en los esquemas conceptuales que posibilitan la tarea cognoscitiva (como há insistido el constructivismo epistemológico), juicios de valor que tienen un fuerte componente descriptivo, como los que expresan una valoración que es compartida por un determinado grupo social, juicios de valor que se formulan con la intención de justificar o aceptar ciertas decisiones o comportamientos (que presuponen la adopción del punto de vista interno), y juicios de valor fuertes que se realizan desde una posición crítica con el propósito de enjuiciar o proponer algo (que indican que se há asumido la perspectiva del punto de vista externo)”. ARIZA, Santiago Sasire. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). 2005. p. 254*

e princípios constitucionais na prática judiciária. Essa nova postura constitucional abre espaço para a discricionariedade dos juízes e a superação do paradigma formal de apreciação do texto constitucional em sede jurisdicional, permitindo que os Tribunais revejam não somente aspectos relacionados à competência e a formalidade, mas também, o conteúdo das ordens emitidas pelo poder público, a partir de uma análise axiológica frente ao texto constitucional, escoando as tensões sociais e políticas do parlamento para o Poder Judiciário, e assim, derivando na judicialização das relações sócio-políticas.

1.4 O CARÁTER POLÍTICO DA CONSTITUIÇÃO

Como afirmado, a partir de 1960, a filosofia política determinou fortes críticas ao Direito considerado expressão da força e da violência e distante da legitimidade social. Somente a partir da década de 80 é que se experimenta um retorno ao Direito e a busca dos fundamentos de sua legitimidade longe dos auspícios da força e da violência. “Consequentemente, o *retorno ao direito* é a via através da qual se evita a violência, dada a inexorabilidade do pluralismo e do conflito nas democracias contemporâneas.”⁷⁰

Porém, a qual Direito se pretende retornar, e sua força, nas sociedades atuais, provêm de onde? Cittadino⁷¹, propõe dois caminhos capazes de trazer respostas à legitimidade do Direito após seu fundamento se afastar da metafísica sacra. No primeiro, o direito deve possuir uma racionalidade autônoma e independente de qualquer qualidade moral e ética. Sob essa perspectiva o direito somente pode ter um momento de incondicionalidade se for encontrado no sistema de direito positivo ou, tem-se um direito unicamente instrumental. No segundo caminho, procura-se encontrar um fundamento transcendente ao direito como faziam os antigos e romper com a sistemática racionalista instrumental. Esse é o caminho trilhado tanto pelos liberais quanto pelos comunitários e crítico-

⁷⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004. p. 141/142

⁷¹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004. p. 142

deliberativos⁷², que têm como ponto comum a necessidade da presença da ética no âmbito do direito. “É, portanto, contra a racionalidade sistêmico-instrumental do positivismo jurídico que o movimento de *retorno ao direito* se constitui.”⁷³ Ainda que com contornos distintos as teorias liberais, comunitárias e deliberativas, parecem ter caminhado por dois temas centrais – a Constituição e a interpretação constitucional.

No Brasil, a partir da década de 30, as conquistas históricas dos trabalhadores resultam no reconhecimento dos sindicatos, seguros contra velhice, invalidez e instituição do salário mínimo.⁷⁴ Correlatamente, desenvolve-se o direito do trabalho que, além de devolver à sociedade a autonomia para reivindicar seus direitos, juntamente com o sindicalismo trouxeram ao direito, novo paradigma de justiça ligado à sociedade. Essas manifestações trazem à exposição da esfera pública problemas resguardados na esfera privada, gerando novos conflitos que exigem uma posição que supere os limites da legalidade aproximando a decisão judicial da política.

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 ascensão 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

⁷² “É exatamente no âmbito desta segunda via, que busca dar um sentido ao direito para além de um positivismo cuja marca fundamental é um ceticismo ético associado à idéia de desencantamento do mundo, eu podemos compreender como liberais, comunitários e crítico-deliberativos retornam ao direito nestes últimos anos.” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004. p. 142

⁷³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2004. p. 143

⁷⁴ 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), instituiu 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*. 2003. p. 240

normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição de Weimar.”⁷⁵

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. 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.⁷⁶ É a primeira que não se origina através de uma ruptura com a ordem constitucional vigente, ainda que tenha advindo do maior período nacional de cerceamento das liberdades públicas.⁷⁷

Essa nova roupagem do constitucionalismo moderno, presente na Carta Política de 1988, promove uma reaproximação do Direito com a ética⁷⁸ e os valores⁷⁹, o que havia sido negado pelo positivismo jurídico⁸⁰ consubstanciado no Estado Moderno da separação dos poderes. Esses valores

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 84

⁷⁶ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 38

⁷⁷ A observação é feita por BONAVIDES e ANDRADE, segundo os quais, a constatação de inexistência de ruptura é apenas aparente, “porquanto, se a Carta Magna não foi precedida de um ato de independência, como a Carta Política do Império, de 1824, ou da queda de um império, como a de 1891, ou do fim de uma república oligárquica – a chamada Pátria Velha carcomida, posta abaixo pelas armas liberais da Revolução de 1930 – como a Constituição de 1934, ou da ruína de uma ditadura e dissolução do Estado Novo, como a de 1946, ou até mesmo de um golpe de Estado que aniquilou com um violento ato institucional uma república legítima, qual o fez a de 1967, nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação, profundamente revelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas; [...]”. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 451

⁷⁸ “Ethica; Em geral, a ciência da conduta. Existem duas concepções fundamentais dessa ciência: 1ª a que considera como ciência do fim 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*. 1970. p. 360

⁷⁹ “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. *Dicionário de Filosofia*. 1970. p. 952

⁸⁰ “Assim Hans Kelsen chamou a sua doutrina formalista do direito e do Estado.” ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 1970. p. 746

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.”⁸¹

Por outro lado, uma Constituição definida inteiramente por princípios, torna-se claramente aberta e, ao contrário das anteriores, agora admite a influência de valores externos, deixando aos seus intérpretes a função de dar-lhe o seu sentido e direção.

Princípios constituem 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.⁸²

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 conseqüência a discricionariedade deixada nas mãos dos juízes, de poder fazer escolhas e impor determinações em assuntos antes reservados ao crivo do legislador. A partir dessa constatação torna-se necessária a discussão quanto aos limites, a necessidade e a conveniência de um judiciário politizado.

⁸¹ 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

⁸² “[...] 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*. 1993. p. 138

CAPÍTULO 2

A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SÓCIO-POLÍTICAS E AS NOVAS DIMENSÕES DAS ESFERAS PÚBLICA E PRIVADA

2.1 ENTRE O ESTADO E A POLÍTICA: A OPÇÃO POR HANNAH ARENDT

Na construção teórica e intelectual da segunda metade do século XX, Hannah Arendt prestou contribuição singular e inconfundível. As análises do fenômeno político totalitário da Alemanha nazista eram realizadas, em sua maioria, por cientistas políticos refugiados, até que em 1968, Arendt ingressa neste círculo com a obra *As origens do totalitarismo*. “Ela nunca havia escrito uma obra de fôlego nos campos da história ou da teoria política. [...] Nos 24 anos seguintes Arendt conquistou, com seus inúmeros ensaios e livros, renome internacional e um lugar proeminente entre os teóricos de sua geração.”⁸³

Passada a experiência totalitária, Arendt declarou: “O mundo e as pessoas que o habitam não são a mesma coisa. O mundo encontra-se entre as pessoas.”⁸⁴ A partir das experiências do momento, produziu críticas radicais contra a tradição política europeia. “Em *A condição humana* ela escreveu sobre a ação; para a segunda edição de *As origens do totalitarismo*, preparou um epílogo sobre o sistema de conselhos; e planejou *Sobre a revolução*.”⁸⁵

A reavaliação da tradição do pensamento político, e, em especial, ao revisitar a teoria marxista, Arendt aponta distorções na compreensão de conceitos políticos fundamentais relacionados a *vita activa* (ação, trabalho e labor), e ao iluminar a compreensão da ação política utiliza-se da literatura não-filosófica do mundo clássico.

⁸³ YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. *Por amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt*. Trad. Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997. p. 11

⁸⁴ ARENDT, Hannah. *On humanity in Dark Times: Thoughts about lessing*, em *Men in Dark Times*, p. 12. citado por YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. *Por amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt*. 1997. p. 11

⁸⁵ YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. *Por amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt*. 1997. p. 241

A originalidade de Arendt sobressai de seu ponto de partida, quando afirma ser a natalidade e não a mortalidade a chave para compreensão do fenômeno político. De fato. Toda tradição do pensamento metafísico está sustentada na morte e no desejo de alcançar o eterno, experiências vividas no singular, como observa Arendt, na teoria de Platão, quando escreve a República.⁸⁶

Ao contrário da tradição, para Arendt, a política somente se realiza na pluralidade – não existimos isolados, mas coexistimos. Se é possível pensar isoladamente, somente é possível agir em conjunto. “Esta diferença de postura é a razão pela qual, com poucas exceções – entre as quais Hannah Arendt realça Kant, o Kant da *Crítica do Juízo* e da mentalidade alargada, ligada ao pensamento do que o outro pensa – os filósofos tendem a ser hostis a toda política.”⁸⁷

Firmado o pressuposto teórico de sua compreensão política, é possível entender porque a ação democrática participativa do indivíduo é a fonte de geração de poder, quando realizada em conjunto, diferentemente da idéia de não intervenção geradora da liberdade moderna. Mais do que isso, de acordo com Lafer, Arendt é capaz de demonstrar que a liberação da necessidade para o espaço público pode tornar obtusa a própria compreensão da atividade política, tão ligada à palavra e à ação.

A compreensão do sistema político originado da era moderna, e o próprio Estado que se constituiu no momento pós-guerra, analisados de forma extremamente cuidadosa na teoria de Arendt, são construções teóricas possíveis de serem utilizadas na compreensão do atual estágio da política imersa no social. Quando se propõe a institucionalização da política no debate hermético do Poder Judiciário, é uma fonte interessante de discussão, reavaliar a capacidade democrática desse poder responder à compreensão pluralista da política presente na obra de Arendt, e superar seu

⁸⁶ LAFER, Celso. *A política e a condição humana*. in ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. 348

⁸⁷ LAFER, Celso. *A política e a condição humana*. in ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. 349

modelo positivista como mero executor da legislação, sem considerações morais ou éticas.

A análise da desestruturação das esferas pública e privada, e o surgimento do social, podem verter em possíveis respostas para dificuldade de se distinguir, atualmente, aquilo que seja próprio da política e o que deve ser resguardado no âmbito privado. O Poder Judiciário se propõe a oferecer respostas políticas a problemas sociais que não têm características nem públicas nem privadas, na perspectiva da obra arendtiana. É o caso das concepções sobre a constituição familiar ou sobre a educação infantil, temas que ganharam a esfera pública e tradicionalmente estavam ligados ao privado, e agora, são tratados na esfera social. O que a obra de Arendt demonstra, é que não se pode discutir com segurança na esfera pública do judiciário, o que seja político e o que seja privado na atualidade.

É nesse sentido que se justifica a opção pela obra de Arendt, como teoria base desse trabalho. É a partir da apresentação de seus conceitos fundamentais sobre as transformações nas esferas pública, privada e social, após a era moderna e a constituição do Estado ligado à economia e à sobrevivência, que se propõe uma análise do atual deslocamento da política para o âmbito do judiciário, problematizando o processo democrático nesse novo contexto político e jurídico.

2.2 HANNAH ARENDT: DOS ANTIGOS À CRÍTICA DE MARX, NIETZSCHE E KIERKEGAARD.

A análise da obra de Arendt, sobre a política e a ação, sobre as esferas pública e privada, deve ser tomada a partir de sua postura a respeito da filosofia do século XX – que ao mesmo tempo que rompeu com a tradição chegou ao seu exaurimento teórico interno. “A tradição de nosso pensamento político teve seu início definido nos ensinamentos de Platão e Aristóteles. Creio

que ela chegou a um fim não menos definido com as teorias de Karl Marx”⁸⁸. São essas constatações que tornam indispensável repensar criticamente a tradição, observando a ruptura da mesma como resultante de certos eventos políticos, como as duas grandes guerras mundiais, e não somente como o desenvolvimento necessário no plano teórico da tradição filosófica.⁸⁹ O que Marx, Kierkegaard e Nietzsche, na esteira de Hegel fizeram, foi antecipar no plano teórico a ruptura que os eventos do séc. XX fariam com a tradição mantida sob o fundamento na autoridade⁹⁰. Hegel, apontado, como inspirador desses filósofos, sustentou a correlação entre a identidade ontológica da idéia com a matéria através do movimento dialético “– o real é racional e o racional é real – desgastando, conseqüentemente, o sentido clássico da aporia imanência *versus* transcendência.”⁹¹

O que Marx fez foi transpor o homem da contemplação para a valorização do trabalho como fonte irremediável da igualdade e libertação, mostrando, nesse ponto, a incompatibilidade entre o pensamento político moderno, com as idéias das Revoluções Francesa e Industrial, responsáveis pela sobreposição hierárquica do trabalho como a mais desprezível das características da *vita activa*, para ser o caminho certo da libertação e da igualdade, força que

⁸⁸ “O início deu-se quando, na alegoria da caverna, em A República, Platão descreveu a esfera dos assuntos humanos, tudo aquilo que pertence ao convívio de homens em um mundo comum, em termos de trevas, confusão e ilusão, que aqueles que aspirassem ao ser verdadeiro deveriam repudiar e abandonar, caso quisessem descobrir o céu límpido das idéias eternas. O fim veio com a declaração de Marx de que a Filosofia e sua verdade estão localizadas, não fora dos assuntos dos homens e de seu mundo comum, mas precisamente na esfera do convívio, por ele chamada de ‘sociedade’, através da emergência de homens socializados” ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 43

⁸⁹ “Em si mesmo, o evento assinala a divisão entre a época moderna – que surge com as Ciências Naturais no século XVII, atinge seu clímax político nas revoluções do século XVIII e desenrola suas implicações gerais após a Revolução Industrial do século XIX – e o mundo do século XX, que veio à existência através da cadeia de catástrofes deflagrada pela Primeira Guerra Mundial. Responsabilizar os pensadores da idade moderna, especialmente os rebeldes contra a tradição do século XIX, pela estrutura e pelas condições do século XX é ainda mais perigoso que injusto. ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 2003. p. 54

⁹⁰ “A autoridade, relacionando-se ao mais enganoso destes fenômenos e, portanto, sendo um termo do qual se abusa com freqüência, pode ser investida em pessoas [...] ou pode ser investida em cargos como, por exemplo, no Senado romano [...]. Sua insígnia é o reconhecimento inquestionável por aqueles a quem se pede que obedeçam; nem a coerção nem a persuasão são necessárias [...]. Conservar a autoridade requer respeito pela pessoa ou pelo cargo. O maior inimigo da autoridade é, portanto, o desprezo, e o mais seguro meio para miná-la é a risada.” ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 37

⁹¹ LAFER, Celso. *Da dignidade da política: sobre Hannah Arendt*. in Prefácio à obra ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 7

antes era reservada para a ação política.⁹² Marx, com isso, submeteu todo pensamento político à necessidade, e colocou a liberdade como um ponto utópico e sem sentido, já que a própria política desapareceria.⁹³

Kierkegaard e Nietzsche, por outro lado, romperam com o pensamento teórico da tradição em outros dois importantes pontos. Kierkegaard⁹⁴, mostrou a impossibilidade de convivência entre a ciência moderna e a religião, pois o espírito de dúvida da ciência a fez acreditar somente naquilo que ela mesma produzisse, ou seja, trouxe para o mundo da fé a dúvida que sustentava a ciência. “Assim, as reflexões de Kierkegaard apontaram a incompatibilidade entre o ‘espírito da dúvida’, prevalente nos tempos modernos desde Descartes, e o caráter ‘revelado’ da experiência religiosa.”⁹⁵ A saída não vitoriosa de Kierkegaard, foi pregar a falibilidade da razão humana, o que, em caminho inverso, acabou consagrando a dúvida também na religião. De imediato, a objeção de Kierkegaard traz desconfiança e descrédito naquilo que nos circunda e fragiliza o senso comum, fato realçado pela ciência contemporânea. A ciência repulsou a linguagem comum e o senso comum, construiu uma linguagem técnica com o objetivo de alcançar o que se escondia por detrás da natureza. Como observa Lafer⁹⁶, em prefácio à obra de Arendt,

O progresso da Ciência implicou numa linguagem científica cuja formalização crescente esvaziou de sentido a nossa percepção concreta e, ademais, não só converteu, através da mediação da técnica, o nosso meio ambiente em objetos criados pelo homem, como também

⁹² “Há o fato da incompatibilidade básica entre os conceitos tradicionais que fazem do trabalho o símbolo mesmo da sujeição do homem à necessidade e a época moderna, que viu o trabalho elevado para expressar a liberdade positiva do homem, a liberdade da produtividade. É do impacto do trabalho, isto é, da necessidade no sentido tradicional, que Marx visou salvar o pensamento filosófico, destinado pela tradição a ser o núcleo de todas as atividades humanas. ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 2003. p. 60

⁹³ DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 157

⁹⁴ “Só a verdade que edifica é verdade para ti” KIERKEGAARD, O pensamento de sentir-se culpado diante de Deus traz em si duas conseqüências, a saber, a cessação da dúvida e o impulso para a tarefa. É edificante, portanto, o pensamento de sentir-se sempre culpado diante de Deus. [...] A partir do século XVIII esse campo semântico passou a ter também um valor metafórico, estando ligado aos valores éticos e religiosos. PINZETTA, Inácio. *O edificante em Hegel e Kierkegaard*. Publicações científicas UNISINOS, 2005. p. 349

⁹⁵ DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000. p. 156

⁹⁶ LAFER, Celso. *Da dignidade da política: sobre Hannah Arendt*. in Prefácio à obra ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 2003. p. 12

conseguiu modificar, por meio da ação humana, o desencadeamento dos próprios processos da natureza, como o evidencia a fissão do átomo.

Nietzsche, por fim, impôs a inversão do modelo de avaliação transcendente do mundo sensível, herdados pela tradição desde o platonismo. “O que ele descobriu em sua tentativa de ‘transvalorização’ foi que, dentro deste quadro de referência categórico, o sensível perde sua própria *raison d’être* quando privado de substrato no supra-sensível e no transcendente.”⁹⁷ Nietzsche sustenta o homem inclinado a ânsia de poder em contraposição ao homem racional da tradição do pensamento de sua época. Esse desejo de poder levou-o a combater os conceitos transcendentais que serviam de avaliação da ação humana e que, na era moderna foram substituídos por valores funcionais, o que foi analisado com firmeza por Arendt, em sua obra *A Condição Humana*. “De fato, se no século XX, o filistinismo da classe média em ascensão fez da cultura um instrumento de mobilidade social - uma mercadoria social – iniciando a desvalorização dos valores, a sociedade de massas contemporânea levou este processo adiante ao consumir cultura na forma de diversão.”⁹⁸

Em sentido inverso das concepções teóricas da era moderna, para Arendt, ação e política parecem estar diametralmente conexas ao passo que se referem às características unicamente humanas. Refugiando-se na análise de Aristóteles, reforça sua afirmação *homo est naturaliter politicus, id est, socialis*, ou seja, o homem é por natureza, político, isto é, social. No entanto, até a doutrina Tomista, a compreensão da doutrina de Aristóteles levava ao entendimento de que a característica humana fundamental estava relacionada com a ação política e não ao fato de viver em sociedade, - característica que comunga com os demais animais, levados pelas necessidades biológicas.⁹⁹

⁹⁷ ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 2003. p. 58

⁹⁸ LAFER, Celso. *Da dignidade da política: sobre Hannah Arendt*. in Prefácio à obra ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 2003. p. 12

⁹⁹ “É somente com o ulterior conceito de uma *societas generis humani*, uma << sociedade da espécie humana >>, que o termo <<social>> começa a adquirir o sentido geral de condição humana fundamental. Não que Aristóteles ou Platão ignorasse ou não desse importância ao fato de que o homem não pode viver fora da companhia dos homens: simplesmente não incluíam tal condição entre as características especificamente humanas. Pelo contrário, ela era algo que a vida humana tinha em comum com a vida animal – razão suficiente para que não pudesse ser fundamentalmente humana.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 32/33

A natureza humana é oposta a associação natural derivativa da família, e centrada na casa (*oikia*). Segundo Arendt, é fato histórico que antes da fundação da cidade-estado, operou-se a extinção de todos os agrupamentos sociais fundados nas relações de parentesco, assim, o homem além de sua vida privada conservava uma participação política visando a proteção do que é comum a todos.¹⁰⁰

Arendt em posição contrária a de Coulanges¹⁰¹, demonstra que é um erro histórico aproximar a formação política na Grécia daquela encontrada em Roma. Na Grécia, a religião cultuada na família era superior e separada daquela que originou e mantinha o Estado, ao passo que, em Roma, o culto do lar passou a fazer parte do culto oficial e político após sua segunda fundação.¹⁰²

O uso da violência, enquanto meio de obrigar alguém a fazer algo é, em Arendt, um caminho pré-político da herança antiga. Discurso e ação, são caminhos conexos, que somente tomaram rumos distantes na experiência da *polis*, quando “[...] A ênfase passou da ação para o discurso, e para o discurso como meio de persuasão não como forma especificamente humana de responder, replicar e enfrentar o que acontece ou o que é feito. O ser político, o viver numa *polis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através da força ou violência.”¹⁰³ Com o abandono do discurso persuasivo para a utilização da força e violência iguala-se ao paradigma do ambiente familiar e de sua organização, onde o chefe de família atua de forma imperativa reger as relações familiares.

A tradição do pensamento político parece não dissociar as noções de poder e violência, colocando, alguns, a violência como a mais flagrante

¹⁰⁰ “O surgimento da cidade-estado significava que o homem recebera, <<além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu bios politikos. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (idion) e o que é comum (koinon)>>. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 33

¹⁰¹ “A vida privada não escapava a tamanha onipotência do Estado. Muitas cidades gregas proibiam o celibato. Esparta punia não somente quem não se casasse, mas também quem só casasse tardiamente. O Estado podia prescrever, em Atenas, o trabalho e, em Esparta, a ociosidade. COULANGES, Fustel. *A cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 248/249

¹⁰² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 34

¹⁰³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 35

manifestação de poder, e outros, o poder como a manifestação da violência de forma mitigada, o que, como pondera Arendt¹⁰⁴, redundava na mesma compreensão sobre os institutos. Segundo, Arendt, esses equívocos foram originados pela definição dos termos a partir da experiência do absolutismo que acompanhou o surgimento do Estado-nação, nas teorias de Jean Bodin e Hobbes, também coincidentes com os termos usados na antiguidade grega para definir as formas de governo como o domínio do homem sobre os homens.¹⁰⁵

O poder para Arendt, “[...] corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido.”¹⁰⁶ Falar-se numa personalidade poderosa ou homem poderoso, é utilizar o termo metaforicamente. A força, freqüentemente utilizada como sinônimo de violência deveria resumir-se a designar as forças da natureza, indicando “a energia liberada por movimentos físicos ou sociais”¹⁰⁷. Violência, a seu turno, distingue-se por ser caráter instrumental e pelo fato de seus implementos serem planejados e utilizados com o propósito de multiplicar o vigor natural até que possam substituí-los.¹⁰⁸ Frequentemente, cai-se na tentação de equacionar os conceitos de poder e violência, ligando o termo poder a relação entre comando e obediência, equívoco agravado pela compreensão do próprio sentido do termo político na era moderna.

O equívoco do termo político na tradução da compreensão de político como social, na teoria de Aristóteles, é da mesma forma, repetida quando se tentou apresentar a expressão *zoon logon ekhon* (um ser vivo dotado de fala), como *animal rationale*¹⁰⁹, e apontar essa característica como presente no pensamento aristotélico. Sobressai do pensamento aristotélico que a mais alta

¹⁰⁴ Arendt se refere às obras de Bertrand de Jouvenel, Passerin d’Entrèves e Mao Tse-Tung.

¹⁰⁵ ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 1994. p. 33

¹⁰⁶ ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 1994. p. 33

¹⁰⁷ ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 1994. p. 33

¹⁰⁸ “O vigor inequivocamente designa algo no singular, uma entidade individual; é a propriedade inerente a um objeto ou pessoa e pertence aos eu caráter, podendo provar-se a si mesmo na relação com outras coisas ou pessoas, mas sendo essencialmente diferente delas. [...] Talvez não seja supérfluo acrescentar que estas distinções, embora de forma alguma arbitrárias, dificilmente correspondem a compartimentos estanques no mundo real, do qual, entretanto, são extraídas.” ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 1994. p. 37/38

¹⁰⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 36

capacidade humana estava relacionada a contemplação e não a palavra, já que aquela não poderia ser reduzida a esta. A pretensão de adaptar o pensamento grego ao romano-cristão, resultou além da confusão na tradução dos termos indicados, no equacionamento entre as esferas pública e social, agravando-se com o uso moderno da palavra sociedade.

As transformações percebidas na compreensão do público, do privado e do social, aquilatou-se na emergência da era moderna, por conseqüência, tornando difusos os contornos do que é pertencente ao privado e à família, e o que deve ser discutido na esfera pública por ser de interesse comum. O interesse público passou a girar em torno das necessidades da coletividade e a forma de sua manutenção. O Estado passou a ser administrado como uma grande família buscando sua sobrevivência. “O pensamento científico que corresponde a essa nova concepção já não é a ciência política, e sim a <<economia nacional>> ou a <<economia social>> [...]”¹¹⁰. Para os antigos, acredita Arendt, o termo “economia política” se constituiria numa contradição insolucionável, pois, aquilo que fosse relacionado a prover a sobrevivência da família e de dos homens não poderia ser assunto político, mas estritamente doméstico e privado. Assim, “[...] 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>>.”¹¹¹

É provável, para Arendt, que o surgimento da cidade-estado e da esfera pública tenha ocorrido com a expansão sobre a esfera privada, no entanto, a propriedade¹¹² não foi violada na *polis*, já que, se constituía em fator indispensável para superação das necessidades e ingresso na vida pública.

¹¹⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 337/38

¹¹¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 38

¹¹² Importante, frisar, como apontado por Arendt, que a propriedade para os antigos não tinha o mesmo sentido adquirido com a modernidade. Na polis grega, a propriedade tinha tão somente o condão de garantir a proteção da família e a superação das necessidades físicas, o que se constituía em requisito indispensável para o ingresso na esfera pública, portanto, longe do conceito moderno que a vincula ao acúmulo de riquezas. Parece acertada a posição de Arendt, quando se analisa a obra de Coulanges: “Em algumas cidades os cidadãos eram obrigados a recolher suas colheitas em comum, ou, pelo menos, a maior parte delas, devendo consumi-las também em comum; portanto, por notável contradição, era proprietário absoluto do solo.”

O que resta é a incontestável e visível distinção, para os antigos, dos assuntos reservados ao debate público e aqueles mantidos sobre a sombra do privado. Prover a própria sobrevivência é tarefa que impõe aos homens viver associados e é tão somente esse o motivo que justifica essa permanência. “Portanto, a comunidade natural do lar decorrida da necessidade: era a necessidade que reinava sobre todas as atividades exercidas no lar.”¹¹³ Por outro lado, a esfera da *polis* era a que permitia a expressão da liberdade, e essa clara oposição à esfera privada, demonstra que a única aproximação possível entre as duas é que a superação das agruras, da necessidade dentro do lar era o que permitia o ingresso na esfera pública. A limitação da autoridade da política a partir da Idade Média somente se justifica pela colocação da liberdade, ou como afirmado por Arendt, em alguns casos a pseudoliberdade, no plano do social e a força e a violência figurando como monopólio do governo.¹¹⁴ A liberdade, em Arendt, tem dois sentidos, primeiro, como superação das necessidades, segundo, como exercício, entre os iguais, da atividade política livre da força ou coação, derivada somente da persuasão e convencimento recíproco. Assevera-se, que distinta da igualdade dos modernos, correlacionada à idéia de justiça, a liberdade de que fala Arendt, é o fato de que “[...] todos têm o mesmo direito à atividade política profundamente marcada pela *isegoria*, ou seja, a liberdade de falar. A fala e ação constituíam, para os gregos, dois modos inseparáveis de manifestação da liberdade.”¹¹⁵

O poder pré-político legado ao chefe de família, tomado como necessário sob o argumento de que o homem é um animal social, antes de ser político, discrepa da teoria política do séc. XVII, que conceituou o “estado

COULANGES, Fustel. *A cidade Antiga*. 2002. p. 248/249. Porém, a aparente contradição apontada por Coulanges, é rebatida por Arendt, segundo quem, “[...] não se trata de contradição, porque, no conceito dos antigos, os dois tipos de propriedade eram completamente diferentes.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 39

¹¹³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 40

¹¹⁴ “O que todos os filósofos gregos tinham como certo, por mais que se opusessem à vida na polis, é que a liberdade situa-se exclusivamente na esfera política; que a necessidade é primordialmente um fenômeno pré-político, característico da organização do lar privado; e que a força e a violência são justificadas nesta última esfera por serem os únicos meios de vencerem a necessidade – por exemplo, subjugando escravos – e alcançar a liberdade.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 40

¹¹⁵ RAMOS, César Augusto. O conceito (político) de liberdade em Hannah Arendt. in DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Maria Brehol de. *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume- Dumará, 2004. p. 176

natural”, onde a guerra e o terror de todos contra todos somente era evitável com o estabelecimento de um governo de dominação. “Pelo contrário, todo o conceito de domínio e de submissão, de governo e de poder no sentido em que concebemos, bem como a ordem regulamentada que os acompanha, eram tidos como pré-políticos, pertencentes à esfera privada, e não à esfera pública.”¹¹⁶

Pressupondo a existência de pontos conflituosos no mundo natural, o Estado, para Hobbes¹¹⁷, se afigura como único instrumento de poder visível e capaz de promover o reequilíbrio da sociedade, mesmo que o caminho requeira a imposição do temor e o castigo àqueles que se afastem dos desígnios legais. As imposições morais são colocadas pelo soberano de fora para dentro, de cima para baixo. Desse ponto, é observável que a teoria hobbesiana, não aponta para um Estado onde se encontra a liberdade incondicional do indivíduo, em função da necessidade de garantia da ordem estatal que poderia ser comprometida com o embate dos interesses grupais, e ainda, é de se considerar que a soberania também requer a liberdade para sobreviver.¹¹⁸

Inserir na política e na comunidade política comportamentos de submissão e temor, não correspondem as idéias presentes na *polis*. A cidade-estado pressupunha a existência de iguais. Condição *sine qua non* para liberdade era a igualdade, e, por conseqüência, a ausência de qualquer submissão. Evidentemente, que a igualdade apontada, é a própria essência da liberdade, e não pode ser tomada no seu conceito moderno vinculado a justiça. “A igualdade era derivada do acontecimento político da liberdade, isto é, do fato dos homens viverem juntos como cidadãos. Eles eram iguais não porque nasciam iguais, mas como o resultado do *status* político que adquiriam como membros da *polis*”¹¹⁹. A

¹¹⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 41

¹¹⁷ RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental. A aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001, p. 275.

¹¹⁸ “Para obter a qualidade de cidadão, o homem natural abandona ao Estado racional sua liberdade natural em favor de uma liberdade sob a forma de segurança; abandona sua liberdade natural em favor da permanência e da distinção sob a forma de propriedade; e abandona sua liberdade natural em favor da autonomia sob a forma de responsabilidade”. ANGOULVENT, Anne-Laure. *Hobbes e a moral política*. Trad. Alice Maria Cantuso. São Paulo: Papyrus, 1996.p.65.

¹¹⁹ RAMOS, César Augusto. O conceito (político) de liberdade em Hannah Arendt. in DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Maria Brehol de. *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. 2004. p. 177

igualdade antiga pressupunha a existência de desiguais (mulheres e escravos), que constituíam grande parte da população, “[...] ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de comandar, e mover-se numa esfera onde não existiam governo nem governados.”¹²⁰

Essas são, para Arendt, as últimas características claramente distinguíveis entre os conceitos antigos e modernos de política. Na modernidade, as esferas sociais e políticas confluíram, e esta passou a ser uma função da sociedade, fundamentos esses que foram herdados dos economistas políticos modernos e aprofundados por Marx em suas teorias.¹²¹ Se por um lado Arendt se recusa a vincular a imagem de Marx com o totalitarismo moderno, por outro, não afasta a incontestável constatação de que sua teoria contribuiu para o esvaziamento da esfera pública, na medida em que erigiu a violência como motriz da história, o trabalho como a atividade fundamental do homem e a formação das sociedades de massa conectadas pela produção.¹²²

A colocação dos holofotes sobre a sociedade que imergiu do interior dos lares para as luzes da esfera pública, para Arendt, é responsável não somente pela impossibilidade de se estabelecer os limites entre o público e o privado, mas muito mais, alterou o sentido próprio dos termos. Ao que denomina-se privado atualmente é um espaço da intimidade que remonta ao último período da civilização romana e que era desconhecido da cultura grega até o advento da era moderna.¹²³

Denota-se que a intimidade contrapôs-se não à esfera pública, mas muito mais, ao social. Não se trata para o moderno individualismo,

¹²⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 42

¹²¹ “Esta funcionalização torna impossível perceber qualquer grande abismo entre as duas esferas; e não se trata de uma questão de teoria ou de ideologia, pois, com a ascendência da sociedade, isto é, a elevação do lar doméstico (oikia) ou das atividades econômicas ao nível público, a administração doméstica e todas as questões antes pertinentes à esfera privada da família transformaram-se em interesse <<coletivo>>. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 42

¹²² “Em sua discussão do pensamento de Marx e dos assim chamados ‘elementos totalitários no marxismo’, Arendt demonstra uma atitude cautelosa, evitando estabelecer qualquer linha direta entre ambos os pólos.[...] As três teses fundamentais do pensamento de Marx, nas quais Arendt concentra sua atenção, são as seguintes: 1) ‘O trabalho (labor) é o Criador do Homem’, segundo a expressão de Engels; 2) ‘A violência é a parteira da história’; 3) ‘Os filósofos até agora se resumiram a interpretar o mundo; cabe transformá-lo’ DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000. p. 156

¹²³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 48

de proteger a intimidade antes reservada ao lar, mas sim, garantir a intimidade do coração.¹²⁴ No plano de governo do Estado, a sociedade alcança seu ápice no final da era moderna com a burocracia, modelo de governo característico da era moderna, onde ninguém governa e ninguém pode ser responsabilizado pelo caos atual – “[...] o governo de ninguém não significa necessariamente a ausência de governo; pode, de fato em certas circunstâncias, vir a ser uma das mais cruéis e tirânicas versões.”¹²⁵

O que em comum se verifica em todas as esferas analisadas é que a sociedade impregna uma cultura que exclui a ação e impõe o comportamento. Espera-se que os indivíduos comportem-se segundo padrões desejáveis, abolindo a espontaneidade e sugerindo a normalização. Essa coalizão de comportamento refluíu os agrupamentos numa grande sociedade de massas, e a igualdade moderna representa “[...] o reconhecimento político e jurídico do fato de que a sociedade conquistou a esfera pública, e que a distinção e a diferença reduziram-se a questões privadas do indivíduo.”¹²⁶

A crença e a expectativa de que os homens comportem-se ao invés de agir, trouxe à cena a economia moderna juntamente com o surgimento da sociedade, e com seu principal apoio: a estatística¹²⁷. Somente em culturas massificadas com grande número populacional é que faz sentido a aplicação da estatística como meio de identificar os comportamentos desviantes e indicar os caminhos desejáveis para o convívio em sociedade. O alto desenvolvimento das ciências exatas, e o imperativo de suas leis como guias para o desenvolvimento de todas as ciências sociais tornou estas, mecanismos de dominação social através do desejo de normalização. “A triste verdade acerca do

¹²⁴ “O primeiro eloqüente explorador da intimidade – e, até certo ponto, o seu teorista – foi Jean-Jacques Rousseau; [...] Jean-Jacques chegou à sua descoberta mediante uma rebelião, não contra a opressão do estado, mas contra a insuportável perversão do coração humano pela sociedade, contra a intrusão desta última numa região recôndita do homem que, até então, não necessitava de qualquer tipo de proteção especial.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 48

¹²⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 50

¹²⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 51

¹²⁷ “A uniformidade estatística não é de modo algum um ideal científico inócuo, e sim o ideal político, já agora não mais secreto de uma sociedade que, inteiramente submersa na rotina do cotidiano, aceita pacificamente a concepção científica inerente à sua própria existência.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 53

behaviorismo e da validade de suas <<leis>> é que quanto mais pessoas existem, maior é a possibilidade de que se comportem e menor a possibilidade de que tolerem o não-comportamento.”¹²⁸

O que Arendt tenta demonstrar, e nisso se afasta da doutrina de seu tempo, é que o princípio comunístico já estava presente nos próprios liberais, antes de Marx. A definição de um interesse comum, na teoria dos liberais, é que faz supor uma “mão invisível”, capaz de mediar os interesses conflituosos e conduzir os comportamentos. O que distingue a teoria de Marx, é que este, foi capaz de perceber que a socialização do homem conduziria, naturalmente, à harmonia de todos os interesses, e para isso, propôs, expressamente a ficção comunística. O que Marx não previu, e Arendt aponta, é que condicionar comportamentos e construir uma sociedade sobre um único interesse, afasta-lhe frontalmente do ideal de liberdade, pois, evidente, que a proposta comunística assemelhava-se com um lar de dimensões de nação, e portanto, as regras da vida privada não são regidas pela igualdade de seus pares.¹²⁹

Nesse período o que se denominava Estado é substituído por administração, e a ciência econômica que foi determinante para normalização dos comportamentos nessa esfera, foi seguida pelo alto desenvolvimento das ciências sociais do comportamento, que apropriando-se do homem como objeto de estudo, colocaram-no como animal que se comporta de forma condicionada.¹³⁰

Com a emergência da sociedade, sua tendência natural tem sido sobrepor-se às esferas pública e privada. Ponto mais claro nesse processo é a exposição pública da necessidade de sobrevivência. Até esse período, os desejos e necessidades, por ser característica humana comum com os demais

¹²⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 53

¹²⁹ Arendt, sustenta seus argumentos na obra de Myrdal, quando sustenta que “[...] que o utilitarismo liberal, e não o socialismo, é <<forçado a manter uma ‘ficção comunística’ insustentável acerca da unidade da sociedade>>, e que <<a ficção comunística (é) implícita na maioria das obras sobre economia.>> Myrdal demonstra categoricamente que a economia só pode vir a ser uma ciência se presumir que só um interesse permeia a sociedade como um todo. Por trás da <<harmonia de interesses>>, está sempre a <<ficção comunística>> de um interesse único, que pode então ser chamado de <<welfare>> ou de <<commonwealth>>. Consequentemente, os economistas liberais foram sempre guiados por um ideal <<comunísticos>>, ou seja, pelo <<interesse da sociedade como um todo>>. (194/95). In ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. 1997. p. 53

¹³⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 54

animais, eram mantidas na sombra do lar. Com o crescimento da sociedade, e sua transformação numa sociedade de operários, onde está presente um interesse único na humanidade, esses desejos puderam tomar a esfera pública.¹³¹

Para Arendt, além de mudar a estrutura da esfera pública, as próprias atividades que passaram a ser admitidas em público alteraram seu significado. Emblemática é a alteração na concepção que se tem do labor¹³², quando admitido às luzes da esfera pública, que de lento e monótono transformou-se em rápida alteração capaz de alterar o mundo habitado. O público e o privado mostram-se incapazes de oferecer resistência ao crescimento do natural, que supera, nessas sociedades, o perecimento normal desse processo na esfera privada, “[...] foi como se o elemento de crescimento inerente a toda vida orgânica houvesse completamente superado e se sobreposto aos processos de perecimento através dos quais a vida orgânica é controlada e equilibrada na esfera doméstica da natureza.”¹³³

Aumento da produtividade do trabalho (labor) e sua organização, é o que ocorre na esfera pública e não encontrava respaldo para estar presente na esfera privada. É nessa transformação que o labor (enquanto divisão do trabalho), alcança a excelência, que nos antigos, jamais foi imaginada para esta atividade humana. Para Arendt¹³⁴:

Toda atividade realizada em público pode atingir uma excelência jamais igualada na intimidade; para a excelência, por definição, há sempre a necessidade da presença de outros, e essa presença requer um público formal, constituído pelos pares do indivíduo; não pode ser a presença fortuita e familiar de seus iguais ou inferiores.

¹³¹ “Naturalmente, para que se tenha uma sociedade de operários não é necessário que cada um dos seus membros seja realmente um operário ou trabalhador – e nem mesmo a emancipação da classe operaria e a enorme força potencial que o governo da maioria lhe atribui são decisivas neste particular; basta que todos os seus membros considerem o que fazem primordialmente como modo de garantir a própria subsistência e a vida de suas famílias.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 56

¹³² “Das coisas tangíveis, as menos duráveis são aquelas necessárias ao próprio processo da vida. Seu consumo mal sobrevive ao ato de sua produção. [...] Após breve permanência neste mundo, retornam ao processo natural que as produziu, seja através de absorção no processo vital do animal humano, seja através da decomposição.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p.107

¹³³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 56

¹³⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 59

É claro ainda, que nem mesmo a supremacia da esfera social fez perverter a inevitável conexão entre a excelência e a esfera pública, porém, tornou evidente a fragilização da capacidade humana de discurso e ação. A ruptura dessas concepções é apontada como resultado do incrível desenvolvimento das ciências exatas e a par disso, a incapacidade das ciências sociais em controlar e transformar a sociedade. Para Arendt, trata-se de argumento falacioso, para velar a inevitável constatação de que não é possível a excelência sem um espaço público que a ilumine.

2.3 A ESFERA PÚBLICA E O ESPAÇO DA POLÍTICA

Num de seus últimos textos, publicados postumamente, Arendt considerou imprópria a afirmação de Charles Frankel de que nossos direitos são privados e nossas obrigações são públicas.¹³⁵ De qualquer forma é inequívoca em sua obra a conclusão de que as esfera pública e privada, devem ser tratadas de modo diferente. Isso porque, em seu âmbito privado o homem tem uma tendência natural a defender seus interesses e desconsiderar o bem comum. “É por essa razão que ela contesta a idéia de que do jogo de interesses individuais surge necessária e harmoniosamente o interesse público.”¹³⁶

O estudo do termo público, em Arendt, ganha dois sentidos diversos, porém convergentes. Num primeiro momento, público, representa tudo aquilo que pode ser exposto e visto por todos, aquilo a que se possibilita a maior divulgação possível. A exposição pública dos fatos é o que nos garante a realidade do mundo e de nós mesmos. Certo também, que a publicidade que tanto preza Arendt, tem seus fundamentos hermenêuticos no domínio totalitário obtido através do segredo. “O tudo ver sem ser visto é o que torna muito concreta a observação arendtiana de que num Estado totalitário ‘o verdadeiro poder

¹³⁵ ARENDT, Hannah. *Public Rights and Private Interests*. Citado por: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1988. p. 237

¹³⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1988. p. 237

começa onde o segredo começa”.¹³⁷ Desse ponto de análise, a possibilidade de instituir um governo afastado do princípio da publicidade, leva a concretização do *Panopticon*¹³⁸ de Bentham, tão bem esmiuçado por Foucault.

A preservação de um espaço público tem outra importante função que é a palavra e a ação, que expostas à publicidade formam a individualidade do homem. Externar sua opinião num espaço político, fazendo-se ouvir e tomar conhecimento da perspectiva plural advinda do inter-relacionamento deste espaço, é a própria constituição objetiva da imagem que se tem do mundo.

Se alguém quiser ver e conhecer o mundo tal como ele é ‘realmente’, só poderá fazê-lo se entender o mundo como algo comum a muitos, que está entre eles, separando-os e unindo-os, que se mostra para cada um de maneira diferente e, por conseguinte, só se torna compreensível na medida em que muitos falarem *sobre* ele e trocarem suas opiniões, suas perspectivas uns com os outros e uns contra os outros.¹³⁹

É nesse sentido que a pluralidade para Arendt, é a lei da terra, pois tudo o que é na medida em que aparece, não existe no singular requerendo a intersubjetividade. A palavra e a ação expostas no espaço público é que formam a realidade do que vemos e não os processos internos ou a base psicológica.¹⁴⁰ A garantia da verdade e a nossa percepção da realidade surgem da exposição pública dos fatos.

Já demonstrado, em Arendt, a íntima conexão entre a esfera pública, a ação e a palavra como instrumentos da política e expressão da liberdade. Em decorrência dessa conclusão é que Arendt julgou a Revolução

¹³⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1988. p. 237

¹³⁸ “Todos os mecanismos de poder que, ainda em nossos dias, são dispostos em torno do anormal, para marcá-lo como para modificá-lo, compõem essa duas formas de que longinquamente derivam. [...] O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre, esta é vazada de largas janelas [...] Basta então colocar um vigia na torre central, [...]. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha.” FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 165/166

¹³⁹ ARENDT, Hannah. *O que é Política?* Trad. Reinaldo Guarany. 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 60

¹⁴⁰ LAFER, Celso. *Hannah Arendt: Pensamento, persuasão e poder*. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 74

Francesa como um desastre e a Revolução americana, que teve grande êxito, foi relegada aos seus efeitos domésticos.

A Revolução Francesa, para Arendt, fracassou porque os pobres levados por suas necessidades de sobrevivência, se socorreram aos homens que estavam incumbidos da Revolução, e assim, “irromperam na cena da revolução impregnando-a de simbolismo biológico, alimentando não só as teorias organicistas e sociológicas da história, como conferindo ao fato da pobreza a denominação de *questão social*.”¹⁴¹ A consequência, como é verificada na história é que “a prioridade teve de ser dada à libertação, e de que os homens da revolução se desviaram cada vez mais daquilo que originalmente haviam considerado seu mais importante objetivo, a elaboração de uma constituição.”¹⁴² Com isso o cidadão da Revolução retorna a ser o indivíduo privado do século XIX obliterando novamente o interesse pela liberdade política.

Porém, como alerta Arendt, nem todos os assuntos podem suportar a exposição pública, por se tratar de espaço somente reservado aos temas que tenham relevância para o comum, de sorte que o irrelevante deve ser reservado para ser apreciado na esfera privada. Isso, como bem lembra Arendt¹⁴³, 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.

Ao exemplificar historicamente o fundamento de suas afirmações, Arendt, aponta os atos de amor como essencialmente privados e,

¹⁴¹ BRESCIANI, Stella. *Política e Violência em da Revolução de Hannah Arendt*. in DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Maria Brehol de. *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume- Dumará, 2004. p. 209

¹⁴² ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1988. p. 106

¹⁴³ “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. *A condição humana*. 1997. p. 61

quando trazidos para esfera pública, tornam-se, irrelevantes e pseudo-sentimentos. “Dada a sua inerente natureza extraterrena, o amor só pode falsificar-se e perverter-se quando utilizado para fins políticos, como a transformação ou salvação do mundo.”¹⁴⁴ Nesse ponto, Arendt, afirma a política dentro do mundo dos homens e afasta a metafísica como fundamento do poder político. Outra constatação importante nesse período, é a exaltação das “pequenas coisas”, presente na sociedade e cultura francesa após o incrível declínio da esfera pública daquele país. Impulsionado pela poesia do século XX, o povo francês passou a uma postura de encantamento com as atividades que a vida entre quatro paredes lhes proporcionava. Esses dados, importam no reconhecimento do atrofiamiento da esfera pública, e, notadamente, significa que a “grandeza cedeu lugar ao encantamento”.¹⁴⁵

Num segundo sentido, Arendt¹⁴⁶ coloca o termo público enquanto o próprio mundo em que vivemos e 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 esfera pública, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e, contudo evita que colidamos uns com os outros, por assim dizer.”¹⁴⁷

Nas duas posições em que o termo público é trazido por Arendt, de plano, suas análises não podem ser aproximadas da teoria construída

¹⁴⁴ ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. p. 61

¹⁴⁵ “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. *A condição humana*. 1997. p. 61

¹⁴⁶ “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. *A condição Humana*. 1997. p. 62

¹⁴⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 62

por Habermas. As duas construções teóricas distanciam-se, basicamente como apontado por seus comentadores, por ter, Habermas pensado numa esfera pública capaz de cristalizar o princípio da igualdade e colocar os agentes numa igualdade discursiva, desconsiderando a pluralidade apontada por Arendt, como essencial para formação política da esfera pública.¹⁴⁸

Para Arendt, na história somente a filosofia cristã, baseada na idéia de comunidade, se propôs a manter unidos homens que não tinham interesse num mundo comum. A idéia de irmandade que é fio condutor de toda comunidade, impõe o princípio da caridade, fundamentado no amor, este, sentimento extraterreno, e portanto, a política volta a ter uma essência metafísica. A estrutura de uma comunidade, é guiada pela idéia de omissão do orgulho (princípio da filosofia cristã), e submissão a regras e regulamentos, como os existentes nas ordens monásticas (a grande família cristã). “O caráter apolítico e não-público da comunidade cristã foi bem cedo definido na condição de que deveria formar um *corpus*, cujos membros teriam entre si a relação que têm os irmãos de uma mesma família.”¹⁴⁹

A intenção de viver uma vida transitória sem qualquer pretensão de construir algo que permaneça além de sua própria existência é o mais claro resultado da filosofia cristã, que não preparava homens políticos mas, servos comprometidos com sua própria salvação. A pretensão de imortalidade, para Arendt, é indispensável para constituir uma esfera pública sólida. “Sem essa transcendência para uma potencial imortalidade terrena, nenhuma política, no sentido restrito do termo, nenhum mundo comum e nenhuma esfera pública são possíveis.”¹⁵⁰ É indispensável, nesse sentido, romper com a concepção de mundo

¹⁴⁸ “Como vários comentadores têm reconhecido, a visão habermasiana da esfera pública não leva em conta as dimensões performativas da ação humana e a possibilidade de revelação e constituição da identidade pessoal que o espaço público permite. Para ele, a esfera pública não possibilita a transformação da identidade nem fornece a chance de desenvolver uma existência mais autêntica do que em outras dimensões humanas. A identidade se constitui antes da entrada na esfera pública, o que representa a sua diferença fundamental com Arendt. Da mesma maneira, Habermas não considera a pluralidade, que se encontra na base da teoria da ação arendtiana. Sua teoria aponta antes para a superação das diferenças. Eu modelo postula uma igualdade discursiva que anula as diferenças entre os agentes, as quais são tratadas como pertencentes à esfera do interesse privado.” ORTEGA, Francisco. *Para uma política da amizade: Arendt, Derrida, Foucault*. 2000. p. 21/22.

¹⁴⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 63

¹⁵⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 64

comum cristão – ligado à salvação da alma – e fixá-lo, como o espaço que nos posicionamos ao nascer e deixamos ao morrer. “Transcende a duração de nossa vida tanto no passado quanto no futuro: preexistia à nossa chegada e sobreviverá à nossa breve permanência. É isto que temos em comum não só com aqueles que vivem conosco, mas também com aqueles que aqui estiveram antes e aqueles que virão depois de nós.”¹⁵¹ A preocupação pela construção de algo que garantisse a sua imortalidade, que sobrevivesse a sua própria existência foi sufragada pela metafísica cristã e o desejo de salvar a alma na intimidade de suas orações.

A indiferença da era moderna pelas coisas terrenas, em consonância com o princípio cristão que voltava as atenções para o extra-sensorial, intensificou o uso e o gozo das coisas produzidas, reforçando a futilidade daquilo que é produzido. Nesse ponto, a opinião desse momento histórico sobre a esfera pública, é que a admiração pública poderia ser medida em proporções monetárias. “A admiração pública é também algo a ser usado e consumido; e o *status*, como diríamos hoje, satisfaz uma necessidade como o alimento satisfaz a outra: a admiração pública é consumida pela vaidade individual da mesma forma como o alimento é consumido pela fome.”¹⁵² A referência monetária passa a direcionar todas as relações firmadas na esfera pública, e a mortalidade buscada é controlada pelo valor alcançado no trabalho desenvolvido.

O que a vida pública oferece, e nem mesmo o mais amplo e irrestrito convívio familiar pode proporcionar é a exposição pública de um mesmo fato e a possibilidade de que seja visto por diversos ângulos, formando assim, a realidade do mundo.¹⁵³ Nesse sentido, Arendt, é colocada como uma das principais críticas da democracia representativa, sob a perspectiva que esse

¹⁵¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 65

¹⁵² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 66

¹⁵³ “Ser visto e ouvido por outros é importante pelo fato de que todos vêem e ouvem de ângulos diferentes. É este o significado da vida pública, em comparação com a qual até mesmo a mais fecunda e satisfatória vida familiar pode oferecer somente o prolongamento ou a multiplicação de cada indivíduo, com os seus respectivos aspectos e perspectivas.[...] Somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, numa variedade de aspectos, sem mudar de identidade, de sorte que os que estão à sua volta sabem que vêem o mesmo na mais completa diversidade, pode a realidade do mundo manifestar-se de maneira real e fidedigna.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 67

modelo contribuiu para a despolitização das sociedades conduzindo à inércia da ação política. Os partidos políticos, para Arendt, não oferecem adequadamente o espaço que foi suprimido na esfera pública, servindo, quando muito, para legitimar as oligarquias no poder, mediante a inteligente utilização dos meios midiáticos para manipulação de opiniões e posições políticas.¹⁵⁴

O modelo de partidos nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, analisados por Arendt em, *Da Revolução*, demonstram que, o máximo que os partidos podem proporcionar aos seus representados, é a viabilidade de seus interesses frente aos interesses dos outros grupos representados, mas jamais, fazer prevalecer suas ações ou opiniões, assim, dificilmente pode-se entender que o cidadão seja participante dos negócios públicos. O que se consegue nesse modelo, é apenas o bem-estar pessoal através força da chantagem, o que se encontrava na esfera privada e não deveria ter jungido à esfera pública. A palavra somente seria capaz de frutificar num espaço aberto e democrático, de verdadeiro embate na busca do interesse público, lugares em que não estão presentes estas características o que se tem são, nas palavras de Arendt, estados de ânimo.¹⁵⁵

Arendt, se coloca no lado contrário àqueles que vêem na natureza humana o ponto em comum entre os homens. Mais do que isso, o que importa, é que homens diferentes tenham interesse na preservação de um mesmo mundo em comum, respeitadas as diversas perspectivas possíveis de se ver esse mundo. As tiranias e as sociedades de massa, retiram do mundo comum muitos aspectos pelos quais ele se apresenta à pluralidade humana.

Em ambos os casos, os homens tornam-se seres inteiramente privados, isto é, privados de ver e ouvir os outros e privados de ser vistos e ouvidos por eles. São todos prisioneiros da subjetividade de sua própria

¹⁵⁴ ORTEGA, Francisco. *Para uma política da amizade: Arendt, Derrida, Foucault*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000. p. 19

¹⁵⁵ “As opiniões se formam num processo de discussão aberta e de debate público, onde não existe oportunidade para a formação de opiniões, o que pode haver são estados de ânimo – das massas ou dos indivíduos, esses não menos inconstantes e falíveis do que aqueles -, mas não opiniões. Dessa forma, o melhor que um representante pode fazer é agir como seus representados agiriam, se eles próprios tivessem a oportunidade de fazê-lo. [...] Em todos esses exemplos, o eleitor age impulsionado pelos interesses de sua vida privada e bem-estar pessoal, e o poder com que um chantagista força sua vítima à obediência do que ao poder que emerge da ação e deliberação conjugadas. ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. 1988. p. 214/215

existência singular que continua a ser singular ainda que a mesma experiência seja multiplicada por inúmeras vezes. O mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e só se lhe permite uma perspectiva.¹⁵⁶

Na atualidade, o que se verifica, é que a difusão dos limites entre as esferas pública e privada, confluindo para o social, trará uma sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais poderes, e, em consequência que, unicamente, pelo seu ponto de vista, sejam decididas ao mesmo tempo questões políticas e privadas – aquelas que se referem à administração do Estado e também as que se restringem à administração do lar (educação, sobrevivência, etc.).

Tratar de assuntos políticos por uma esfera não democrática, é impossível para constituição de cidadãos de ação e opinião. Requisito inafastável da política é a possibilidade de que um assunto possa ser visto e discutido sob diversos enfoques diferentes, o que impede sua redução a uma única esfera. “Sua teoria performativa da ação e sua visão agonística da política indicam antes uma ação política instantânea, múltipla: política como acontecimento e começo, como interrupção de processos automáticos.”¹⁵⁷ O esfacelamento da esfera pública ocorre, justamente, quando são suprimidas as diversas possibilidades pelas quais ela pode ser concebida e a deixam atrelada ao Estado ou qualquer outro espaço institucionalizado. Ação e discurso são elementos indispensáveis para constituição da esfera pública e colocam-se como condições para que o homem possa revelar sua identidade e autenticidade.

A era moderna como já demonstrado, também alterou a forma de aquisição e aplicação do poder, não admitindo a justificação de concessão divina ou argumentos transcendentais para seu exercício, nem mesmo admite-se, seguramente, a necessidade de forças externas para sua sustentação. Notadamente, a esse fenômeno, a era moderna propiciou um novo modelo de ciência normativa e jurídica, com a positivação do direito e a reivindicação pelo Estado do monopólio de sua aplicação.

¹⁵⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 67/68

¹⁵⁷ ORTEGA, Francisco. *Para uma política da amizade: Arendt, Derrida, Foucault*. 2000. p. 25

O que se percebe com o constante afastamento dos cidadãos da esfera pública, e a busca, no Estado-juiz, dos direitos e interesses pessoais, e não mais comuns, é o reflexo de uma das vertentes da crise de comunidades políticas fluídas totalmente no social, naquela estrutura organizacional onde não existe um interesse comum, e onde os cidadãos se distanciam dos centros de decisão do poder político. A solução de problemas políticos e sociais nas barras do Poder Judiciário, trouxe, em última instância sérios questionamentos quanto a legitimidade. “Isto significa admitir, ao menos tipificadamente, que os sistemas sociais perdem sua força integradora na medida em que os indivíduos não mais se sentem vinculados aos centros de decisão e não mais apóiam, nem tacitamente, suas diretrizes.”¹⁵⁸

Problematizar o local onde as decisões devem ser tomadas, para que sejam legítimas, assim entendidas, quando satisfaçam minimamente as expectativas de seus destinatários, é colocar frente a frente o direito e a política para redefinir seus espaços de atuação. Na esteira da teoria de Arendt, é sabido que as fissuras encontradas entre as práticas da era moderna e a incompatibilidade do desenvolvimento teórico de seu tempo, têm provocado grande instabilidade política e visível fragilidade dos ordenamentos jurídicos para protegê-la efetivamente. O desenvolvimento da atuação dos Poderes, e nele incluído o Poder Judiciário, tem se adaptado mais facilmente ao desenvolvimento tecnológico, que a própria garantia de expressão do poder legítimo. Como define Adeodato¹⁵⁹:

No âmbito especificamente jurídico-político, sem esquecer o evidente condicionamento ontológico entre direito, política, moral, religião e outros enfoques para conhecimento do social, existe crise quando não se sabe se as decisões tomadas pelo centro formal do poder – o poder anteriormente instituído no grupo – serão suficientes para dirimir os conflitos, sem comprometer o equilíbrio entre o ordenamento jurídico e a realidade político-social a que se refere.

¹⁵⁸ ADEODATO, João Mauricio Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 7

¹⁵⁹ ADEODATO, João Mauricio Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. 1989. p. 6

Atualmente, política e direito tomaram distanciamentos difíceis de superar, mas facilmente verificável o fechamento dos espaços abertos e democráticos de debate, para definição daquilo que é importante para o comum além dos interesses individuais de seus integrantes.

2.4 A ESFERA PRIVADA E O ESPAÇO DA ECONOMIA

Tomar a distinção entre o público e o privado sob a perspectiva deste, é avaliar aquilo que pode e deve ser mostrado em público, ou, ganhar a esfera pública por constituir interesse comum, e aquilo que pode e deve ser omitido, resguardado para o segredo dos lares. A concepção do termo privado é tomada em contraposição às múltiplas acepções possíveis para o termo público. Quando vive uma existência restrita ao conforto de seu lar, o indivíduo se priva das relações objetivas que resulta das inter-relações com seus pares. As relações dialógicas advindas do convívio público não podem ser suprimidas por uma vida tombada nos estritos limites do lar, e exclui a possibilidade de discursar e ouvir, e assim, realizar algo que permaneça após sua passagem pelo mundo. Nesse ponto, que o termo privado ganha o sentido próprio de privação.¹⁶⁰ No entanto, pelo simples fato de não ser exposto à publicidade da esfera pública, não reduz a importância de uma esfera privada, inclusive, para estabilidade do domínio político. “Existem, observa Hannah Arendt, traços do privado que foram historicamente encarados pelos gregos e pelos romanos como positivos e que, neste sentido, são independentes e antecedem à descoberta e à tutela da intimidade.”¹⁶¹

O afastamento dos homens das relações públicas na era moderna, principalmente verificado pelo fenômeno da solidão nas sociedades de

¹⁶⁰ “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. *A condição humana*. 1997. p. 68.

¹⁶¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1988. p. 237

massa, é acompanhado também pelo esfacelamento da esfera privada – o espaço sagrado do lar, garantidor da segurança e conquista do povo romano que entendia a necessidade de sua coexistência ao lado do público. No entanto, a preocupação de passar uma vida insignificante no lar, sem qualquer participação política na esfera pública, desapareceu com o advento da filosofia cristã, que insistia para que cada um se ocupasse das suas tarefas e preocupações no interior de suas casas, reservando a atuação política àqueles que se prestavam a fazer o bem comum.

A diferença de Marx e da filosofia cristã, de acordo com Arendt¹⁶², não se estende às suas concepções sobre a esfera pública, mas tão somente, à concepção que tinham da natureza humana. Tanto em Marx como na doutrina cristã a esfera pública retrocedeu e enxugou a atuação do governo até alcançar uma economia doméstica de proporções nacionais. Facilmente, se percebe que o declínio da esfera pública foi seguido pela queda da esfera privada.

Marx inverte a proposta aristotélica que guiou o lugar do trabalho e da política da Grécia antiga. Ciente do lugar privado que o trabalho ocupava, e que sua função era, essencialmente a de livrar o homem de suas necessidades e ascender à esfera pública, relegando ao desaparecimento do Estado e da política para substituí-los pela administração dos negócios. Duas conseqüências lógicas desse momento são percebidas por Arendt: por um lado, a transformação da esfera pública política em esfera privada, por outro, a colocação da propriedade como fonte de acúmulo de riquezas.¹⁶³ A própria concepção de homem para Marx se altera com essa ruptura de paradigma – a principal

¹⁶² “O que é impossível perceber de um ponto de vista ou de outro é que a <<decadência do estado>> de Marx havia sido precedida pela decadência da esfera pública ou, antes, por sua transformação numa esfera muito restrita de governo. Nos dias de Marx esse governo já começara a decair ainda mais, isto é, a ser transformado numa <<economia doméstica>> de dimensões nacionais, até que, em nossos dias, começa a desaparecer completamente sob a forma da esfera ainda mais restrita e impessoal da administração.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 70

¹⁶³ “Na sociedade ideal de Marx, pensa Arendt, os homens ocupariam seu tempo livre não coma discussão e a ação políticas, mas com a proliferação de *hobbies* privados, alusão ao idílio utópico de uma sociedade da abundancia em que os homens poderiam se dedicar à pesca, durante o dia, e à critica literária, à noite.” DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000. p. 82

característica humana sempre colocada no discurso, na ação e na sua capacidade racional, aloca-se, agora, também em sua força produtiva, ou, na sua capacidade de trabalho. “Para Arendt, Marx não mais define o homem como o *animal rationale* ou o *animal socialis* da tradição tomista, mas como um *animal laborans*, um ser do trabalho e para o trabalho.¹⁶⁴ Importante, livrar Arendt de um erro comum de interpretação da teoria marxista, a afirmação de que Marx negou a capacidade racional humana e concentrou-se no trabalho. Ao contrário de toda a tradição, o que Marx pensou, de acordo com Arendt, é que a capacidade racional do homem somente se perfaz na materialização do trabalho, enquanto atividade vital da espécie humana.

Os conflitos dessas transformações refluíram para discutir o lugar da propriedade privada em relação ao próprio termo “privado”. Antes da era moderna, a propriedade privada não tinha a conotação de riqueza, e muito menos, tinha oposição direta com a esfera pública, era antes, indispensável para estabilidade dessa. Inicialmente, a propriedade significava tão somente que o indivíduo tinha um lugar no mundo que lhe proporcionava segurança e superação das agruras da sobrevivência, assim, permitindo seu sobressalto para ser admitido no desfrute da liberdade junto com seus pares na esfera pública. Como afirma Arendt¹⁶⁵:

O atual surgimento, em toda parte, de sociedades real ou potencialmente muito ricas, nas quais ao mesmo tempo não existe propriedade, porque a riqueza de qualquer um dos seus cidadãos consiste em sua participação na renda anual da sociedade como um todo, mostra claramente quão pouco essas duas coisas se relacionam entre si.

A prova de que a riqueza não se vinculava com a aquisição da cidadania ou a aproximação teórica do conceito de propriedade é que, estrangeiros ou escravos ricos não poderiam ascender à esfera pública, mesmo detentores de grandes propriedades ou riquezas. A propriedade, nesse momento, ocupava o lugar das coisas ocultas – juntamente com o nascimento e a morte -, e por isso deveria ser mantida na privatividade do lar, e alcançava o *status* de

¹⁶⁴ DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000. p. 83

¹⁶⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 71

sagrado, na medida em que os homens não entendiam como se dava o seu fenômeno.

A aparência de oculto dessas esferas é que, segundo Arendt, era importante para a cidade. A lei reservava-se a definir os limites entre essas esferas. Enquanto o lar garantia o processo biológico da sobrevivência e do labor, a lei, ainda que não fizesse parte da ação política, definia os muros dessa ação.¹⁶⁶

Desta forma, é engano afirmar que a propriedade era fator indispensável para inclusão na vida política. A propriedade tinha muito mais do que essa função, era indispensável para sobrevivência e superação das necessidades, e assim, permitir que o homem livre de suas necessidades participasse da vida livre da *polis*. Porém, jamais nesse período, o conceito de propriedade esteve vinculado ao valor da propriedade enquanto significado de riqueza.¹⁶⁷

2.5 A ERA MODERNA E O SOCIAL

Conforme visto anteriormente, a ascensão da preocupação pública com a propriedade foi fator determinante para a solidificação do que se denominou de social. Note-se bem, que neste momento, propriedade não é mais compreendida no sentido dos antigos, como o lugar no mundo indispensável para

¹⁶⁶ “A lei da cidade-estado não era nem o conteúdo da ação política (a idéia de que a atividade política é fundamentalmente o ato de legislar, embora de origem romana, é essencialmente moderna e encontrou sua mais alta expressão na filosofia política de Kant) nem um catálogo de proibições, baseado, como ainda o são toda as leis modernas, nos <<Não farás>> do Decálogo. Era bem literalmente um muro, sem o qual poderia existir um aglomerado de casas, um povoado (asty), mas não uma cidade, uma comunidade política. Essa lei de caráter mural era sagrada, mas só o recinto delimitado pelo muro era político.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 73

¹⁶⁷ “Caso o dono de uma propriedade preferisse ampliá-la ao invés de utilizá-la para viver uma vida política, era como se ele espontaneamente sacrificasse a sua liberdade e voluntariamente se tornasse aquilo que o escravo era contra a sua vontade, ou seja, um servo da necessidade.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 75 “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 contrário, sacrificava-a sempre que ela entrava em conflito com o acúmulo de riqueza. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 76/77

se libertar das necessidades e agruras humanas e viver a liberdade com seus pares na esfera pública, aqui, ela é tomada como sinônimo de riqueza, e o que os burgueses fazem, é buscar seu acúmulo, entendendo indispensável para isso, a proteção da esfera pública. Esta uma das importantes rupturas de paradigma desse momento histórico, quando, ao invés de arrogarem-se o direito de participar da esfera pública pela aquisição da propriedade, a burguesia prefere, utilizá-la como sustentáculo para que continuem acumulando riquezas. Não se trata de uma mudança inocente, já que alterou a própria concepção que se tem do mundo – no momento em que a riqueza tomou a esfera pública, o mundo tornou-se instável e consumível, findável com seu proprietário. “Somente quando a riqueza se transformou em capital, cuja função única era gerar mais capital, é que a propriedade privada igualou ou emulou a permanência inerente ao mundo compartilhado por todos.”¹⁶⁸

A riqueza por aparentar ser comum pode trazer a falsa impressão que se constituiu uma nova esfera pública. No entanto, a riqueza permanece privada e, em comum, os proprietários apenas mantêm um governo que os separe e garanta a segurança na competição por mais riqueza, portanto, sem qualquer interesse pelos assuntos da política. Arendt, quando se refere ao governo, aponta sua contradição óbvia:

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.¹⁶⁹

As conseqüências óbvias dessas transformações foram que, a esfera pública se submeteu completamente à esfera privada, enquanto esta, tornou-se a única preocupação da esfera pública. Dessas constatações, Arendt tira duas importantes observações: a primeira, é o perceptível surgimento da intimidade como resgate do sentido perdido da esfera privada, ou seja, a busca

¹⁶⁸ Segue ainda Arendt: “Essa permanência, contudo, é de outra natureza: é a permanência de um processo e não a permanência de uma estrutura estável. Sem o processo de acumulação, a riqueza recairia imediatamente no processo oposto de desintegração através do uso e do consumo.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 79

¹⁶⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 79

de um local onde os sentimentos possam ser preservados das luzes do público; segundo, é a construção moderna na obra de Marx, da “força de trabalho”, concebida como propriedade, porém, em contradição com seu conceito tradicional, agora, uma propriedade móvel, fungível e transformada em pecúnia.¹⁷⁰ A filosofia política moderna, parece ter acompanhado esse conceito de propriedade, como se verifica na obra de Locke, citado por Arendt¹⁷¹, como um dos indícios dessa nova concepção da origem da propriedade, como resultante das mãos do próprio homem.

Os mais evidentes resultados dessa transformação são, em primeiro lugar, que a necessidade ascende à prioridade da sociedade para qual a propriedade serve, e de outra forma, garante, na filosofia política desse período, os malefícios sociais da apatia para um grande desenvolvimento da riqueza; em segundo, que o homem perde o espaço somente seu; o local onde se esconde da publicidade e do risco de uma vida superficial. Nesse ponto, Arendt¹⁷² choca-se frontalmente a filosofia de Locke, que exige a propriedade como indispensável para uma vida com valor.

Quando conjuga as principais características da *vita activa* – labor¹⁷³, trabalho¹⁷⁴ e ação¹⁷⁵ – Arendt, ressalva, a importância de se manter os firmes limites entre a esfera pública e privada, mormente, quando, antes da era moderna, visualiza-se, facilmente, que cada uma daquelas características tinha seu lugar no mundo. Não se trata de dizer que somente o que está em público é

¹⁷⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 80

¹⁷¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 80

¹⁷² “[...] as nossas posses particulares, que usamos e consumimos diariamente, são muito mais urgentemente necessárias que qualquer parte do mundo comum; sem a propriedade, como disse Locke, <<de nada nos vale o comum>>.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 81.

¹⁷³ “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*. 1997. p. 15

¹⁷⁴ “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. *A condição humana*. 1997. p. 15

¹⁷⁵ 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. *A condição humana*. 1997. p. 15

que merece importância e atenção para o melhor desenvolvimento humano.¹⁷⁶ Resta sim, em sua teoria como indiscutível, que cada uma das condições humanas, para que exerça sua função na vida do indivíduo seja mantida ou sobre a sombra da esfera privada ou exposta às luzes da esfera pública.

Uma das principais conseqüências do surgimento do social é a constituição das massas. Esse novo modelo de organização da sociedade, conglomera multidões sem qualquer interesse em comum ou aptidão política. “Potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder do voto.”¹⁷⁷ O traço inconfundível da definição das massas, é que o agrupamento de pessoas que se forma não tem qualquer interesse em comum, mostrando-se, mesmo individualmente, indiferentes a si mesmos.¹⁷⁸ As massas, produto de fácil maleabilidade para os regimes totalitários, traz o sentimento de ser dispensável num mundo em que prevalece a ruptura e a indiferença com o senso comum e a preocupação com os interesses públicos. Nesses modelos, não são aplicáveis as distinções básicas da filosofia política quanto a forma de governo em oligarquia, monarquia, aristocracia ou democracia. É necessário, segundo Arendt, acrescentar uma última e mais eficiente forma de dominação representada pela burocracia, “ou o domínio de um sistema intrincado de departamento nos quais nenhum homem, nem um único nem os melhores, nem a minoria, pode ser tomado como responsável, e que deveria mais propriamente chamar-se domínio de Ninguém.”¹⁷⁹

¹⁷⁶ “Embora a distinção entre o privado e o público coincida com a oposição entre a necessidade e a liberdade, entre a futilidade e a realização e, finalmente, entre a vergonha e a honra, não é de forma alguma verdadeiro que somente o necessário, o fútil e o vergonhoso tenham o seu lugar adequado na esfera privada. O significado mais elementar das duas esferas indica que há coisas que devem ser ocultadas e outras que necessitam ser expostas em público para que possam adquirir alguma forma de existência. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 83/84

¹⁷⁷ ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. Comentários presentes em DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000. p. 48

¹⁷⁸ “A massa é, portanto, um agregado numeroso de indivíduos atomizados, quer dizer, individualizados e isolados em função da dissolução das relações sociais costumeiras. Estes indivíduos são também desenraizados, ou seja, destituídos de referências comuns, permanecendo alheios a qualquer interesse, seja ele comum ou próprio.”

¹⁷⁹ “Se, de acordo com o pensamento político tradicional, identificarmos a tirania com o governo que não presta contas a respeito de si mesmo, então o domínio de Ninguém é claramente o mais tirânico de todos, pois aí não há ninguém a quem se possa questionar para que responda pelo que está sendo feito. É este estado de coisas, que torna impossíveis a localização da responsabilidade

O impacto visível desse processo de transformação das relações entre o público, o privado e o social e suas expressões na ação, fabricação e trabalho é, nas sociedades de massa, a fixação da instrumentalidade e do consumo como fonte básica de relacionamento com o mundo. “A era moderna é, para Hannah Arendt, mais adequadamente pela alienação em relação ao mundo: no duplo sentido do abandono da Terra em direção ao universo e abandono do mundo em direção ao seu interior.”¹⁸⁰ Bem definido por Arendt, é a própria perda do mundo, percebida, principalmente com os três eventos que marcaram a modernidade – a chegada dos europeu à América, a Reforma Protestante e a invenção do telescópio.

Em cada espaço próprio de conhecimento os três eventos modernos apontados por Arendt, permitiram um distanciamento cada vez maior do homem em relação a terra, ao passo que o tornou introspecto, preocupado com suas próprias angústias e indiferente ao comum.¹⁸¹ Por outro vértice, “[...] nada que possa ser medido pode permanecer imenso; toda medição reúne pontos distantes e, portanto, estabelece proximidade onde antes havia distância.”¹⁸² Essa possibilidade de ter o universo próximo dos olhos foi propiciada pelo telescópio e a partir daí, se estabelece um novo paradigma, o de que a movimentação corporal na terra obedece as leis exatas que regem os corpos celestes, o que justificaria o estabelecimento da matemática como a principal ciência da era moderna, já que produz suas leis através da própria mente sem a necessidade de qualquer estímulo externo a não ser a si mesma.

e a identificação do inimigo, que está entre as mais potentes causas da rebelde inquietude espraiada pelo mundo de hoje, da sua natureza caótica, bem como da sua perigo tendência para escapar ao controle e agir desesperadamente.” ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 33

¹⁸⁰ CORREIA, Adriano. *O deságio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. in MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 227.

¹⁸¹ “A chegada a América teria promovido uma ampliação do espaço e um encurtamento da distância (na relação das pessoas entre si e com o espaço terrestre), ao passo que a invenção do telescópio teria lançado a humanidade para a descoberta para além dos limites da terra. A Reforma, por outro lado, teria levado a cabo a alienação em direção a um mundo interior, coroando a desterritorialização com a universalização do indivíduo humano enquanto ser racional.” CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. In MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 227/228

¹⁸² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 262

Não é de ser esquecido como demonstra Arendt, que a era moderna e as conseqüências de seus eventos, não são frutos do pensamento filosófico da época, e sim, da própria ciência¹⁸³. Os métodos científicos advindos, basicamente, dos sentidos e da razão tornam-se insuficientes para satisfazer a dúvida cartesiana. “Através da matemática se reduziu tudo o que está para além do homem à estrutura da sua própria mente e simultaneamente se instaurou o ambiente de suspeita e desespero advindo da constatação da impotência dos sentidos ante a regra única que guia tanto o universo quanto o mundo da ação e do pensamento.”¹⁸⁴ Da doutrina de Descartes, o que resta indubitável ao homem é o estabelecimento da dúvida em sua mente, e esta constatação, aproxima inexoravelmente certeza e introspecção. Essa certeza é assegurada pelo fato de que em sua produção somente interveio o seu produtor.¹⁸⁵

O que Descartes fez, foi transferir o ponto arquimediano de conhecimento do homem de fora da Terra, para dentro de sua própria mente, resultando, na confiança do homem somente nos processos que produzisse e controlasse.¹⁸⁶ A conseqüência imediata, que trouxe a segurança buscada pela teoria de Descartes, após o assombro da descoberta de Galileu, é que a transferência do ponto de vista arquimediano, para um processo mental que reduz o conhecimento às equações matemáticas substituindo a fragilidade das impressões trazidas pelos sentidos a relações lógicas entre símbolos criados pelo

¹⁸³ “Como dissemos acima, não são idéias, mas eventos que mudam o mundo: o sistema heliocêntrico, como idéia, é tão velho quanto a especulação pitagórica e tão persistente em nossa história quanto as tradições platônicas, e nem por isso jamais mudou o mundo ou a mente humana.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 262

¹⁸⁴ CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. In MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 228

¹⁸⁵ “De fato, a introspecção – não a reflexão da mente do homem quanto ao estado de sua alma ou do seu corpo, mas o mero interesse cognitivo da consciência em relação ao seu próprio conteúdo (e esta é a essência da *cogitatio* cartesiana, onde cogito sempre significa cogito me cogitare) – deve produzir a certeza, pois na introspecção só está envolvido aquilo que a própria mente produziu; ninguém interfere, a não ser o produtor do produto; o homem vê-se diante de nada e de ninguém a não ser de si mesmo.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 293

¹⁸⁶ “Se o Ser e a Aparência estão definitivamente separados – e este, como observou Marx certa vez, é realmente o pressuposto básico de toda a ciência moderna -, então nada resta que possa ser aceito de boa fé; tudo de vê ser posto em dúvida.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 287

próprio homem. “E o pressuposto é que nem um Deus nem um mau espírito pode alterar o fato de que dois e dois são quatro.”¹⁸⁷

O que traz importantes transformações para a constituição política da era moderna, é a alteração que esse novo modelo de ciência proporcionou na estruturação da *vita activa*, com a supremacia do *homo faber* num espaço antes reservado à contemplação. “O progresso da ciência depende cada vez mais do gênio experimental do cientista aliado ao avanço da tecnologia, e a partir daí conhecer e fazer uso de instrumentos passaram a ser momentos complementares.”¹⁸⁸ Essa postura está em consonância com sua nova convicção de que somente estará seguro em processos por ele mesmo provocados.

Inicia-se uma nova concepção da própria convicção do *homo faber*, assumindo o processo de fabricação como etapa mais importante que o próprio produto final alcançado. Como comenta Correia¹⁸⁹, ao falar da modernidade na obra de Arendt:

Vai haver uma inversão dentro da *vita activa*, pois a cientificação da política passa pela valorização do homem como construtor e fabricante, prerrogativas do *homo faber*. Em conseqüência, a preocupação do conhecimento irá voltar-se para o ‘como’ e não mais para ‘o que’, isto é, a história tornou-se objeto da ciência, à medida que é a noção de Processo que passa a fornecer ao fabricante a possibilidade de repetir na experimentação.

A era moderna passa a ser caracterizada, principalmente, pela presença em sua constituição das atitudes típicas do *homo faber*, como sua instrumentalização do mundo e a confiança e valorização na produtividade do fabricante de objetos artificiais; a presunção de reduzir todas as questões sobre o princípio da utilidade; a idéia de que o mundo se constitui em matéria prima, manipulável e transformável pela vontade humana; seu desprezo pelo pensamento que não gere, imediatamente, um processo de fabricação de coisas artificiais, e por fim, sua constante identificação da ação com a fabricação.

¹⁸⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 297

¹⁸⁸ CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. In MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 230

¹⁸⁹ CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. In MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 231

O final da ruptura da superioridade do paradigma da *vita contemplativa* e da inversão entre a compreensão entre ação e fabricação é a vitória do *animal laborans* sobre o *homo faber*. A compreensão da difusão dos conceitos do *labor* e da fabricação na era moderna é indispensável para chegar-se à sua base teórica.¹⁹⁰ A durabilidade e a estabilidade das coisas que estão no mundo são frutos da fabricação, enquanto resultado da atividade do *homo faber* de trabalhar sobre materiais. Em sentido diverso, a atividade do *homo laborans* não é distinguível dos materiais, se consumindo no próprio processo vital. “A diferença entre fabricação e trabalho é análoga à que se dá entre o uso e o consumo, entre o desgaste e a destruição.”¹⁹¹

Embora o produto da fabricação sofra os desgastes naturais de sua utilização, ele goza de certa durabilidade, ao contrário do fruto do trabalho que se consome no próprio processo de produção. Neste caso, identifica-se algum tipo de estabilidade somente no próprio processo para sua realização. A fabricação é capaz de oferecer alguma estabilidade ao mundo, na medida em que, estabelece uma relação de objetividade do homem com as coisas que o rodeiam, quando este vê presente algo invariável, permitindo sua identificação com o objeto. Um mundo, sem a presença da fabricação, destinado somente ao consumo e sem qualquer presença do uso, fará com que o homem dissolva sua subjetividade nas coisas e a objetividade do mundo em sua consciência, quando percebe que as coisas existem independente e para além de seu produtor. “A subjetivação da época moderna pode ser explicada pelo fato de que quase toda obra (*work*) passa a ser executada sob a forma de trabalho (*labor*).”¹⁹²

Se o sentido de uma atividade se revela em seu fim, como afirma Arendt, é desastroso que num mundo estritamente utilitário, a relação

¹⁹⁰ “Mesmo Hannah Arendt reconhece quão inusitada, tendo como referência a tradição pré-moderna do pensamento político e as teorias do trabalho, é a sua distinção entre *labor* (trabalho) e *work* (obra ou fabricação).” CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. In MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 232

¹⁹¹ CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. In MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 233

¹⁹² CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. In MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 233

meio-fim, se torne interminável, pois a curta duração dos resultados, transforma-se no começo para um novo processo, tornando as cadeias meios e fins infundáveis. Numa sociedade em que o produto permanece como objeto de uso, este, naturalmente, se converterá num meio, e assim, estabelecendo o ciclo indicado. “Quando a utilidade é promovida a fonte de significação, gera a ausência de significado, uma vez que no mundo do *homo faber*, por todos os fins se converterem em meios, os significados são alterados, e estes se definem precisamente por sua relativa permanência.”¹⁹³

Com a instrumentalização pelo *homo faber* e a redução de todas as coisas ao processo de meios e fins, elas perdem o seu significado e valor intrínseco. Decorrência dessa alteração, é que enquanto o *homo faber* especializa seu repertório de instrumentos para serem usados, o *animal laborans*, apropria-se desses instrumentos com vistas a aumentar sua fertilidade natural e gerar maior número de bens de consumo, no que, os únicos elementos duráveis são os instrumentos utilizados. O que sustentava Marx, segundo Arendt¹⁹⁴, era a crença de no futuro as horas vagas conseguidas pelos movimentos dos trabalhadores, faria com que os operários voltassem suas atenções para atividades superiores, como óbvia consequência da necessidade de utilizar-se a energia produtiva em outras atividades. Atualmente, de acordo a autora, vemos quão ingênuo foi Marx. O homem operário produzido pela era moderna gasta seu tempo no consumo, e a ânsia de consumir é sempre proporcional ao tempo que dispõe para o lazer. Decorrência disto, é que o consumo superou o objetivo de suprir as necessidades da vida para garantir-lhe também o supérfluo, e o grave perigo das sociedades de massa “[...] é que chegara o momento em que nenhum objeto do mundo estará a salvo do consumo e da aniquilação através do consumo.”¹⁹⁵

¹⁹³ CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. In MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 234

¹⁹⁴ Para Arendt, “O modelo que inspirava esta esperança de Marx, era sem dúvida, a Atenas de Péricles que no futuro, graças ao vasto aumento da produtividade do trabalho humano, prescindiria de escravos para sustentar-se e tornar-se-ia realidade para todos.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 146

¹⁹⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 146

O que se evidencia é que na atividade do *animal laborans*, ao contrário do *homo faber*, é a ausência de distinção entre o processo e o fim almejado. No trabalho, o homem é o instrumento de construção e a emergência da mecanização apenas substitui o ritmo do corpo humano. Mas o *homo faber* inventou os instrumentos para construir um mundo e não para servir ao processo vital humano. “A questão que se coloca, segundo Hannah Arendt, não é se somos senhores ou escravos das máquinas, mas se elas servem ao mundo e às coisas ou aos processos automáticos que passaram a dominar e mesmo a destruir o mundo e as coisas.”¹⁹⁶ Os objetos ganham a forma das máquinas e perdem sua essência de utilidade ou beleza, para reduzirem-se à função operacional. Nesse quadro, para Arendt, conclui-se que a era moderna, ainda que tenha erigido o trabalho como fonte de todos os valores, não foi capaz de apresentar a distinção básica entre o trabalho de nosso corpo e o produto de nossas mãos, limitando-se a distinção entre trabalho produtivo e improdutivo.

A causa primeira desse fenômeno que promoveu a transformação de toda obra em trabalho, é possível de ser encontrada na inclusão de todas as atividades essenciais para o processo vital como preocupações únicas da esfera pública, formando a esfera denominada de social. Evidentemente, que numa sociedade “socializada” e de operários, a antiga distinção entre trabalho e labor perde seu significado, já que todas as funções estão destinadas à satisfação do processo vital. O cuidado com o produto durável de sua criação, característica básica do homem fabricante, foi perdido na futilidade e transitoriedade da obra do *animal laborans*, que não tem compromisso com sua criação para além do consumo. Esse novo paradigma humano, o *animal laborans*, ainda que não esteja fora do mundo, não se sente dentro dele pois permanece escravizado à satisfação de suas necessidades. A crença na realidade do mundo somente é alcançada quando nos deparamos com um mundo que gere permanência para além de nossa própria existência. O fenômeno das massas, demonstra a alienação política desse período histórico, momento em que

¹⁹⁶ CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. In MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 235

os indivíduos estão completamente alheios a qualquer relação discursiva ou interesse político em comum.

Para Arendt, é incontestável nesse processo que o *animal laborans* foi admitido como senhor da esfera pública, o que impede que esta exista de forma plena, mas presenciemos somente a exposição pública de problemas privados.

O resultado é aquilo que eufemisticamente se chama cultura de massas; e o seu profundo problema é a infelicidade universal, devida, de um lado, à perturbação do equilíbrio entre o trabalho e o consumo e, de outro, à persistente exigência do *animal laborans* de perseguir uma felicidade que só pode ser alcançada quando os processos vitais de exaustão e regeneração, de dor e de alijamento da dor, estão em perfeito equilíbrio.¹⁹⁷

A exigência universal de felicidade, num mundo em que ela se torna cada vez mais escassa, condiz com uma sociedade operária que precisa consumi-la diariamente, pois somente o *animal laborans*, tem essa preocupação, ausente do artífice ou no homem de ação, que nunca tiveram a pretensão de ser felizes num mundo mortal. A sociedade de massas, fundada numa economia de desperdício, onde todas as coisas são criadas e devoradas instantaneamente, impedem o fim do processo e mantém sua circulação.

A elevação do trabalho como fonte do debate da esfera pública, consistiu na promoção dos assuntos privados como sua preocupação, e como estes estão intrinsecamente ligados à sobrevivência, temos que, a esfera pública passou à albergar exclusivamente o debate econômico. “O desaparecimento da esfera pública tem como conseqüência o predomínio de um modelo de sociedade que impõe conformidade e isolamento, o cumprimento de comportamentos predizíveis e o estabelecimento de uma forma burocrática de governo: a sociedade de massas.”¹⁹⁸ Sobressai desse modelo de constituição social, que as pessoas não acreditam ter nada em comum a não ser sua própria constituição física e necessidades orgânicas. Outra importante constatação de Arendt, é que a emancipação foi do próprio trabalho, em relação as demais

¹⁹⁷ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 146

¹⁹⁸ CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. in MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 239

atividades da *vita activa*, e não do trabalhador como pretendiam os teóricos modernos, como Marx. O risco apontado pela Autora, é que a emancipação do trabalho ao invés de promover a autonomia do sujeito e liberá-lo da necessidade vai torná-lo ainda mais sujeito a ela, pois, quando os livrar do trabalho os escravizará no consumo. O paradoxo apontado por Arendt, é a possibilidade “de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, isto é, sem a única atividade deixada a eles. Seguramente nada poderia ser pior.”¹⁹⁹ A grave constatação das sociedades de massa, é que não se constrói um mundo com base no consumo, mas em coisas para serem usadas, e portanto, com certa durabilidade. A alienação dos indivíduos do próprio processo em que estão envolvidos, poderá obliterar a consciência da futilidade do mundo que construíram, que gerou a perda do senso comum e o desprezo da esfera pública política.

¹⁹⁹ ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. p. 5 citada por: CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. in MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. 2001. p. 240

CAPÍTULO 3

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

3.1 POLÍTICA E JUDICIÁRIO: AS NOVAS FACES DA ESFERA PÚBLICA

Na Constituição Federal de 1988, inseriu-se a previsão de um extenso rol de legitimados para o controle abstrato da constitucionalidade das leis. Esta situação fez o país se aproximar do que vem se denominando de judicialização das relações políticas, quando através da formação de uma comunidade de intérpretes da constituição se permite o controle da vontade do soberano.

A proposta neste capítulo, seguindo a ordem estabelecida neste trabalho, é avaliar esse fenômeno a partir dos conceitos de poder, política e consenso obtidos na obra de Hannah Arendt.

Tenta-se contrastar as atuações dos tribunais contemporâneos, guiados pelo que se define como ativismo judicial para se firmar como intervencionistas nas atuações dos demais poderes. Nesse controle da constitucionalidade da legislação, se discute a conveniência de um Tribunal Constitucional com força vinculativa em decisões classicamente reservadas para o debate aberto e plural da esfera pública.

Aliás, pluralidade e liberdade de expressão são os pressupostos de constituição de uma esfera pública onde se queira a concretização da política, segundo a construção teórica de Hannah Arendt.

A teoria constitucional tem se debatido em torno de dois eixos: o procedimentalismo²⁰⁰ e o substancialismo²⁰¹, que se opõem quanto à posição dos Tribunais Constitucionais nas sociedades atuais.

²⁰⁰ “O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação política e do direito à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos

Nesse caminho, o debate proposto neste capítulo é acerca da conveniência e possibilidade de formação legítima de uma esfera pública judicial, em substituição as tradicionais arenas de debate político.

3.2 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: ATIVISMO JUDICIAL, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E OS TRIBUNAIS CONTEMPORÂNEOS.

A presença do Poder Judiciário com maiores poderes de controle sobre os demais poderes republicanos, tem sido material germinante para diversos estudos transdisciplinares nas ciências sociais. A problematidade da invasão das ordens vinculantes dos Tribunais sobre a vida social e política tem aferrecido o debate sobre a relativização da separação dos poderes, e por outro lado, criou um novo espaço de debate público institucionalizado longe dos clássicos espaços de debate político.

No cerne deste fenômeno está o novo ativismo judicial, favorecido nos sistemas de *common law* pelo fomento da criatividade judicial, e nos sistemas continentais pela configuração de um novo sistema constitucional firmado estruturalmente por princípios fundamentais abertos e a delimitação de objetivos ao novo Estado social desejado. Isso culminou com a abertura do espaço da interpretação constitucional, “já sendo possível falar em um ‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’.”²⁰² O sistema de *common law*, especialmente pela tradição republicana dos Estados Unidos da América, trouxe

surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito.” STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41/42

²⁰¹ “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maioria eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.” STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2004. p. 45

²⁰² CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 18

importante contribuição para o processo de tribunalização da política, através do princípio do *judicial review*, já qualificado como a grande contribuição do sistema jurídico americano para a teoria política. Mesmo diante da inexistência de previsão expressa na Constituição norte-americana para o controle pelo Poder Judiciário da constitucionalidade das leis, reconhece-se o pioneirismo do país no *judicial review*, no entanto, permanece em aberto os limites desejáveis dessa intervenção judicial.²⁰³

Em todos os sistemas que se olhe, o aumento vertiginoso da justiça no ambiente decisório político tem a ambivalente intenção de assegurar os valores fundamentais inscritos nas Constituições ao passo que também busca a concretização dos princípios sociais abraçados pelo texto constitucional. É nesse ponto, que parece emergir forte tendência à normatização de direitos indisponíveis e difusos e o reforço das instituições da Magistratura e do Ministério Público para reprimir os crimes definidos como políticos ou a formalização de algum tipo de Tribunal supranacional.

A preocupação comum nos textos que discutem esse novo fenômeno trata de definir os limites da intervenção do “poder” do direito em substituição ao consenso obtido pela política. Seria condenar a política ao fim e reconhecer a supremacia da força jurídica?²⁰⁴ Indiscutivelmente, sistemas democráticos que não tem capacidade de discernimento entre o que é jurídico e o que é político, correm o risco de cair em autoritarismos, porém, não podemos nos deparar ingênuos frente a supremacia exercida pelo Poder Judiciário, frente aos demais poderes e a conseqüente alienação política que pode estar sendo causada por este fenômeno.

²⁰³ MELO, Manuel Palacios Cunha. *A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil*. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 67

²⁰⁴ “Falar de um processo de judicialização da política, de outra parte, evoca necessariamente algumas indagações. Há relação entre a ‘força do direito’ e o tão propalado ‘fim da política’? As democracias marcadas pelas paixões políticas estão sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras? Uma idade racional do direito sucede a uma idade teológica da política? Parece razoável afirmar que não. Confundir a política com o direito é certamente um risco para qualquer sociedade democrática.” CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: 2002. p. 18

O que se firmou com os novos modelos constitucionais, é uma comunidade aberta de intérpretes com vistas a democratizar o processo de hermenêutica, abrindo-o a todas as forças públicas e poderes envolvidos como forma de garantir sua concretização. “Parece não restar dúvida de que esta concepção de ‘comunidade de intérpretes da Constituição’ está inequivocamente associada a um processo de democratização da hermenêutica constitucional e, nesta perspectiva, exige uma cidadania ativa que, por esta via, *concretiza* ou *realiza* a Constituição.”²⁰⁵ A proposta da doutrina constitucional com o alargamento do círculo hermenêutico, é sem dúvida, garantir a concretização material e não somente formal, do princípio da igualdade. Admitir uma interpretação aberta do texto constitucional, é interagir com diversos elementos extranormativos angariados nos subsistemas sociais, de forma a adequá-la a realidade. “A tarefa do intérprete só terá sucesso [...] se o texto constitucional admitir interpretações abertas e diferentes, permitindo diversas leituras legítimas, suscetíveis de ser adaptadas às contínuas mudanças sociais.”²⁰⁶

A Constituição Federal de 1988 é fruto de grande conjunção entre a sociedade e a esfera política. Os movimentos sociais anti-autoritarismo a partir da década de 70, com mais força nos anos 90, buscaram a afirmação dos direitos humanos e o desenvolvimento dos direitos econômicos e sociais. Os problemas políticos foram codificados e ganharam estrutura normativa de princípios, com normas assecuratórias de seu cumprimento. Uma análise dos princípios e fundamentos da Constituição Federal de 1988, demonstra que a inserção da dignidade humana e do pluralismo político como seus fundamentos (art. 1, incisos II, III e V), e a concretização de seus objetivos fundamentais de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais, requer um esforço teórico e interpretativo para garantir-lhe a idéia de sistema. Nas seguras palavras de Cittadino²⁰⁷:

²⁰⁵ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 24

²⁰⁶ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2 ed. São Paulo: 2005. p. 15

²⁰⁷ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 27

Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direito constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo democrático brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*, rompendo com a tradicional cultura jurídica.

A doutrina constitucional que se firmou com a Constituição Federal de 1988, voltou-se ao mesmo tempo contra o sistema jurídico brasileiro enquanto marcadamente positivista e o constitucionalismo liberal que orientava o país²⁰⁸. A perspectiva era garantir juntamente com os direitos individuais de defesa, a implementação dos direitos sociais econômicos, o que importava, necessariamente, romper com a autonomia eminentemente privada que guiava o ordenamento jurídico até aquele momento.

A posição da nova doutrina constitucional passa a falar em *constituição dirigente*²⁰⁹ e *constituição aberta*²¹⁰, buscando, no primeiro caso, romper com a idéia de que a constituição é um complexo de garantias para limitar a atuação do poder público para colocar a proposta de uma constituição garantia. No segundo caso, advogam um ordenamento jurídico que sobreleva os valores do ambiente sociocultural com a abertura do texto constitucional. Nesse mesmo contexto, é possível falar de *constitucionalismo comunitário e societário*, que

²⁰⁸ Nesse sentido, CITTADINO, Gisele; SILVA, José Afonso; BONAVIDES, Paulo.

²⁰⁹ “Ao utilizar a expressão ‘Constituição Dirigente’ (dirigierende Verfassung), Peter Lerche estava acrescentando um novo domínio aos setores tradicionais existentes nas Constituições. Em sua opinião, todas as Constituições apresentariam quatro partes: as linhas de direção constitucional, os dispositivos determinadores de fins, os direitos, as garantias e repartição de competências estatais e as normas de princípio. No entanto, as Constituições modernas se caracterizariam por possuir, segundo Lerche, uma série de diretrizes constitucionais que configuram imposições permanentes para o legislador. Estas diretrizes são o que ele denomina de ‘Constituição Dirigente’. Pelo fato de a ‘Constituição Dirigente’ consistir em diretrizes permanentes para o legislador, Lerche vai afirmar que é no âmbito da ‘Constituição Dirigente’ que poderia ocorrer a discricionariedade material do legislador.” BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Constituição Dirigente*. in BONAVIDES, Paulo (et. al). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 242

²¹⁰ “Este ponto de partida carece de <<descodificação>>: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2003. p. 1159

compreende a constituição como conjunto de valores que na relação jurídica analisa a totalidade da vida coletiva. “As Constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, abrem-se a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais).”²¹¹ A Constituição Federal de 1988, fixou o direito à segurança jurídica, não somente aos direitos individuais de liberdade, mas também, quanto à efetivação dos direitos sociais, consagrados pela cláusula de proibição de retrocesso.²¹² O fortalecimento do Poder econômico na atualidade, tem fragilizado as instituições de segurança social do Estado Social, pela necessidade de adequação de seus valores a uma sociedade de valores cambiantes. A cláusula de proibição de retrocesso se consolidou a partir da concretização que os direitos sociais obtiveram como direitos subjetivos a prestações do Estado que fulminam de inconstitucionalidade todas as normas que pretendam reduzir os padrões de prestações já adquiridos na comunidade constitucional. Nesse sentido se posiciona Sarlet²¹³, ao falar dos direitos sociais como:

[...] direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito) [...]

²¹¹ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 29

²¹² “O ponto de partida de uma fundamentação constitucional [...] de uma proibição de retrocesso encontra-se diretamente conectado às contradições inerentes ao próprio Estado Social e Democrático de Direito, especialmente no âmbito da crise de efetividade e identidade pela qual passam tanto o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais [...]. Com efeito, seja em virtude do incremento dos níveis de exclusão sócio-econômica e da implantação, em maior ou menor escada daquilo que Boaventura Santos designou de ‘fascismo societal’ em todo o planeta [...] certo é que hoje, a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado Social e Democrático de Direito – e, conseqüentemente, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social- constitui um dos temas centras da nossa época.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. in BONAVIDES, Paulo (et. al). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. 2006. p. 306

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. in BONAVIDES, Paulo (et. al). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. 2006. p. 309/310

Como aponta Canotilho²¹⁴, nesse aspecto a cláusula de retrocesso aparece como direito de defesa as ações estatais de cunho retrocessivo que tenham por objeto a redução ou destruição de direitos sociais. As normas programáticas como princípios otimizadores da atuação estatal impõem-se como determinações para atuação dos poderes públicos.

O movimento pós regime autoritário fez um resgate do país ao Direito, buscando, além de refazer o ordenamento jurídico, resgatar os próprios princípios que estruturariam o novo Estado em formação, principalmente sob a via do constitucionalismo *comunitário*. Notadamente, esse movimento que se designou de constitucionalismo comunitário se voltou contra a aparência marcadamente privada e positivista do ordenamento jurídico brasileiro, preocupado com as liberdades negativas e indiferentes aos direitos sociais e econômicos. A doutrina jurídica no país, ainda mesmo quando se fale dos publicistas, é arraigada ao texto legal e começam, a partir de então, sofrer as fissuras de novos pensamentos que buscam inserir um tom ético aos fundamentos e a legitimidade do novo ordenamento constitucional.²¹⁵

A idéia do constitucionalismo comunitário é que a concretização dos direitos inscritos como garantias constitucionais são resultados da inserção de valores históricos de uma comunidade no texto constitucional. A posição doutrinária que defende uma Constituição comunitária revela oposição à sua concepção como defensora das liberdades negativas contra o Estado, e a posiciona como abrigo dos valores defendidos por uma comunidade. Assim, antes de ser direito individual, é representação dos valores tidos como elementares para

²¹⁴ “Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 2003. p. 1177

²¹⁵ Desse posicionamento CITTADINO, cita José Afonso da Silva, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Paulo Bonavides, Fábio Konder Comparato, entre outros. Acrescenta ainda a Autora: “Em outras palavras a cultura jurídica brasileira está majoritariamente comprometida com um liberalismo de *modus vivendi*. Se tivéssemos que associá-la a uma determinada matriz política, certamente falaríamos mais de Hayek e Nozick do que Rawls e Dworkin, muito embora as fontes talvez sejam outras.” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 14

uma sociedade segundo o binômio dignidade humana - solidariedade social. “As constituições dos Estados democráticos, pela via da abertura constitucional, se abrem a outros conteúdos, tanto normativos (direito comunitário), como extranormativos (usos e costumes) e metanormativos (valores e postulados morais).”²¹⁶

Os comunitários sustentam suas teorias a respeito dos direitos fundamentais sobre dois pilares importantes no direito constitucional. Primeiro, ao colocarem os direitos fundamentais como valores históricos inseridos no texto constitucional, rompem com a postura do direito natural que os abordava de uma perspectiva supraconstitucionais ou supra-estatais, e, nesse momento, como valores constitucionais tornam-se o núcleo de orientação interpretativa desse sistema.²¹⁷ Num segundo momento, ao abordá-los como direitos positivados são tidos como objetivos e metas a serem alcançadas pelo Estado, sob um ideal ético-político e assim, abandonam o posicionamento de uma dignidade humana estanque e dogmática como valor abstrato, para ser “[...] traduzida por autonomia ética de indivíduos históricos [...]”²¹⁸, que somente pode ser realizada pela expansão do círculo de intérpretes da constituição que possibilitará a participação político-jurídica.

Altera-se também os signos que conceituam os institutos constitucionais, alterando a idéia de direitos públicos subjetivos para direitos fundamentais do homem, proposições que no direito positivo representam garantias de uma convivência digna e livre numa sociedade democrática. “A expressão direitos fundamentais do homem não significa, portanto, esfera privada contraposta à esfera pública, como simples limitação do Estado, mas restrição imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.”²¹⁹

²¹⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 17

²¹⁷ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 18

²¹⁸ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 19

²¹⁹ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 30

Aspecto preocupante dessa crescente invasão do Poder Judiciário na esfera pública política é a sua sobreposição crescente nos demais poderes constituídos, o que pode, senão melhor controlado, trazer sérios prejuízos ao sistema democrático de separação dos poderes. O agravante dessa nova realidade, é o fato constitucionalmente posto de que o Poder Judiciário é o responsável pelo controle e garantia das liberdades públicas, e quando este passa a responder como a mais alta instância moral da sociedade, cria-se um poder sem qualquer controle.

Não se discute que num Estado com constituições marcadamente principiológicas, a função dos Tribunais como intérpretes é indispensável. De qualquer forma, essa capacidade hermenêutica concedida pelo legislador constituinte, não pode ampliar-se enquanto poder de criação do Direito, sob pena de romper com a força normativa democrática advinda do império das leis.²²⁰

A nova interpretação constitucional, é marcada pela concepção que esse sistema gerou do Direito, fixado em valores, arsenal de orientação do juiz na formação de sua livre convicção racional²²¹. São os valores reconhecidos pela comunidade de intérpretes e consagrados no texto constitucional que irão garantir a segurança do sistema jurídico firmado em princípios, na medida em que são os limites objetivos da interpretação jurisdicional.

²²⁰ “No entanto, a despeito da dimensão inevitavelmente ‘criativa’ da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, e que, por isso mesmo, não coloca em risco a lógica da separação dos Poderes -, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassam o direito escrito, devem proferir ‘decisões corretas’ e não se envolver na tarefa de ‘criação do direito’ a partir de valores preferencialmente aceitos.” CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 38

²²¹ “A aceitação dos princípios como norma e sua ampla invocação em todos os níveis de realização do Direito aumenta a insegurança, fundada na incerteza do Direito, a clamar pelo estabelecimento de limites razoáveis na margem de liberdade da interpretação. Esse marco limitativo passa necessariamente pelo estudo dos valores, como elementos objetivos de avaliação.” LIMA, Francisco Meton Marques de. *As implicações recíprocas entre os valores e o direito*. in BONAVIDES, Paulo (et. al). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. 2006. p. 192

3.3 OS DEBATES SUBSTANCIALISTA E PROCEDIMENTALISTA - GARAPON, DWORKIN, HABERMAS E CAPPELETTI

Habermas e Garapon são os principais mentores da teoria denominada *procedimentalista*, que analisa os prejuízos trazidos após anos da colocação da agenda da igualdade sob a base do *welfare state*, e o alargamento da interferência estatal sob a vida social, recrudescendo, por um lado, a cidadania, e por outro, potencializando a dependência da sociedade em relação ao Estado provedor. “A igualdade, ao reclamar mais Estado em nome de uma Justiça distributiva, não somente enredara a sociedade civil na malha burocrática, como favorecera a privatização da cidadania.”²²²

Nas sociedades atuais o Poder Judiciário tomou maior espaço e os juízes colocam-se como esperança de resgate de uma democracia enfraquecida. O desencantamento do homem cívico, público e preocupado com o interesse comum é o primeiro fator para o fortalecimento de um ativismo judicial focado na estabilização das esferas sociais e políticas. Em termos globais os juízes somente ocupam o lugar tradicionalmente reservados as instâncias políticas, pelo enfraquecimento destas e do Estado depois da globalização. “A promoção contemporânea do juiz não se deve tanto a uma escolha deliberada, mas antes a uma reacção de defesa perante o quádruplo desmoronamento: político, simbólico, psíquico e normativo.”²²³ A nova roupagem da modernidade encontra um indivíduo e uma sociedade sem seus referenciais de autoridade e sem estruturas ou instrumentos capazes de gerir as complexidades que geraram. Nesse ponto o juiz torna-se a identificação de autoridade na qual se depositam essas esperanças.

²²² VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 24

²²³ “A viragem judiciária da vida política – primeiro fenómeno – vê na justiça o último refúgio para um ideal democrático desencantado. O activismo judicial, que é um dos sintomas mais aparentes, não passa de uma peça de um mecanismo mais complexo que necessita de outros mecanismos como o enfraquecimento do Estado, a promoção da sociedade civil e, obviamente, a força dos media. Os juízes só podem ocupar tal lugar com a condição de encontrarem uma nova expectativa política que as instâncias políticas tradicionais aparentemente não satisfazem.” GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 22/23

Na agenda teórica de Tocqueville, a democracia é colocada sob um duplo aspecto: tanto como uma organização política, como a ascensão da agenda da igualdade de condições como seu guia. A igualdade, presente no texto legal não correspondia à igualdade de fato, nem sempre existente, mas na possibilidade de se alçar condições sociais melhores. O sentido dado por Tocqueville à democracia é o de uma sociedade igualitária, diferente de um sistema representativo normal. “Por sociedade igualitária ele não pretendia designar uma sociedade de iguais e sim uma sociedade em que a hierarquia já não era a regra do princípio aceito de estrutura social”²²⁴.

Uma das respostas ao fenômeno da judicialização está na demonstração da fragilidade das instituições políticas e na falta de consenso quanto aos valores que a sociedade pretende garantir, fazendo necessário recorrer ao Poder Judiciário como guardião das promessas democráticas de igualdade. Os dois modelos recentes de política, liberal e Estado-providência, estão esgotados e uma nova ordem está em formatação.²²⁵

A lei que no positivismo é o sustentáculo da divisão entre os poderes, e o muro divisor entre a soberania popular e o poder da pena dos juízes, torna-se um instrumento caduco, na expressão de Garapon, quando seu conceito é dissociado do conceito de justiça. Uma das prováveis causas de seu fracasso é o enfraquecimento de seu poder regulamentador e por outro sua alta maleabilidade e futilidade. Nos Estados atuais, o Poder Legislativo inflacionou a produção de leis, como consequência tornou-as descartáveis. O principal efeito é

²²⁴ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk. *A tirania das maiorias: Alexis de Tocqueville*. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/cademartori. Acesso em: 23 de julho de 2007. Como afirma Tocqueville: “A igualdade produz efetivamente duas tendências: uma leva os homens diretamente à independência e pode impeli-los à anarquia, e a outra os conduz por caminho mais, mais secreto, porém, mais seguro, à servidão. [...] Longe de condenar na igualdade a indocilidade que a inspira, é por isso mesmo que a louvo, admiro-a, vendo-a pôr no fundo do espírito e do coração de cada homem esta noção obscura e esta inclinação instintiva pela independência política, preparando assim o remédio para o mal que produziu.” TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Francisco Weffort. São Paulo: Abril, 1985. p. 308

²²⁵ “O juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política. Não tendo guardado a memória viva dos valores que os fundamentam, este últimos pediram à justiça que zelasse pelos seus juramentos.” GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 22/23

a falta de obediência às regras e a necessidade do direito se resgatar a partir da aproximação com os princípios.²²⁶

Nos Estados firmados sobre o positivismo jurídico, prevalecia a concepção monista, direito e Estado se confundiam, orientados pelo formalismo e imperativismo da norma legal. O apego à segurança jurídica, premissa da separação de poderes, tolhia a criatividade dos juízes e os tornavam meras vozes da vontade do legislador, práticas de um paradigma racional e instrumental.

A vulnerabilidade do texto legislativo é acompanhada pela incapacidade do Parlamento em fazer leis com consistência e abrangência suficiente para regulamentar a complexidade da vida social. Por um lado, a legislação cai sob as mãos de burocratas e economistas que, técnicos na economia complexa da modernidade, dão respostas provisórias e de acordo com os interesses do mercado globalizado. Por outra perspectiva, a lei, quando aprovada no legislativo, é mais reposta às coligações e acordos de interesses do que expressão da vontade geral. “O compromisso preza os termos vagos e as medida ambíguas que não suscitam o desacordo. A lei torna-se *um produto semiacabado que deve ser concluído pelo juiz.*”²²⁷

A judicialização dos problemas políticos alcançou níveis supranacionais, e a busca da agenda da igualdade e da intervenção dos tribunais nos problemas conflituosos promoveu a instalação do Tribunal Penal Internacional, e de outras diversas cortes de justiça tanto na América como na União Européia²²⁸. A intenção é que uma mesma justiça possa dizer e resolver todos os problemas. Se todos os processos contemporâneos são justiciáveis, o jurídico deve ser chamado para resolvê-los. É esclarecedor nesse sentido o crescimento vultoso da proteção dos crimes contra a humanidade. “A justiça não

²²⁶ “O recurso à regulamentação legislativa, de que o político usa e abusa, ameaça a esgotar o sistema jurídico. É preciso que o direito recupere a sua destreza. Isto só será possível se conceber não exclusivamente sob a forma de regras mas também sob a forma de princípios.” GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 37

²²⁷ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 38

²²⁸ “Não será preciso relembrar que a construção européia foi jurídica antes de ser política. Esta construção de um espaço supranacional é a demonstração de que uma comunidade política pode prescindir – aparentemente – do seu executivo.” GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 39

pode apenas limitar-se a dizer o justo, ela deve simultaneamente instruir e decidir, aproximar-se e manter as suas distancias, conciliar e optar, julgar e comunicar.”²²⁹ Não se espera atualmente um judiciário somente árbitro mas que seja também instituição que define o bem e o mal, ou seja, a última instância moral da sociedade.

A crescente proliferação no momento pós segunda guerra mundial de instrumentos internacionais de proteção da dignidade humana, promovem uma revisão do sistema nacional de proteção de direitos e alavancam a idéia de que o indivíduo tem garantidos direitos na esfera internacional na condição de sujeito de direitos. A legitimidade postulatória, antes somente garantida aos Estados-membros, tem se alargado para aceitar o peticionamento direto das próprias vítimas.²³⁰

A evolução do direito internacional e do direito humanitário tem contribuído de forma decisiva para recolocar o indivíduo como sujeito de direito internacional e não simplesmente como destinatário final da regulação e dos tratados celebrados pelos Estados. Segue-se, neste caminho, para reconhecer a plena capacidade postulatória dos indivíduos perante as Cortes Internacionais como forma de efetivar e consolidar a proteção dos direitos humanos.²³¹

²²⁹ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 21

²³⁰ “Diante deste cenário, é necessário que se avance no processo de justicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados. [...] a avaliação do legado dos último cinco anos (1998-2002) permite vislumbrar a marca do crescente processo de justicialização do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Basta apontar quatro fatores: a) a criação do Tribunal Penal Internacional [...] b) a intensa justicialização do sistema interamericano [...] c) a democratização do acesso à jurisdição da Corte Européia de Direitos [...] e d) a adoção da sistemática de petição individual relativamente a tratados que não incorporavam tal sistemática [...] cabendo menção [...] ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Mulher [...]” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e a jurisdição constitucional internacional*. in. BONAVIDES, Paulo (et. al). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. 2006. p. 129

²³¹ “Carecem, definitivamente, de sentido, as tentativas do passado de negar aos indivíduos a condição de sujeitos do direito internacional, por não lhe serem reconhecidas algumas das capacidades de que são detentores os Estados (como, e.g., a de celebrar tratados). Tampouco no plano do direito interno, nem todos os indivíduos participam, direta ou indiretamente, no processo legiferante, e nem por isso deixam de ser sujeitos de direito.” TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito no direito internacional*. in ANNONI, Danielle (coord.). *Os novos conceitos do novo direito internacional*. p. 6

A fácil constatação é de que o enfraquecimento da lei é também resultado da aceitação no sistema jurídico interno de fontes supranacionais. É exigência das Convenções e Tratados internacionais firmados pelos países signatários, no âmbito da Comunidade Européia ou nos continentes americanos, que o sistema jurídico interno esteja coerente com as exigências de proteção à dignidade humana, cláusulas de proteção firmadas em convenções internacionais. Esses textos firmam prerrogativas individuais que estão em patamar superior às leis internas, trazendo aos juízes o poder de atualizar o legislador de acordo com os princípios internacionais assumidos pelos países.

Esse duplo esgarçamento do político, por um lado o esvaziamento de conteúdo da legislação, por outro a desnacionalização do direito e da soberania parlamentar, demonstra esse deslocamento do reconhecimento do justo nos métodos de justiça e não mais na política. “A justiça, aliás, forneceu à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc.”²³² Nesse contexto de significações os juízes figuram como nova representação ética das ações coletivas.

A ação coletiva identifica-se mais com a forma processual do que com a política. Quando se afigura a imparcialidade do Estado, termo ligado essencialmente ao vocabulário jurídico, transparecendo ao mesmo tempo o esfacelamento da crença na política e o direcionamento à justiça. “A justiça encarna, hoje em dia, o espaço público neutro, o direito, a referência da acção política, e o juiz, o espírito público desinteressado.”²³³

O direito tornou-se referência para ação política, muito mais pelo espaço público que os juízes vêm alcançando nas democracias atuais, do que pela atuação específica dos membros da magistratura. O que se transforma não é somente a atuação do judiciário, mas a compreensão própria da democracia, desvinculada do âmbito político e aclamada por critérios de justiciabilidade assegurados pelo Poder Judiciário. “Assim, o critério de

²³² GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 42

²³³ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 42

justiciabilidade substitui-se, de forma insidiosa, ao critério da positividade da lei. O direito define-se não tanto pela imposição legítima da lei, mas antes pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro.”²³⁴

O deslocamento da democracia da base do Estado para a justiça, ainda que tênue, não pode ser considerado insignificante pelas conseqüências que expõe e gera. O sucesso da justiça traz o fortalecimento dos juízes e do judiciário e por outro extremo expõe a falência das instituições políticas tradicionais, que foram abandonadas por uma sociedade consumidora, apática e interessada tão somente por seus afazeres privados, “[...] mas esperando do político algo que este não lhes saberá dar: uma moral, um projeto duradouro.”²³⁵

O judiciário expõe no processo um teatro onde atuam novos atores, organizações e minorias, sem que para isso haja necessidade de consenso político ou representações institucionais, o que não era permitido nos moldes tradicionais de participação política. As inter-relações entre os atores da democracia é mediada pelo direito e não mais pelo Estado, e a justiça, enquanto espaço de exigibilidade da democracia, é um ambiente prevalentemente individual e permanente e não intermitente e coletiva como a política. “Através desta forma mais directa de democracia, o cidadão-litigante tem a sensação de dominar melhor a sua representação.”²³⁶

O fator preocupante nesse deslocamento da democracia para os Tribunais, é, principalmente, o teor das decisões jurisdicionais que reafirmam o individualismo e a supervalorização do conflito, enquanto na política o consenso e a compreensão dos processos de violência e conflito eram caminhos indispensáveis para busca do bem comum. O fortalecimento do direito e a preocupação incontrolável pelos direitos negativos de defesa afastam a compreensão da política e dos limites das matérias dedicadas a cada uma das

²³⁴ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 43

²³⁵ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 45

²³⁶ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 46 “Num Tribunal, o resultado da reivindicação já não depende do braço-de-ferro entre as duas entidades políticas – um sindicato e o governo, por exemplo – mas antes da pugnacidade de um indivíduo que pode levar o Estado a ceder, estando ambos ficticiamente colocados em pé de igualdade.” GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 46/47

esferas. “O excesso de direito pode desnaturar a democracia; o excesso de defesa pode bloquear a tomada de decisão; o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de indecisão ilimitada.[...] Resumindo, um mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia quanto a escassez de direito.”²³⁷

Firme à sua vocação toquevilliana, Garapon, aponta o esfacelamento da República que não mantém mais o fundamento essencial de sua constituição – a idéia de ordenação para um interesse comum da sociedade. Como afirma Vianna, “[...] depois de décadas de um processo de individualização que erodiu a base da noção de bem-comum e de esgarçamento da sociabilidade, ter-se-ia desnaturalizado – o civismo deveria provir da invenção e de reformas políticas que lhe devolvessem o alento da vida.”²³⁸

Na proporção de Garapon, Habermas se coloca criticamente frente ao Estado e ao direito social, com o objetivo de “[...] colocar sob novo ângulo a questão do soberano e da conformação da vontade geral, concebendo a sua proposta em favor de um paradigma procedimental do direito”.²³⁹ Em sua proposta é inaplicável a judicialização da política, já que as interconexões entre a democracia deliberativa e a representativa dependem de fluxos comunicacionais e de uma livre e ativa cidadania. Pela proposta hermenêutica de Habermas, em seu diálogo com liberais e comunitários, o paradigma procedimental de interpretação constitucional deve compatibilizar o processo deliberativo com uma interpretação de sentido deontológico das normas jurídicas. Nesse sentido, frente ao pluralismo social, cultural e dos projetos individuais de vida, a interpretação e prestação jurisdicional “[...] devem procurar estabelecer aquilo que é correto e não, como defendem os comunitários, aquilo que é preferencialmente bom, dada uma ordem específica de valores.”²⁴⁰ A ética discursiva²⁴¹ de Habermas,

²³⁷ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 51

²³⁸ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 27

²³⁹ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 28

²⁴⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 204

²⁴¹ “As considerações propedêuticas que fiz até aqui tiveram por objetivo defender a abordagem cognitivista da ética contra as manobras dos cépticos relativamente aos valores e, ao mesmo

fundamenta as normas morais nos procedimentos discursivos que serão submetidos a validade do consenso de todos os atingidos. Ao contrário da moral, o direito está próximo de uma teoria procedimental ideal, pois é independente dos participantes e pode, por estes e por observadores externos, ser observado e corrigido, medida que se deve ao fato de ser vinculado com critérios institucionalizados.

É nesse ponto que Habermas se aproxima da construção teórica de Dworkin, no que concerne a compreensão da natureza obrigacional da norma, porém, se afasta deste teórico, quando este fala em “[...] processo hermenêutico orientado por princípios substantivos, como o enfoque monológico de *‘um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade’*”.²⁴²

O que se depreende da doutrina habermasiana é que a “[...] combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada [...]”²⁴³, apresentam-se como pontos-chaves para compreender a forma democrática do direito sob o prisma procedimentalista.

O núcleo da compreensão do sistema procedimentalista do direito, é a “[...] *combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada* são a chave para se entender a gênese democrática do direito”²⁴⁴. O substrato social necessário para realização dos sistemas de direito, segundo Habermas, não é orientado por uma sociedade de mercado, nem por um Estado de bem-estar que

tempo, encaminhar uma resposta para a questão: em que sentido e de que maneira podem ser fundamentados os mandamentos e normas morais. Na parte construtiva de minhas considerações quero, primeiramente, lembrar o papel das pretensões de validade normativas na prática quotidiana, a fim de explicar em que a pretensão deontológica, associada a mandamentos e normas, se distingue da pretensão de validade assertórica e a fim de fundamentar por que é recomendável abordar a teoria moral sob a forma de uma investigação de argumentações morais. [...] A tentativa de fundamentar a ética sob a forma de uma lógica moral só tem perspectiva de sucesso se também pudermos identificar uma pretensão de validade especial, associada a mandamentos e normas, [...]” HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 78/79

²⁴² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 205

²⁴³ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 27

²⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2003. p. 186

movimenta-se intencionalmente, “[...] mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos.”²⁴⁵

Para Habermas, no paradigma procedimentalista do direito, a esfera pública é colocada como um passo anterior à produção legislativa, constituindo centro do debate político que gera impulsos comunicativos, sem que, contudo, tenha a pretensão de assumir as funções especificamente políticas. As diferentes formas de participação e de opinião pública que emergem dos espaços públicos, geram um poder comunicativo com efeito duplo: “a) autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora; ao passo que a crítica do direito, mobilizada publicamente, impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito.”²⁴⁶

A teoria procedimentalista procura dar luzes ao novo contexto político-jurídico resultante do Estado de bem-estar. São pontos importantes em seus fundamentos o reconhecimento sob o ângulo da teoria do direito de que o Estado de Direito, se coloca como “[...] institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, a seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito.”²⁴⁷ Noutro ponto, Habermas²⁴⁸, coloca a capacidade da comunicação jurídica de mediar sociedades globais mesmo que extremamente complexas, e ainda, aponta para divergência da compreensão dos modelos jurídicos liberal e do Estado Social, que absorvem a realização do direito de maneira muito concretista, escondendo a relação interna entre autonomia privada e pública. Os dois modelos, liberal e de bem-estar, que procuram assegurar a igualdade jurídica e a igualdade fática, respectivamente, estão firmados sobre equívocos por não manterem relação interna entre

²⁴⁵ Aponta Habermas, que, “Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2003. p. 186

²⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2003. p. 187

²⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2003. p. 181

²⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2003. p. 181

autonomia privada e pública, resumindo-se à distribuição de direitos e de benefícios sociais, em cada caso, buscando a realização da concepção individual do cidadão acerca de uma vida digna.²⁴⁹ O cerne da teoria procedimentalista habermasiana, está na autonomia de indivíduos que ao se reconhecerem como iguais numa comunidade jurídica tornam-se autores de seus direitos e não resumem-se a destinatários do bem-estar. Dessa fórmula que decorre a legitimidade do direito como vinculada a autonomia pública e privada do cidadão, associando o direito legítimo à democracia.²⁵⁰

Analisar a judicialização da política sob o enfoque procedimentalista habermasiano, é reconhecer a transferência das competências legislativas para os Tribunais como consequência da ineficiência do Parlamento que não esgota sua função de regulamentar as matérias adequadamente. A função precípua dos Tribunais é “[...] mobilizar as razões que lhe são dadas, segundo o ‘direito e a lei’ [...]”²⁵¹, enquanto ao legislador é imposta a obrigação de interpretar e estruturar direitos. Nesse ponto a proposta procedimentalista restringe as competências dos Tribunais constitucionais, postura que visa proteger os espaços públicos e garantir o processo democrático, transformando, conseqüentemente, o espaço deixado pelo cliente do Estado Social, para ser ocupado pelo cidadão engajado politicamente na luta pela concretização do princípio da igualdade.²⁵²

²⁴⁹ “O equívoco de ambos os paradigmas, segundo Habermas, é acreditar que a justiça se vincula a uma certa idéia de bem-estar, que pode ser assegurado ou pela igualdade jurídica – paradigma do direito liberal – ou pela igualdade fática – paradigma do direito ao bem-estar. Como consequência desta concepção de justiça enquanto modelo distributivo, ambos os paradigmas configuram uma mesma representação do cidadão enquanto ‘destinatário de bens’, equiparando, por um lado, bens e direitos, e desprezando, por outro lado, o papel do cidadão comum enquanto ‘autor’ do direito.” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 209

²⁵⁰ “Ao associar direito legítimo e democracia, o paradigma procedimental habermasiano compartilha com os comunitários o compromisso com o processo político deliberativo que assegura não apenas a produção como a interpretação dialógica do direito.” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 209

²⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2003. p. 183

²⁵² Nesse aspecto VIANNA (et. al.), ao falar da teoria de Habermas, dispõe: “Nesses termos, no paradigma procedimental de Habermas o cidadão não seria um simples participante de um jogo mercantil nem um cliente de burocracias de bem-estar, e sim o ator autônomo que constituiria a sua vontade e a sua opinião no âmbito da sociedade civil e da esfera pública, canalizando-a, em um fluxo comunicacional livre, para o interior do sistema político.” VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 29

Nesse contexto, a jurisdição será conclamada a decidir em “[...] zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito -”²⁵³, exigindo uma nova fundamentação e justificação que poderia ser obtida através da formação de um espaço público jurídico em substituição aos especialistas, problematizando as decisões em controvérsias públicas.

Segundo Habermas²⁵⁴, o alargamento das competências dos Tribunais, na doutrina construtivista de Dworkin, leva ao risco de tornar indefinível os limites entre as competências típicas de julgar do judiciário e a invasão na esfera legislativa que esse processo a levará, o que faria sucumbir a estrita e necessária ligação entre a administração e a lei. A prática jurisdicional alcança sua legitimidade quando está em conformidade com a lei, que por sua vez, será legítima quando perseguir um processo legislativo constituído e democrático que não está reservado aos órgãos jurisdicionais.

Ao passo que não é dado ao legislador contrapor as decisões jurisdicionais para verificar sua pertinência com a intenção pela qual a norma foi criada, também deveria se restringir a atuação dos tribunais no que concerne à invasão sobre a lei construída pelo processo democrático. Assim, é que a proposta de Habermas inclui que o controle da constitucionalidade das normas seja atividade reservada ao próprio legislativo, através de um processo de auto-reflexão. “Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.”²⁵⁵ Muito mais importante do que colocar os tribunais como protetores de uma ordem suprapositiva de valores substanciais, em Habermas, como afirma Vianna (et. al.), a “[...] Côrte Constitucional, originária ou não do Poder Judiciário, seria a de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, e não a de se arrogar o papel de legislador político.”²⁵⁶ A importante divergência do ponto de vista procedimentalista, que o

²⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2003. p. 183

²⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2003. p. 297

²⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. p. 301

²⁵⁶ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 29

distancia do paradigma liberal e do Estado social, é que não está fundado num ideal de sociedade, não exclui, *a priori*, o bem e o mal das visões políticas, mas é formal apenas no sentido de garantir a esfera pública e as condições para que os cidadãos enquanto sujeitos do direito possam descobrir-se e identificar seus problemas, advindo desse processo as suas próprias soluções.²⁵⁷

Da contraposição entre o modelo liberal e seu substituto, o Estado social, transparece uma transformação na conceituação dos direitos fundamentais que se reflete na jurisprudência. No paradigma liberal era clara a divisão entre a esfera dos indivíduos que buscavam, com autonomia, seus interesses privados e a felicidade, dos interesses públicos/comuns tutelados pelo Estado. “Tarefas e objetivos do Estado continuavam entregues à política; na compreensão liberal, eles não eram objeto da normatização do direito constitucional. A isso corresponde a compreensão dos direitos fundamentais como direito de defesa, referidos ao Estado.”²⁵⁸ Nesse sentido, que esse modelo defende firmemente a ligação inextrincável entre a justiça e a administração à lei. Também, afirma que o judiciário cabe decidir de acordo com a história das instituições políticas legislativas, enquanto o legislador tem sua visão voltada para o futuro e a administração se ocupa dos problemas atuais. Da junção dessas compreensões, é que para os liberais a Constituição deve assegurar, antes de mais nada, o conflito entre a população desarmada e o poder constituído do Estado.²⁵⁹

O que o Estado social faz, e o paradigma liberal repudia, é aproximar a jurisdição da busca de fins, objetivo reservado ao Estado enquanto administração, e para isso, flexibiliza a ligação da justiça com o legislador político, “[...] na medida em que a argumentação jurídica se abre em relação a argumentos morais de princípio e a argumentos políticos visando à determinação de fins.”²⁶⁰ O temor desse novo paradigma é a confirmação da estrutura jurisdicional como

²⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I, 2003. p. 10

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I, 2003. p. 305

²⁵⁹ “Ao passo que as relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão dos poderes. Nisso se encaixa a representação positivista do direito, que o tem na conta de um sistema de regras fechado recursivamente.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I, 2003. p. 305

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I, 2003. p. 306

substituto ao legislador, solapando a legitimidade que não lhe foi concedida democraticamente, e por outro viés, põe à evidência uma estrutura jurídica volatilizada de acordo com as vontades da administração.

Ao trabalhar seus aportes teóricos no paradigma procedimentalista, Habermas apresenta as distinções necessárias em paralelo aos paradigmas liberal e republicano. Primeiro ponto, apontado por Habermas, refere-se a própria compreensão das liberdades negativas dos cidadãos, que na modernidade liberal referem-se ao direito de proteção contra as ingerências de um Estado administrativo, e no republicanismo compreende as liberdades positivas como a possibilidade de cidadãos participarem do espaço público com igualdade de condições.²⁶¹ Porém, decisivo para distinção dos dois paradigmas é a compreensão do próprio processo democrático. Para os liberais, segundo Habermas, “[...] o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o Estado é apresentado como aparelho da administração pública, e a sociedade como sistema de seu trabalho social e do intercâmbio das pessoas privadas [...]”²⁶², organizando as estruturas de acordo com a economia. A política nesse ponto, restringe-se a opor interesses sociais privados para um Estado com função de aparelho administrativo com fins coletivos. No modelo republicano, a política “[...] é entendida como forma de reflexão de um contexto vital ético – como o *medium* no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca [...]”²⁶³, e, conscientes de sua condição de cidadãos configuram as relações de reconhecimento recíproco.

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I, 2003. p. 331

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I, 2003. p. 332

²⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I, 2003. p. 333. Habermas aponta, ainda, outras distinções importantes: “(a) Em primeiro lugar, diferenciam-se os conceitos do cidadão. Na interpretação liberal, o status dos cidadãos determina-se primariamente a partir dos direitos negativos que eles possuem em relação ao Estado e outros cidadãos. Enquanto portadores desses direitos, eles gozam, não somente da proteção do Estado, na medida em que perseguem seus interesses privados no âmbito de limites traçados por leis, como também a proteção contra a intervenção do Estado que ultrapassam o nível de intervenção legal. [...] Na interpretação republicana, o status dos civis não se determina pelo modelo das liberdades negativas que essas pessoas privadas, enquanto tais, podem reclamar. Os direitos dos cidadãos, em primeira linha os direitos políticos de participação e de comunicação, são, ao invés, liberdades positivas. [...] A justificativa da existência do Estado não reside primariamente na proteção de direitos subjetivos iguais, e sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da

Viana (et. al.)²⁶⁴, identifica na teoria procedimentalista habermasiana, uma simpatia ao republicanismo, e o fato de que o contrato social rousseauiano seria renovado constantemente pela competição na esfera pública, nas constantes revoluções no campo da produção do direito. Nessa perspectiva, os princípios não devem ganhar qualquer vocação substantiva de direitos materiais, e sim, garantir os processos de formação de opinião pelo acesso de todos aos meios de comunicação e participação.

O resultado das conexões entre a democracia deliberativa e a representativa, seria a chave para compreensão do pensamento procedimentalista. Por democracia deliberativa, a teoria habermasiana entende o lugar de influência de onde as associações voluntárias e as redes de organização disseminam convicções práticas, no que, se afasta da compreensão de Garapon como um circuito alternativo. Esse paradigma permitiria que o poder comunicativo permeasse constantemente o poder político sem que viesse pretender tomá-lo para si.

As formulações habermasianas não ignoram a necessidade de que a sustentação do paradigma procedimentalista importa no fortalecimento da consciência política da liberdade, do contrário, não é possível a formação de uma vontade politicamente racional.

O saudosismo republicano é marca presente no preconceito de Habermas e Garapon quanto à invasão do direito nas sociedades contemporâneas. Em suas compreensões da atividade jurisdicional e no próprio processo democrático na atualidade, não há espaço para a intervenção de um ativismo judicial ou a presença de um terceiro gigante, como teoriza Cappelletti.²⁶⁵

vontade, dentro do processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, dentro do qual civis livres e iguais e entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. 2003. p. 331/335

²⁶⁴ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. p. 31 “O campo conceitual e político dos direitos humanos não entraria em competição, desse modo, com a soberania popular, uma vez que eles tenderiam a se identificar. E a separação entre os Poderes emergiria como um resultado lógico de um processo assim orientado, em razão de, por sua própria natureza, não caber uma contraposição entre a formação da opinião de todos e a vontade da maioria.”

²⁶⁵ É saudável lembrar que, como afirma VIANNA (et. al.), o resgate republicanismo se na obra de Habermas pode ser tomado como sistemático, em Garapon é eclético, pois se serve da idéia de “[...] república no seu diagnóstico,mas não em sua intenção normativo, quando parece aderir ao

Reserva-se ao Poder Judiciário somente a função de garante das regras do procedimento discursivo, bem como a presença de todos no processo e na formação política da opinião e vontade soberana.

Noutra borda do debate encontram-se as posições construtivistas e substancialistas de Dworkin e Cappelletti. Porém, propor a discussão da judicialização das relações políticas a partir do pensamento de Dworkin e Cappelletti, requer, inicialmente, o cuidado de não homogeneizar suas teorias, que apresentam grandes diferenças. Justifica-se a opção pelos autores pelo fato de estar na base da teoria de ambos, um afastamento do republicanismo democrático segundo o modelo herdado da Revolução Francesa, e aproximarem-se do paradigma anglo-saxão, sustentando a esperança dos autores “na capacidade de reprodução e no aperfeiçoamento do legado democrático do Ocidente político. Em outras palavras, tal confiança remeteria à tradição e aos valores comuns encarnados na trajetória ocidental do direito.”²⁶⁶

Para Dworkin e Cappelletti, as Constituições modernas ao trazerem em seu bojo grande número de princípios normativos, permitiram a auto-reestruturação do sistema, caso o Judiciário esteja consciente de sua função de guardião do texto constitucional, aproveitando a expansão que os sistemas constitucionais fizeram ao expandir os princípios para locais antes não admitidos.²⁶⁷

A perspectiva de Dworkin e Cappelletti, é antes de tudo pragmática, o que os leva a colocar uma proposta empírica em contraposição a formação normativa do direito. Desse ponto, lançam olhares críticos em relação ao sistema representativo, apontando a incapacidade desse modelo em incluir as minorias no processo democrático. Como alude Dworkin²⁶⁸, “[...] o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui

enunciado pós-moderno de François Ost, com seu direito ‘líquido, intersticial e informal’, tal como estaria sendo produzido pluralisticamente na periferia do sistema.” VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. p. 32

²⁶⁶ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, 1999. p. 32

²⁶⁷ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p.32

²⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. XI (Prefácio)

a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”.

Na cadeia democrática, os Tribunais, e especificamente falando da figura do juiz, Dworkin²⁶⁹, coloca-os sob a perspectiva de um dos autores da produção criativa do direito, posicionado em momento posterior ao legislador. O judiciário segue, de acordo com sua convicção o sistema legal iniciado no Congresso, e assim, como responsável por interpretar essa legislação de acordo com o contexto que a envolve. Nesse processo, é possível que as decisões estejam apoiadas naquilo que foi debatido no Congresso, mas podem também, ser dissociadas desse argumento caso questionem até que ponto o Congresso deve submeter-se à opinião pública.

O método apresentado por Dworkin²⁷⁰, se opõe à teoria que determina que o juiz se submeta no momento de aplicação da lei àquilo que pretendia o legislador no momento de sua criação. Nessa base, a teoria exposta pode ser tomada sob dois ângulos diferentes. Em primeiro plano, caberá ao juiz tomar as declarações do Congresso nas justificativas de criação da lei como atos políticos que deve ajustar-se, assim como, deverá tomar em conta sua explicação ao próprio texto da lei e explicá-lo. Noutra norte, é apreciar esses eventos políticos não como importantes em si, mas como reflexo do estado mental dos legisladores e representativos da maioria deles, formando, o que Dworkin denomina de ponto de vista do locutor, ou, de interpretação conversacional e não construtiva.

Da perspectiva do paradigma do locutor,²⁷¹ as conclusões são relatadas como sendo as da própria lei, ao passo que do ponto de vista do

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999. p. 377 “Tratará o Congresso como um autor anterior a ele na cadeia do direito, embora um autor com poderes e responsabilidades diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser o melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso. Ele irá se perguntar qual interpretação da lei [...] mostra mais claramente o desenvolvimento político e envolve essa lei.”

²⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999. p. 378

²⁷¹ Para os que adotarem essa postura, Dworkin acredita ser necessário responder uma série de questões. “Quais personagens históricos devem ser considerados legisladores? Como devemos agir para descobrir suas intenções? Quando essas intenções de algum modo diferem umas das outras, como devem ser combinadas na intenção institucional compósita? Suas respostas devem,

direito enquanto integridade e numa postura construtiva, os juízes não estão comprometidos com essa leitura do estado de espírito do legislador, mas apropriam-se dos eventos políticos que circundam o processo democrático como autônomos em si mesmos.

Guiar-se pela intenção do locutor, importa descobrir inicialmente quem são os legisladores. Para Dworkin²⁷², os juízes no momento de decidir de acordo com a intenção do locutor, teriam que considerar as deformidades do sistema representativo, os *lobbies*, as pressões públicas e os interesses privados presentes no Congresso. O eixo procedimentalista torna-se inadequado frente as objeções construtivistas de Dworkin, por não existir garantia no processo democrático de que os partidos políticos, enquanto formadores de opinião, oportunizarão igualdade de acesso ao espaço público. Como comenta Viana (et. al.)²⁷³:

O viés pragmático do eixo que valoriza o ativismo judicial tem como ponto de partida essa 'empíria adversa' à teoria clássica da soberania popular, adversidade essa que somente poder ser removida pelo *fiat* de um ator externo, no caso o Legislativo e o Executivo, e não pela própria sociedade, salvo na eventualidade de uma revolução.

Na proposta de interpretação como integridade²⁷⁴, que está no cerne do ativismo judicial de Dworkin, o juiz deve tomar em conta não somente sobre suas convicções de justiça, mas também, e sobretudo, apoiar-se nos "[...]

além disso, estabelecer o momento exato em que a lei foi pronunciada, ou em que adquiriu todo o significado permanente que tem." DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 1999. p. 380

²⁷² "Assim, seus juízos sobre as idéias que contam serão sensíveis a seus pontos de vista sobre a antiga questão de se os legisladores representativos devem ser guiados por suas próprias opiniões e convicções, responsáveis apenas perante suas próprias consciências, e sobre uma questão mais recente, a de se os lobbies, os conluios e os comitês de ação política representam uma corrupção do processo democrático ou expedientes positivos para tornar o processo mais eficiente e eficaz." DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad 1999. p. 384

²⁷³ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p.33

²⁷⁴ Um direito enquanto integridade para Dworkin, é uma teoria não cética das pretensões juridicamente protegidas das pessoas de ganhar um processo. É a certeza de que uma decisão será melhor justificada quando estiver coerente com as decisões políticas do passado. Ao contrário do pragmatismo, não se fixa na idéia de que elas não terão direito àquilo que seria pior para comunidade, apenas porque alguma legislação determinou desta forma. Nesse sentido, importante a referência de suas construções em DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1999. p. 186

ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.”²⁷⁵

Os princípios da justiça, equidade e devido processo legal, são os que abrigam a melhor justificativa prática do direito como um todo para proteção das pretensões jurídicas dos indivíduos. “O princípio da integridade desempenha o papel de equilibrar a justiça, a equidade e a legalidade. É um chamado aos juízes para que atuem com ‘coerência narrativa’ na captação do fenômeno jurídico.”²⁷⁶ O juiz quando defronte a um caso difícil deve se perguntar qual das alternativas que se apresentam melhor respondem, na sua perspectiva, a concretização e coerência entre os três princípios da integridade: equidade, devido processo legal e justiça.

Assim, a condução das decisões jurisdicionais seriam baseadas na integridade e equidade. A integridade traz como pressuposto a fundamentação numa justificativa ajustada a essa lei e coerente com o sistema normativo, o que impõe, coerência com princípios e políticas. A equidade, por sua vez, imporá o limite entre as convicções pessoais dos juízes e a sensibilidade à opinião pública, o que será possível pela justificativa de suas decisões de acordo com os textos do processo legislativo que originou a lei.²⁷⁷ A tomada do direito como integridade sobreleva uma dupla exigência: que ao tempo que se garanta a conformação da lei aos princípios e a justificação moral não se perca a necessária certeza do direito. É dessa forma que a integridade exige uma fundamentação das decisões judiciais e do processo legislativo segundo os princípios políticos.

O paradigma jurisdicional adotado por Dworkin leva-o à simpatia com o ativismo judicial e influencia na própria concepção que adota do direito. Sua leitura dos direitos individuais coloca-os como mecanismos de defesa contra políticas públicas estabelecidas por decisões majoritárias, isso porquê, sua compreensão concebe-os como comandos imperativos e não somente como

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1999. p. 405

²⁷⁶ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2005. p. 75

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1999. p. 409

valores preferenciais numa ordem democrática.²⁷⁸ A compreensão de Dworkin sobre o direito é a resposta a três pilares básicos do sistema jurídico: o positivismo jurídico, o realismo e o utilitarismo.

No que se refere à crítica ao positivismo, centra-se na utilização por este de regras como método de resolução de conflitos, o que é incompatível com as decisões dos juízes que apropriavam-se de *standards*, revelados pelos princípios.²⁷⁹ Contra o realismo, Dworkin aponta dois inconvenientes: o primeiro, democrático, na medida em que a discricionariedade violaria o princípio da separação dos poderes, já que compete ao Legislativo a elaboração de normas e não pode o Judiciário se apropriar dessa função. “Do argumento liberal decorre que não é admissível legislar *ex post facto*, ou seja, não se admite a aplicação retroativa de normas editadas posteriormente às hipóteses fáticas previstas *in abstracto* nessas normas.”²⁸⁰ Por fim, o utilitarismo de Bentham, é rejeitado por Dworkin, quando firma a preferência por direitos morais individuais e contra os cálculos conseqüencialistas das correntes utilitaristas.²⁸¹

Os argumentos de Dworkin, como liberal, são guiados pela idéia de que um sistema jurídico constitucional deve privilegiar os direitos fundamentais contra as posições majoritárias que sejam vozes contrárias ao modelo liberal, “[...] que assegura o espaço do desacordo razoável, a Constituição deve fixar um âmbito de liberdade imune a interferências externas indevidas.”²⁸²

A tomada dos direitos fundamentais, assim como sua própria concepção do direito, é um viés contraposto à compreensão do positivismo, o que

²⁷⁸ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 182

²⁷⁹ “Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos uma única ‘regra’, por mais complexa que fosse.” DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 65

²⁸⁰ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2005. p. 74

²⁸¹ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2005. p. 74

²⁸² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 183

faz Dworkin tomar em mãos a formação de um sistema normativo formado também por princípios, e nesse ponto, trata-se da aproximação de sua teoria do direito com sua justificação moral. Como ressalta Cittadino, Dworkin, “[...] supõe que a argumentação moral constrói historicamente princípios capazes de justificar as instituições da sociedade, em função dos seus próprios conteúdos e de sua força argumentativa.”²⁸³

O passo seguinte seria a tradução desses princípios para uma linguagem neutra e codificada do direito, de forma a permitir a certeza e a segurança necessárias aos juízes no momento de decidir. Nessa fórmula Dworkin refuta com apenas um argumento, todas as propostas do positivismo e apresenta a conexão possível e necessária entre moral, direito e política.²⁸⁴

Sob a perspectiva doutrinária de Cappelletti, a incompetência dos poderes políticos que sucumbem facilmente frente aos reclamos do poder econômico entre outros exemplos possíveis, tornam factíveis o crescimento do Poder Judiciário, já que os juízes não dispõem de tanta liberdade, garantindo maior controle sobre sua atuação. Da mesma forma, aponta o crescimento da criatividade da produção do judiciário como reflexo do próprio pluralismo político atual, que requer dos juízes maior reflexão de modo a não deixá-los sem controle. Nesse contexto, decorre a necessidade de que o judiciário se transforme e se adapte a sua nova realidade e exigências. “Esse processo, de outra parte, não será e nunca deverá ser levado ao ponto de suprimir as

²⁸³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 187. Lembra ainda, Cittadino, “[...] que por invocar princípios morais Dworkin não pode ser identificado como um representante do pensamento jusnaturalista clássico. Afinal, da sua postura antipositivista não decorre um compromisso jusnaturalista com uma moral objetiva que pressupõe a existência de princípios universais e inalteráveis que devem apenas ser descobertos pela razão humana. Os princípios morais não resultam de um processo ‘contemplativo’, mas, ao contrário, de um processo ‘construtivo’.”

²⁸⁴ Cittadino, ao comentar a teoria de Dworkin contra o positivismo, ressalta: “Com efeito, se os princípios decorrentes da moralidade política migram para o interior do direito positivo, o ordenamento jurídico nem resulta, como assegura Austin, da vontade política de um legislador soberano, nem, como supõe Hart, de uma regra de reconhecimento.” CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2004. p. 188

profundas diferenças institucionais existentes entre os órgãos judiciários, de um lado, e os assim chamados ramos políticos de outro.”²⁸⁵

A crítica de Cappelletti²⁸⁶, é quanto à presença, na magistratura, de uma orientação fortemente conservadora e pouco sensível às finalidades sociais protegidas pelo *Welfare State*. Os juízes ainda apresentam forte vícios conservadores e condicionados a julgar problemas penais e cíveis, sem apresentar sensibilidade ou capacidade técnica de responder adequadamente aos problemas de interpretação e aplicação das leis programáticas e promocionais, normalmente, asseguradoras de direitos prestacionais sociais. “Faltava-lhes, além disso, o tipo de conhecimento e experiência especializada, necessários para a adequada compreensão das novas e complexas situações de vida, sobre as quais amiúde as intervenções do estado sociais são chamadas a operar.”²⁸⁷ Mais grave ainda é que estavam fortemente apegados à cultura contenciosa, aplicando procedimentos marcadamente formais e demorados, e assim, incompatíveis com a nova ordem imposta pelo *welfare*.

Por outro lado, o enfraquecimento do legislativo é tomado pela imensidão de leis formuladas que não encontram eco na realidade social, seja porque vieram tarde para o momento, seja porque são ambíguas ou contraditórias, normalmente, respostas de classes representadas no congresso e não produzidas racionalmente pela contraposição objetiva de custos e objetivos. O compromisso com a economia e com os interesses privados fez surgir o fenômeno da inflação legislativa, derramando ao mundo um grande número de normas descartáveis e distorcidas.

Por outro vértice, o declínio do reconhecimento legítimo do Parlamento é a assunção e supremacia dos Estados administrativos guiados pela burocracia, outro grande risco a fomentar o paternalismo estatal ou o autoritarismo, momento em que os indivíduos sentem-se perdidos pela máquina burocrática, e com isso, incapazes de reunirem-se em grupo exercendo cidadania

²⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 90

²⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. 1993. p. 91

²⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*. 1993. p. 51

ativa em busca de seus interesses comuns. “Não é decerto sem boas razões que tão grande parte da filosofia, psicologia e sociologia modernas trata exatamente dos temas da solidão e do sentido de abandono e alienação do indivíduo atual, a sua ‘solidão na multidão’, tornados de escaldante atualidade.”²⁸⁸

A objeção mais firme contra a criação judicial do direito, vem daqueles que a consideram antidemocrática, já que advinda da pena e da valoração pessoal de um pessoa, ainda que contra a vontade da maioria. Tal, afirmação se agudiza pela autorização ao judiciário de controle das leis, quando podem declarar sua pertinência ou não com o ordenamento jurídico.

Cappelletti²⁸⁹, refuta, por diversos motivos o argumento de que o judiciário se constitui em plano antidemocrático para essas decisões. A primeira vista, parte da constatação da ciência política quanto à incapacidade dos poderes políticos – executivo e legislativo – de representar o consenso dos governados, ao contrário do judiciário, firme expressão da democracia representativa, notadamente, entre os três, com maior blindagem quanto à influência de interesses particulares. Certamente o Estado social não é criação jurisdicional, e sim, legislativa, porém, o assoberbamento do congresso com a criação de infinidades de leis e arrogando-se inúmeras competências, fez com que aparentasse um certo congelamento e incapacidade de responder imediatamente aos desejos da sociedade o que fez, por certo, trazer ao judiciário essa competência de dizer o direito com maior segurança. Essa excessiva influência externa de interesses privados sobre a produção legislativa é que faz questionar a legitimidade democrática do legislativo para produção da norma, e assim, destrói o argumento de antidemocrático pichado sobre o judiciário.

O segundo argumento apontado por Cappelletti²⁹⁰ como demonstrativo da falácia antidemocrática do judiciário, é o fato de que tanto nos países de *Comon Law*, quanto nos de *Civil Law*, nestes, pela criação dos Tribunais Constitucionais, as nomeações de seus membros ocorrem de forma

²⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. 1993. p. 45

²⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. 1993. p. 94

²⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* 1993. p. 97

política e com muita freqüência, trazendo grande oxigenação do pensamento político em suas decisões.

Noutra perspectiva, o eixo substancialista defendido por Cappelletti, acredita que o ativismo judicial poderá reforçar o próprio sistema representativo político. Isso se explica pelo fato de que mesmo nas democracias mais desenvolvidas o acesso ao espaço público, onde é permitida a exigibilidade de seus direitos, está demasiadamente enfraquecida nos sistemas políticos, reforçando a responsabilidade dos Tribunais em dar voz e visibilidade à sociedade.

Segundo Cappelletti, é extremamente saudável um sistema de representatividade onde os representados tenham acesso à fonte de poder. No entanto, os sistemas atuais estão extremamente burocráticos e inacessíveis, ao contrário do procedimento jurisdicional que desenvolve-se “[...] em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.”²⁹¹ Não se omite o fato de que juízes também podem tornar-se excessivamente distantes e burocráticos, porém, a ordem legal do sistema democrático tem condições de intervir para corrigir essas deformações.

O erro mais evidente nas análises até o momento realizadas, segundo Cappelletti, é querer exigir da atividade jurisdicional o mesmo modelo de legitimação obtido pelos Poderes Legislativo e Executivo²⁹². O processo jurisdicional está legitimado sempre que o Tribunal esteja garantido pela imparcialidade e independência, e ainda um terceiro elemento sempre desejável para os Estados de direito – que as decisões judiciais estejam sustentadas na lei. “O verdadeiro problema não é portanto o de uma abstrata legitimação, mas é

²⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. 1993. p. 100

²⁹² “Para Dworkin, com para Cappelletti, a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição, documento em que se declararam os direitos e as liberdades fundamentais que se impõem à vontade da maioria.” VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p.34

sobretudo um problema de restrições completas.”²⁹³ O cerne da contenção da criatividade judicial do direito, para Cappelletti, está nos mecanismos de controles que se fazem dessa atividade que reputa inevitável, legítima e democrática. “Os juízes não podem fazer menos do que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional.”²⁹⁴ Essa possibilidade de revisão do direito jurisprudencial ordinário ou constitucional, pelo legislador, é medida que representa a vontade majoritária e por isso, sempre admitida. No entanto, um sistema democrático não é somente aquele que assegura a vontade da maioria, mas também, e muito mais importante, aquele que garante a expressão e preservação da pluralidade e das minorias. Disso é que se reveste a importância da atuação de um Poder Judiciário ativo como *checks and balances* em torno do crescimento dos poderes políticos.

Superadas as diferenças de fundo em suas teorias, o que as duas matizes teóricas – Cappelletti, Dworkin e Habermas, Garapon, - apresentam em comum é a incontestável realidade das democracias contemporâneas fundamentadas sobre Constituições marcadamente principiológicas e políticas, trazendo para o círculo de debates do Poder Judiciário a moral e o rastro político dos direitos. Como ressalta Vianna (et. al.), ao falar dos dois eixos teóricos:

Controvérsias à parte, esses dois eixos analíticos teriam em comum o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã.²⁹⁵

A colocação do Poder Judiciário como contrapeso aos poderes políticos, assegurando a autonomia e a emancipação da sociedade civil, está na base das promessas do novo paradigma que exulta a criatividade jurisdicional do direito, como mecanismo de proteção das liberdades individuais e sociais insertas no texto constitucional.

293 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. 1993. p. 103

294 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. 1993. p. 103

295 VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 24

3.4 A POLÍTICA INSTITUCIONALIZADA NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DE HANNAH ARENDT

A compreensão arendtiana sobre a Constituição e a lei, é ponto importante na análise da força política transformadora que esse instrumento alcançou na atualidade. Arendt é simpática ao republicanismo romano, por entender que estes souberam compreender a importância da lei enquanto contrato, capaz de unir a pluralidade de sujeitos pertencentes ao mesmo espaço. A tradição da lei como instrumento unificador da sociedade foi retomada no século XVIII por Montesquieu e Maquiavel, que afastavam o fundamento transcendental do poder, fortemente defendidos pela tradição cristã e absolutista.²⁹⁶ A constituição enquanto momento fundacional de algo novo, presente na Revolução Americana, tomada como exemplo por Arendt, demonstra a capacidade de um corpo político negar a ordem estabelecida e instituir um novo modelo, desde que haja em concerto.²⁹⁷

A história dos Estados Unidos demonstra a importância do republicanismo para o país por ter permitido, “[...] não apenas a instituição do novo, mas também a sua permanência em uma base distinta da romana, isto é, através do constitucionalismo e de uma tradição de direitos que atualiza o ato fundacional que antecedeu a existência do próprio governo.”²⁹⁸ Porém, esses movimentos demonstram que a instituição de um novo modelo político obtido pelo ato fundacional da lei, que irá gerar o poder somente é possível pelo consentimento e apoio popular resultante da livre troca de opiniões entre iguais.²⁹⁹

Nesse ponto, importante distanciar o pensamento de Arendt da tradição política que ela contestou. Isto porquê, a análise da importância da lei

²⁹⁶ DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000.

²⁹⁷ “Não foi nenhuma teoria teológica, política ou filosófica, mas sua própria decisão de deixarem para trás o velho mundo e se aventurarem em um empreendimento inteiramente seu, que deu origem a uma seqüência de atos e acontecimentos em que teriam perecido senão tivessem [...] descoberto a gramática elementar da ação política [...] cujas regras determinam o nascimento e o ocaso da ação política”. ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. 1988. p. 170 e seguintes.

²⁹⁸ AVRITZER, Leonardo. *Ação Fundação e Autoridade em Hannah Arendt*. n. 68. São Paulo: Lua Nova, 2006. p. 166

²⁹⁹ DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000. p. 249

como geradora do poder e da legitimidade deste, somente é possível quando se tem claro que a categoria poder em Arendt, “[...] corresponde à habilidade humana não apenas de agir, mas para agir em concerto.”³⁰⁰, o que requer, de plano, a pluralidade de sujeitos construtores da ordem social e não, como pensado pela tradição do pensamento filosófico, dentro das limitadas relações de ordem e obediência.³⁰¹ Das distinções conceituais da obra de Arendt, conclui-se que o poder é o ato fundacional da comunidade política. É através do apoio do povo que as leis ganham vida no mundo e pela qual mantém sua legitimidade. O apoio e acordo que geram o poder são traços que demonstram a aproximação de Arendt com o contratualismo. Porém não se trata de vinculação com o jusnaturalismo³⁰² ou o contratualismo vertical de Rousseau e Hobbes, mas o contrato firmado de acordo com a teoria de Locke.

Dessa compreensão arendtiana tem-se que a Constituição é uma convenção baseada no consenso geral da comunidade que define as regras de ação e poder.³⁰³ Como garantidoras das regras do jogo, as constituições ganham estabilidade pelo consenso da comunidade e somente por esta poderá ser alterada. O consentimento pensado por Arendt não é a simples aquiescência com o texto legal, mas a participação ativa em sua elaboração no espaço público. O consentimento pressupõe o dissenso, como fonte de sua legitimidade.³⁰⁴

300 ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. 1994. p. 36

³⁰¹ A tradição que entende o poder como uma relação de mando e obediência (amplamente hegemônica no pensamento político ocidental) operaria do seguinte modo: de um lado, define como tema central dos estudos políticos a relação de mando e obediência, guiando-se sempre pela questão “quem manda em quem?”; de outro, e por conseguinte, entende o poder como sinônimo de violência.” PERISSINOTTO, Renato M. *Hannah Arendt, poder e a crítica da “tradição”*. São Paulo: Lua Nova, n. 61. 2004. p. 107

³⁰² “De fato, Arendt confere grande importância à capacidade de prometer entendida como capacidade de compactuar, mas isso não implica que ela se agarre à ficção do contratualismo jusnaturalista moderno, compreendido como artifício para fomentar e justificar a obediência ao poder constituído, isto é, como um típico fruto da mentalidade do *homo faber* [...]”. No que chamou de versão vertical do contratualismo, Arendt, diz que os cidadãos visando por fim a guerra de todos contra todos cedem todos os seus direitos ao soberano. No que denominou versão horizontal, os indivíduos definem uma aliança e contratam uma forma de governo, se reservando o direito à resistência. DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000. p. 251

³⁰³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1988. p. 225

³⁰⁴ “O consentimento e o direito de divergir tornaram-se os princípios inspiradores e organizadores para a ação, os quais ensinaram os habitantes deste continente a ‘arte de se associar uns com os outros’”. ARENDT, Hannah. *Crises da República*. Trad. José Volkman. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 84

Porém a estabilidade da legislação, somente é possível numa esfera política constituída e permanente. Com a vitória do *animal laborans*, a ação e o *homo faber*, foram sufocados e excluídos da *vita activa*, desaparecendo tudo o que não é necessário para o metabolismo da vida humana. “Desapareceram as atividades e passaram a preponderar as rotinas e os processos.”³⁰⁵

É fato que as conseqüências para o direito da vitória do *animal laborans* na era moderna não foram objeto de estudo de Arendt. Porém, é possível afirmar no lastro de sua obra, que a perda da estabilidade e segurança jurídica da legislação atual, está no fato que numa sociedade guiada pelo *labor* o consumo é mais importante que a durabilidade dos objetos criados.³⁰⁶ Na esfera social, onde o *animal laborans* se desenvolve, o produtor de sua atividade deve ter utilidade para o consumo de suas relações, não havendo qualquer preocupação com a coisa comum que justifique a estabilidade da norma jurídica.

A postura substancialista predominante no direcionamento dos Tribunais Constitucionais parece pretender o deslocamento da esfera pública para o âmbito do Poder Judiciário, onde a política seria discutida dentro das regras democráticas. A concretização de melhores condições sociais no período pós-guerra, produto das políticas do *welfare state*, redimensionou a relação entre os Poderes do Estado, assumindo o Poder Judiciário a arena política, “[...] como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.”³⁰⁷

É a partir desse ponto que a atividade do Parlamento pode vir a conflitar com a atividade jurisdicional. Nos Estados constitucionais, admite-se a revisão judicial da legislação para avaliar sua adequação com o texto

³⁰⁵ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1988. p. 226

³⁰⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1988. p. 226

³⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração heremênutica da construção do Direito*. 2004. p. 40

constitucional. Reverte-se a relação ontológica entre direito e política, quando aquele ao tempo que servia de suporte para definir as regras do jogo político, era também objeto do debate da política. “Uma vez que o direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais; [...]”³⁰⁸

Com a possibilidade de ingresso de Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Mandado de Injunção, a citar alguns dos instrumentos constitucionais de controle do Parlamento, chama-se o Poder Judiciário ao centro do debate político com a possibilidade de negar vigência à leis que obedeceram ao procedimento legislativo e emanaram de autoridades competentes. Não se trata de dizer que legislações violadoras de direitos fundamentais devem prevalecer no sistema jurídico, mormente, quando não se recusa a missão do Poder Judiciário como controlador da legalidade dos demais Poderes. O que se questiona é a legitimidade de um Tribunal intervir no modo como os representantes populares decidiram conduzir a sociedade que representam.³⁰⁹

Ainda que o acesso aos Tribunais seja democrático, a atuação legislativa e intervencionista do Poder Judiciário parece não se adequar ao sentido teórico da política encontrado nos textos de Arendt. A política somente pode surgir da pluralidade e da espontaneidade dos homens, que são pressupostos para constituição de um espaço entre eles, onde a coisa pública vem à evidência nos debates políticos.³¹⁰ O espaço buscado por Arendt, “[...] está muito acima da compreensão usual e mais burocrática da coisa política, que

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2004. p. 49

³⁰⁹ A título de exemplo segundo informações de Vianna (et. al.), entre os anos de 1988 a 1998, ingressaram no Supremo Tribunal Federal 507 Adins, de Governadores. No mesmo período a Procuradoria Geral de Justiça deu entrada em 77 Adins; cerca de 199 foram propostas por Associações de trabalhadores, profissionais e empresariais e outras 45 pela OAB. VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 76/90/105

³¹⁰ “Na diversidade absoluta de todos os homens entre si- maior do que a diversidade relativa de povos, nações ou raças – a criação do homem por Deus está contida na pluralidade. Mas a política nada tem a ver com isso. A política organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade *relativa* e em contrapartida às diferenças *relativas*.” ARENDT, Hannah. *O que é Política?*. 2006. p. 25

realça apenas a organização e a garantia da vida dos homens.”³¹¹ Da mesma forma, como já estudado anteriormente, a política estabelece leis que são aceitas pela comunidade política pelo consenso, ou seja, pela consciência de que surgiram do agir em conjunto. Nessas condições a política é persuasiva, segundo Arendt, porque o Estado não age pela coerção para impor suas determinações.

O Poder Judiciário parece padecer dessa possibilidade. Desembocar a esfera política para um ambiente que não detém espaço para a participação de homens livres que possam expor suas idéias, e ainda, de um Poder que possui força coercitiva para impor suas decisões, parece uma posição que está na contramão do sentido clássico da política e declara sua total falência na modernidade. O espaço hermético do Poder Judiciário não possibilita que os homens se comuniquem coletivamente e possam agir através da palavra, o que torna perigosa a confusão moderna entre a esfera política e a esfera social.

³¹¹ SONTHEIMER, Kurt. *Prefácio in ARENDT, Hannah. O que é Política?* 2006. p. 12

CAPÍTULO 4

A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS SOB A ÓTICA DA TEORIA DE HANNAH ARENDT

A judicialização das relações sociais é o fenômeno que se intensificou com a instituição do *Welfare State*, e a crescente invasão do direito e do Poder Judiciário em práticas sociais, inclusive, aquelas reservadas tradicionalmente à vida privada, onde o Estado mantinha-se afastado.

Trata-se de uma extensa transformação das práticas jurídicas e sociais, com o surgimento de novos atores judiciais, novos direitos individuais e coletivos, reconhecimento de questões familiares e de gênero, incluindo ainda, meio ambiente, consumidor e relações de trabalho.

As pesquisas sobre o tema têm se focalizado na bibliografia da ciência política e da sociologia. A proposta do presente trabalho é inserir no debate da judicialização das relações sociais a teoria de Hannah Arendt, especialmente, suas apreciações sobre as transformações ocorridas nas esferas pública, privada e o surgimento do social e nesse quadro o Poder Judiciário tomaria a vanguarda.

Propõe-se o debate, analisando a possível ascensão do Poder Judiciário como consequência do auge da esfera social na atualidade. Num momento em que os limites entre o que é público e o que é privado não são mais identificáveis, e a economia, a sobrevivência e os paradigmas das relações familiares tomam o centro do debate político, uma inflação legislativa, com caráter mais imperativo do que diretivo das ações é a resposta conseguida pelo Estado social.

Nessa perspectiva é que se analisará as conexões possíveis entre o fortalecimento do Poder Judiciário, como garantidor do princípio da igualdade e a alienação dos indivíduos em relação à política, para se tornarem em consumidores num fenômeno de sociedades de massa.

O desenvolvimento do texto permeia os debates do acesso à justiça até a explosão de conflituosidade ocorrida na sociedade atual, propondo uma reavaliação da conveniência de um Poder Judiciário interventivo e regulador.

4.2 JUDICIÁRIO INTERVENTIVO, ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS.

A expansão da força reguladora do direito não tem alcançado somente a esfera prioritariamente concedida à política, mas vem, cada vez mais, se apropriando dos espaços notadamente privados do âmbito familiar, da educação e das relações econômicas, ou seja, áreas propriamente sociais. A ampliação se deu sob duas frentes distintas, porém, conexas: a assunção de novos direitos decorrentes do Estado Providência/Welfare, e também, pelo surgimento de novos atores. Nas duas formas, admite-se maior atuação do Poder Judiciário em temas que antes atuava somente por exceção. Ao lado deste novo fenômeno, traz-se a constatação da incompetência democrática dos Poderes Executivo e Legislativo de oferecerem respostas seguras à demanda social por justiça o que exige a implementação de direitos assegurados formalmente na Constituição Federal de 1988. Como esclarece Vianna (et. al.)

A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias e da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.³¹²

³¹² VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. 1999. p. 149

Outra resposta aceita para o processo de judicialização do social, que não exclui a primeira, mas a complementa, é a prevalência dada nos sistemas constitucionais à agenda igualitária, que colocou no palco novos atores sociais – afro-descendentes, ambientalistas, etc. -, que cobram maior regulação e normatização de seus direitos de forma a torná-los efetivos jurisdicionalmente.

Também as esferas familiar e do trabalho, áreas estritamente privadas incorporaram características públicas exigindo maior intervenção do Poder Judiciário e da legislação. No contexto familiar, a legislação tem procurado se adaptar às fortes transformações da instituição, que deixou o modelo tradicional, para admitir direitos à concubina, aos parceiros homossexuais, às famílias monoparentais, afetivas, etc. No âmbito do direito do trabalho, a complexidade dos meios de produção gerados pelo capitalismo e pelo mundo globalizado, exigiram maior proteção do trabalhador com aspectos antes desconhecidos, como a fadiga e as patologias mentais, decorrentes do excesso de trabalho ou da atribulação da vida diária.

Na realidade brasileira, a invasão do direito é resposta não só à substituição das instituições representativas da República pelo Poder Judiciário, mas à expressão da ampliação da igualdade num ambiente que desconheceu as instituições da liberdade. “Neste sentido, o direito não é ‘substitutivo’ da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente.”³¹³

Essa permanente autonomia e expansão em relação à política é vista com preconceito pelas forças republicanas de soberania popular firmadas sob a regra da maioria. A própria absorção pelo direito de todos os aspectos da vida social, como economia, família, escola e o mundo do trabalho, “[...] é apontada como responsável por uma patológica colonização do *mundo da vida* que se veria enredado na malha de um processo de juridicização, do que resultaria uma cidadania passiva composta de clientes da ação administrativa do

³¹³ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 150

Estado.”³¹⁴ Se por um lado, a juridicização através do ativismo judicial corrompe a própria soberania popular, noutra norte, corrói o próprio direito, que perderia sua identidade, ao passo que haveria uma contínua dependência da sociedade, fortalecendo o aspecto material e decaindo sua dimensão formal que lhe é própria.

As contribuições mais lúcidas à respeito da atuação do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas são fornecidas pelos estudos da sociologia jurídica³¹⁵, especialmente quando combinados seus resultados com a Filosofia, a Antropologia e a Ciência Política. No primeiro quartel do século XX, a visão normativista e substantivista do direito prevaleceu sobre os estudos sociológicos, como bem apontado por Santos³¹⁶, que se utiliza, no tema que se debate, a estruturação apresentada por Ehrlich, como: o direito vivo e a criação judiciária do direito.

A distinção construída por Ehrlich, e resgatada por Santos, entende por direito vivo a tradicional contraposição entre o direito oficialmente estatuído e formalmente vigente e a normatividade emergente das próprias relações sociais pela qual decorrem soluções para os conflitos sociais. A segunda distinção, e a mais importante para o nosso debate, revolve a clássica distinção entre a norma abstrata instituída pelo legislador e a normatividade resultante da decisão do juiz. Esse segundo momento, como apontado por Sousa, “[...] ao deslocar a questão da normatividade do direito dos enunciados abstractos da lei para as decisões particulares do juiz, criou as pré-condições teóricas da transição

³¹⁴ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Revolução processual do direito e democracia progressiva*. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 340

³¹⁵ “A sociologia do direito só se constituiu em ciência social, na acepção contemporânea do termo, isto é, em ramos especializado da sociologia geral, depois da segunda guerra mundial. Foi então que, mediante o uso de técnicas e métodos de investigação empírica e mediante a teorização própria feita sobre os resultados dessa investigação, a sociologia do direito verdadeiramente construiu sobre o direito um objecto teórico específico, autónomo, quer em relação à dogmática jurídica, quer em relação à filosofia do direito.” SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11 ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 161

³¹⁶ “Uma das ilustrações mais significativas deste peso dos precursores consiste no privilegiamento, sobretudo no período inicial, de uma visão normativista do direito em detrimento de uma visão institucional e organizacional e, dentro daquela, no privilegiamento do direito substantivo em detrimento do direito processual, uma distinção ela própria vinculada a tradições teóricas importadas acriticamente pela sociologia do direito.” SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006. p. 161

para uma nova visão sociológica centradas nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito.”³¹⁷ Também dessa tradição da sociologia jurídica, está a compreensão de Weber, que conforme Santos³¹⁸, afirma o direito nas sociedades capitalistas como um monopólio estatal conduzido por critérios de racionalidade e funcionários especializados segundo processos lógicos e burocráticos.

Weber concebe o direito como aquilo que o legislador, democraticamente ou não, definiu segundo um processo institucionalizado. As ordens estatais modernas, nessa compreensão, são desdobramentos da dominação legal mantidas somente por uma crença na legalidade como legitimidade. Assim, não há qualquer vinculação entre direito e moral, já que o direito dispõe de uma racionalidade independente.³¹⁹ A concretização material dos direitos pleiteadas frente ao Estado social não tem coerência com a formulação de uma ordem jurídica racional e formal. “A racionalização do direito, nos estudos de Max Weber, contempla a racionalidade dos conceitos e práticas legais (o tipo e grau de racionalidade do direito, o caráter formal ou material dos procedimentos e critérios de decisão utilizados), em direção a um direito racional-formal.”³²⁰

As necessidades de maior intervenção do Estado na realidade social são decorrentes da materialização do direito burguês no Estado social e não são unicamente decorrências do crescimento das prescrições jurídicas nas sociedades complexas. O Estado social atendeu aos reclamos por maior justiça e com isso partiu estrategicamente para conferir um sistema de compensações e regulamentações. A diferenciação objetiva das esferas jurídicas depende de forma convexa das estruturas técnico-jurídicas e também de uma

³¹⁷ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006. p. 163

³¹⁸ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006. p. 163

³¹⁹ “Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa ‘racionalidade’, não se pode apelar para a razão prática de Kant ou de Aristóteles.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. vol. II. 2003. p. 193

³²⁰ MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. *Sociologia do direito em Max Weber: processos de racionalização e de juridicização das relações sociais*. In Produção científica CEJURPS – 2006/ Universidade do Vale do Itajaí – Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006. p. 33

estrutura de associação política, fatores que influenciam no desenvolvimento formal do direito.

Nesse ponto entra em debate a célebre distinção dos conceitos weberianos entre “formal” e “material”, aduzindo que a introdução desse último no ordenamento jurídico, destrói sua racionalidade formal. “Weber comprova sua tese, utilizando principalmente exemplos do direito liberal privado, cuja função era garantir, através de leis públicas, abstratas e gerais, a vida, a liberdade e a propriedade e a propriedade dos sujeitos de direitos privados que celebram acordos.”³²¹ Noutro canto, buscando a materialização de direitos estão nas áreas do direito social, no direito do trabalho, do cartel e da sociedade.

A compreensão da tendência de materialização do direito é melhor compreendida quando contraposta à construção formal de seu conteúdo, o que segundo Habermas, na teoria weberiana é justificada pelo trabalho acadêmico de dogmáticos do direito. Os três aspectos destacados por Habermas³²², para um direito formal são:

Em primeiro lugar, a estruturação sistemática de um *corpus* de proposições jurídicas claramente analisadas coloca as normas vigentes numa ordem visível e controlável. Em segundo lugar, a forma da lei abstrata e geral, não configurada para contextos particulares especiais, nem dirigida a destinatários determinados, confere ao sistema de direitos uma estrutura uniforme. E, em terceiro lugar, a vinculação da justiça e da administração à lei garante uma implementação confiável dessas leis.

Com esse compasso, a juridicização provocada pelo Estado social, suprime a distinção entre direito público e privado e não esfacela a unidade do direito, inclusive, quanto a compreensão da hierarquia normativa. O ponto de inflexão é que um sistema legal de objetivos e programas finalísticos elastecem a clara distinção que existia entre a lei e a administração da justiça, e ainda, introduz no ordenamento legal preocupações exteriores de ordem política e moral que não podem ser previstas facilmente.³²³

³²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. vol. II. 2003. p. 195

³²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. vol. II. 2003. p. 195/196

³²³ “Nesta medida é possível falar, em sentido descritivo, de uma ‘materialização’ do direito. Para atribuir a esta expressão um sentido crítico, Max Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: a) a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais; b) a

São essas críticas que fazem Weber colocar o direito na sua compreensão unicamente formal, entendendo a materialização de direitos advindos do Estado social, como uma juridicização que leva o Poder Judiciário a navegar em áreas que não lhe pertencem. Necessário, nessa altura, definir qual a compreensão de Weber sobre racionalidade, o que, para Habermas³²⁴, pode ser tomada em três aspectos:

Em primeiro lugar, ele parte de um conceito amplo de técnica, que inclui o sentido de técnica de oração, de pintura, de educação, etc., a fim de mostrar que aquilo que em geral segue uma regra é importante para uma certa racionalidade do agir. Padrões de comportamento confiavelmente reproduzíveis podem ser previstos. E, quando se trata de regras técnicas e perfectíveis da dominação da natureza e do material, a *racionalidade geral de regras* assume o significado mais estrito de racionalidade instrumental. *Em segundo lugar*, Weber fala em *racionalidade de fins*, quando não se trata mais de aplicação regulada de meios, mas de seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. [...] *Em terceiro lugar*, Weber também considera racionais os resultados do trabalho intelectual de especialistas, os quais enfrentam analiticamente os sistemas simbólicos tradicionais [...]. Tais realizações doutrinárias são expressão de um pensamento científico-metódico, que tornam o saber ensinável mais complexo e específico.

Tomando em conta a racionalidade das regras e da construção de um sistema jurídico lógico-formal, tem-se um direito moralmente neutro, basicamente, orientado pela aplicação de regras a comportamentos, criando um modelo matemático de ações e conseqüências jurídicas. Como define o próprio Weber³²⁵:

O trabalho jurídico atual, pelo menos naquilo com que alcançou o mais alto grau de racionalidade lógico-metódica, isto é, a forma criada pela jurisprudência do direito comum, parte dos seguintes postulados: 1) que toda decisão jurídica concreta seja a 'aplicação' de uma disposição jurídica abstrata a uma 'constelação de fatos' concreta; 2) que para toda constelação de fatos concreta deva ser possível encontrar, com os meios da lógica jurídica, uma decisão a partir das vigentes disposições jurídicas abstratas; 3) que, portanto, o direito objetivo vigente deva constituir um sistema 'sem lacunas' de disposições jurídicas ou conter tal sistema em estado latente, ou pelo menos ser tratado como tal par aos fins da aplicação do direito; 4) que aquilo que, do ponto de vista jurídico, não pode ser 'construído' de modo racional também não seja relevante para

materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segundo a qual, o estabelecimento de um nexos interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita o *medium* do direito enquanto tal. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. vol. II. 2003. p. 197

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. vol. II. 2003. p. 197/198

³²⁵ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 1996. p. 13

o direito; 5) que a ação social das pessoas seja sempre interpretada como 'aplicação' ou 'execução' ou, ao contrário, como 'infração' de disposições jurídicas [...] isto porque, de modo correspondente à ausência de lacunas no sistema jurídico, também a 'situação jurídica ordenada' seria uma categoria básica de todo acontecer social.

Com o processo de judicialização típico do Estado social, esses aspectos formais do direito são prejudicados e o legislador passa a soterrar a estrutura social com um emaranhado de normas reguladoras e compensadoras, que abrem um espaço amplo de decisão do Poder Judiciário. “Os Tribunais têm que trabalhar com cláusulas gerais e, ao mesmo tempo, fazer jus ao maior grau de variação de contextos, bem como à maior interdependência de proposições jurídicas subordinadas.”³²⁶

Um panorama sobre a construção teórica da sociologia jurídica, demonstra, segundo Santos³²⁷, como mesmo de forma diversificada todas essas nuances ocorridas no século XX, privilegiaram a vertente normativista e substantivista, na análise das célebres dicotomias entre o direito vigente e o direito eficaz ou na capacidade de contribuição do direito na transformação e desenvolvimento sócio-econômico das sociedades tradicionais, esquecendo da importância das questões processuais, institucionais e organizacionais. Essa conjuntura somente se alterou a partir do início da década de 60, especialmente, por três fatores apontados por Santos³²⁸:

Em primeiro lugar, o desenvolvimento da sociologia das organizações, um ramo da sociologia que tem em Weber um dos principais inspiradores, dedicado em geral ao estudo dos agrupamentos sociais criados de modo mais ou menos deliberado para a obtenção de um fim específico [...]. A segunda condição teórica é constituída pelo desenvolvimento da ciência política e pelo interesse que esta revelou pelos tribunais enquanto instância de decisão e de poder políticos. [...] A terceira condição teórica é constituída pelo desenvolvimento da antropologia do direito ou da etnologia jurídica.

Ao lado dessa estruturação teórica propícia, as condições sociais, com o surgimento de novos movimentos a par dos movimentos operários,

³²⁶ MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. *Sociologia do direito em Max Weber: processos de racionalização e de juridicização das relações sociais*. 2006. p. 38

³²⁷ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006. p. 164

³²⁸ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006. p. 164

inseriram a luta da igualdade em outro plano, confrontando-a com a desigualdade advinda da lei. O papel democrático de intermediação entre a sociedade civil e o Estado era realizado pelos partidos políticos, que no entanto, passam a ser representados por oligarquias que visam atender unicamente seus interesses. Por outro lado, a complexidade das sociedades modernas, cria diversos grupos de interesse que precisam de espaço público para escoar suas reivindicações através de organizações que facilitem a comunicação de suas vontades.³²⁹

O recuo das instituições tradicionais de representação da sociedade, como os partidos políticos e sindicatos, fez emergir a partir dos anos 80, grande número de organizações não-governamentais buscando a efetivação de direitos básicos. “O papel político dessas organizações tem se afirmado nas várias Conferências e em atuações práticas, como monitoramento de atividades do parlamento, atuação nas eleições através do debate das plataformas dos candidatos, mobilizações para reforma social e desenvolvimento democrático [...]”.³³⁰ Esses movimentos produzem grande transformação comunicativa e discursiva nos espaços públicos, e ainda, na interação com o Estado, não se fixando somente como “[...] um contrapoder, mas um poder de convocação, mas um poder de convocação, inovação e experimentação social. A participação assume, assim, formas mobilizatórias, reivindicatórias, de gestão e co-gestão de serviços, ou institucionais e simbólicas, [...]”³³¹.

³²⁹ “A idéia central que defendemos é de que há duas instâncias que podem estar articuladas, porém, com papéis diferenciados, ainda que nem tão dicotomizados como assinala Quere. Na instância mediadora – esfera pública – também se produz visibilidade e as ações e atores devem aparecer, até porque a sociedade como um todo deve conhecer e debater as questões e mobilizar-se para que propostas sejam aceitas pelos agentes do Estado. De igual maneira, na outra instância – espaço público – realizam-se debates, negociações, entre os diversos atores, para que se formulem as propostas a serem apresentadas da esfera pública.” TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 3 ed. São Paulo: Cortez: Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2002. p. 46/47

³³⁰ “Mais recentemente, vêm-se combinando ações judiciais à ação direta, caso do Movimento Nacional de Aliança dos Povos na Índica (Bangladesh), que procura ocupar terras urbanas vazias e construir habitações, tentando depois legalizá-las pela via administrativa ou judicial [...] Na América Latina, combina-se a implementação de projetos para melhoria de condições de vida, financiados por ONGs e agencias internacionais, com amplos debates de questões institucionais e dos direitos humanos [...]” TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 2002. p. 96/97

³³¹ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 2002. p. 98

A segunda condição social, determinante para esse novo quadro da sociologia jurídica, foi o interesse nas transformações operadas pelo Estado-providência³³², resposta dada pelas lutas sociais ao Estado liberal, objetivando recuar as desigualdades econômicas que esse provocou. Esse período é marcado pelo início da crise da administração da justiça fenômeno ainda presente. “A consolidação do Estado-Providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance.”³³³

Se por um lado o Estado-Providência foi um alento na possibilidade de superar as desigualdades sociais, por outro esvaziou a capacidade dos espaços democráticos da política de apresentar propostas que reunissem um consenso sobre o interesse comum, e ainda, apresentou uma nova sociedade consumidora e operária. Ora, uma sociedade predominantemente formada por operários e com novos direitos sociais garantidos, traz a necessidade que os conflitos advindos de sua relação com o capital sejam dirimidos pelo judiciário. De outro lado, a inserção maciça da sociedade nos meios fabris incluiu o corpo de trabalho feminino que redimensiona o nível das relações familiares, trazendo a mulher como provedora financeira, alterando radicalmente a relação matrimonial, de manutenção do lar ou em medidas como o modo de educar os filhos, resultando em conflituosidade que destrona o patriarcado do direito de família e reboca os conflitos para o Poder Judiciário.

A conflituosidade administrada pela justiça trouxe o congestionamento do Poder Judiciário com grande número de processos e logo demonstrou inevitáveis constatações: o Estado não detinha capacidade financeira para cumprir com as promessas sociais do *Welfare*, e uma das conseqüências, foi a incapacidade de investimento na administração da justiça, que se agravou a partir da década de 70, “[...] num período em que a expansão económica

³³² “Welfare State (Estado do Bem-Estar Social) representa um modelo de Estado que desenvolve políticas de bem estar social, com significativa intervenção na economia e na sociedade. A social democracia é a base para a formação do Welfare State e as políticas keynesianas formam, por sua vez, a face económica do mesmo Estado.” RAMOS, Flávio. *É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias?* In BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia & Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. Itajaí: UNIVALI, 2005, p. 51

³³³ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006. p. 165

terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão com carácter estrutural.”³³⁴

A ruptura com o modelo liberal de Estado e como consequência do próprio paradigma abstencionista da administração da justiça, trouxe à cena novos atores, principalmente, dos movimentos operários que resultaram em conquistas públicas por melhores condições de trabalho, ambiente normalmente reservado a privacidade. “O Direito do Trabalho, nascido dos êxitos daquele movimento, conferiu um carácter público a relações da esfera privada, como o contrato de compra e venda da força de trabalho, consistindo em um coroamento de décadas de luta do sindicalismo.”³³⁵ Essa imersão das preocupações privadas na esfera pública fizeram desaparecer os limites que separavam o Estado da sociedade civil. No mesmo passo, o direito do trabalho, ao procurar compensar os menos favorecidos (trabalhadores), transmutou a ordem liberal para trazer à esfera pública uma preocupação com a concretização da igualdade também nas relações privadas, e assim, inseriu na agenda política o tema da justiça social.³³⁶

A codificação do direito do trabalho dentro da área do direito público significou a aproximação de princípios desta esfera com princípios de direito privado – ou seja, a disponibilidade da força de trabalho com a proteção do economicamente desfavorecido -, a exemplo do que prevê a ideologia do *welfare* quanto a conexão entre a administração pública e o mercado. “Se o direito privado clássico se assentava sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto da autolimitação dos indivíduos, o fato de ele ter admitido um elemento de justiça, como a proteção do ‘economicamente desfavorecido’ introduzida pelo Direito do

³³⁴ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006. p. 166

³³⁵ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 15

³³⁶ “Portanto, na raiz da legislação welfareana esteve presente um movimento social que, após se afirmar no terreno da sociedade civil, alcançou, pela mediação dos partidos políticos, a esfera pública. Nos países de organização política liberal, a concretização dos direitos do welfare não é, pois, estranha à trajetória clássica da democracia representativa, uma vez que a passagem do paradigma do direito formal burguês, na designação de Habermas, para o direito welfareano resultou da manifestação do voto de maiorias parlamentares, a partir de uma prévia e favorável sedimentação da opinião no terreno da sociedade civil.” VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 16

Trabalho, emprestou-lhe um novo significado, pondo-o também a serviço da justiça social.”³³⁷

A idéia marcante do *welfare* é a contraposição da compreensão do trabalho na aurora do capitalismo como troca da força produtiva pela remuneração, inserindo uma legislação social protetiva, que atravessa nas relações privadas um cunho civilizatório. “Aquele direito penetra as relações privadas, retirando-as dessa esfera de arbítrio onde impera a lei do mais forte.”³³⁸ O redimensionamento da relações trabalhistas, insere no debate jurídico a tomada da pessoa humana sob outro ponto de vista -, em sua singularidade, identidade e liberdade.

Desde sua criação na década de 40, a justiça do trabalho está em franco desenvolvimento com o aumento contingencial do número de processos anuais. Enquanto nas décadas de 70 e 80 a média de acréscimo do número de processos era pouco superior a 35 mil por ano, nos anos 90, verificou-se o ingresso de mais de 110 mil processos por ano. É saliente a forte relação entre o crescimento das demandas trabalhistas com o período de maior liberdade de expressão democrática dos organismos de classe na conjuntura política, representando para Cardoso, maior acesso à justiça, fenômeno que tem seu ápice na década de 90.³³⁹

As transformações paradigmáticas parecem ter ecoado primeiramente no direito privado, o que se explica em grande parte pela

³³⁷ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 16

³³⁸ CARDOSO, Adalberto Moreira. *Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo*. in VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 510

³³⁹ “1 – entre 1941 e 1961 o ritmo de acesso à justiça cresce em média 14% ao ano, [...] atingindo 155 mil processos acolhidos nas Juntas de Conciliação e Julgamento [...] ao acréscimo médio de 7.024 processos ao ano no movimento processual. 2 – entre 1962 e 1970 o movimento processual sofre seu primeiro salto importante, com picos em 1963 (ano da turbulência social sob Jango) e 1970, já em meio à repressão do AI-5. [...] o acréscimo médio de 32.532 processos ao ano [...]. 3 – entre 1971 e 1973 o crescimento torna-se negativo, coincidindo com o período mais negro da ditadura. A queda é de mais de 14 mil processos ao ano, em média. 4 – de 1974 a 1987 ocorre novo crescimento vertiginoso [...] Cada ano acrescenta novas 36.293 unidades ao movimento processual. 5 – entre 1988 e 1997 ocorre efetiva explosão nas demandas, com cada ano recebendo 112.489 processos a mais que no ano anterior [...]. 6 – finalmente entre 1998 e 2000 a queda é constante, a uma taxa próxima do acréscimo anterior. , Adalberto Moreira. *Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo*. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 340

preponderância de seu desenvolvimento colocado sob a Ciência Jurídica e o direito aplicado pelos juízes. No decorrer do século XIX, até o código civil de 1900, o direito privado estruturava-se de forma hermética, situação que somente veio se alterar com o movimento constitucionalista democrático. Como assinala Habermas³⁴⁰:

Sob a premissa da separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da idéia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intromissões do Estado, tinha que garantir o *status negativo* da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status jurídico positivo* das pessoas privadas mantendo a proteção do direito individual.

A doutrina civilista, não vendo com bons olhos o que denominou de submissão do direito privado à princípios de direito público disfarçados pela face constitucional, alegou a ruína de um edifício autônomo e unitário onde tinha se construído a teoria civilista. Nessa nova situação a dificuldade do direito civil é trabalhar com a emergência do Estado social e a sobreposição dos critérios de justiça que orientaram sua gestão. A primeira convicção a esbarrar na ideologia do Estado social foi a autonomia de contratar e a disponibilidade de direitos que direcionavam a doutrina do direito privado, e passam, a sofrer interferências com a introdução de princípios éticos que não visavam somente a autodeterminação individual mas a justiça social. “O ponto de vista da justiça social exige uma interpretação diferenciadora de relações jurídicas formalmente iguais, porém diferentes, do ponto de vista material, sendo que os mesmos institutos jurídicos preenchem funções sociais distintas.”³⁴¹ Ainda que não se tenha verificado nenhuma alteração na compreensão da autonomia privada, que permanece sendo o máximo de liberdade de ação subjetivas iguais para todos, o que se altera é o espaço onde se realiza essa autonomia privada. Desmistificando o postulado liberal de que a esfera do mercado e da sociedade econômica são espaços isentos de poder, somente se prevê a concretização da

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. vol. II. 2003. p. 132

³⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. vol. II. 2003. p. 134

liberdade jurídica após o Estado social com a materialização do direito vigente ou a criação de novos direitos.

Assim o *welfare* que já havia garantido a proteção do mercado de trabalho, tem no legislativo um operário constante de uma legislação que redimensiona as relações entre o público e o privado, pondo a própria economia e as relações sociais sob os auspícios da administração pública. Com essa intervenção da justiça social no direito privado, as relações sociais passam a ser mediadas por instituições democráticas e não dependem mais exclusivamente da esfera privada. Essa mediação da macroeconomia pelo direito, inclui seus procedimentos em todas as ações do capitalismo que se consolida nesse período. “A progressiva racionalização [...], na medida em que supõe ação tempestiva, conhecimento específico em matérias de alta especialização e perícia técnica no momento da intervenção, esteve na raiz da ultrapassagem do Legislativo pelo Executivo, em termos de iniciativa das leis e da regulação normativa do *welfare*.³⁴² A inflação legislativa de um Estado administrativo e paternalista, com forte aspecto burocrático e controle político, trouxe como conseqüência uma cidadania apática e reduzida a ser clientela do Estado.

A própria queda do paradigma do Estado nacional a partir da década de 80, como já apontado no capítulo I, foi momento decisivo para retirada de campo da participação estatal na economia e sua intervenção com medidas reguladoras e políticas públicas, com a abertura do mercado para oferta de serviços como educação, saúde, habitação, energia ou telecomunicações. O Estado reservou-se a comparecer somente em condições adversas provocadas por deturpações climáticas ou sociais. “As novas formas de gestão fariam parte dessa tentativa de contornar a concepção neoliberal de Estado mínimo, mas também de fugir do padrão do estado centralizador e, conseqüentemente, ineficaz para atender demandas sociais multifacetadas.”³⁴³

³⁴² VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 19

³⁴³ RAMOS, Flávio. *É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias?* in BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia & Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. 2005, p. 56

Uma das promessas da democratização do acesso aos tribunais é a concretização da garantia do próprio acesso à justiça, não somente jurídico-formal, mas especificamente a equalização de forças processuais capazes de superar as desigualdades sócio-econômicas que relacionam o processo civil e a justiça social. Essa nova preocupação do acesso à justiça material e não somente formal, é preocupação resultante da consolidação dos direitos sociais após a segunda guerra mundial. A nova compreensão colocou o acesso à justiça como “[...] um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais.”³⁴⁴ A partir de então, tornou-se necessária a remodelação de toda a justiça civil, para transpor seu paradigma técnico e formal, socialmente neutra e dar-lhe uma vocação também social e responsável pelas transformações operadas pelos direitos sociais.

Como assevera Cappelletti, a definição terminológica e jurídica de acesso à justiça é difícil, porém, indispensável para nortear as finalidades básicas do sistema jurídico. Numa perspectiva de amplo acesso como garantia da justiça social, para Cappelletti, a definição deve representar “[...] o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema dever ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”³⁴⁵

A mudança do paradigma que direciona a compreensão sobre acesso à justiça para incluir o efetivo direito individual e social, ocorreu juntamente com as alterações na disciplina do processo civil, marcadamente influenciado pelos liberais burgueses. Nos auspícios dos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era tido como direito natural, e estes, não requeriam proteção positiva do Estado, mas apenas a garantia formal de que não seria violado o direito individual de acesso à justiça. “O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer

³⁴⁴ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006. p. 168

³⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 8

seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.³⁴⁶ As práticas do sistema jurídico civil, aguardam a provocação das partes e se limitam a arbitrar para uma delas o objeto jurídico litigado. Segundo Roesler³⁴⁷:

A característica básica da instituição judiciária é a sua capacidade de dirimir os conflitos sociais pela emissão de uma decisão final e inapelável, que deve contar ainda com meios coativos para ser imposta se necessário for. Tal perfil institucional corresponde a um modelo de Sociedade, de papel do poder público e de conflito jurídico. Nesse sentido ele está ligado à concepção liberal clássica, à teoria da separação de poderes e a um conflito que se instaura entre duas partes individualmente caracterizadas em torno de um objeto definível e que é adjudicado a uma delas.

Para Roesler³⁴⁸, a reforma processual brasileira tem o desafio de adaptar o direito processual às novas posturas colocadas pelo Estado de bem-estar, com grande foco na instrumentalidade e efetividade do processo e flexibilizando a exigência de autonomia e abstração em relação ao direito material, marcas da disciplina nos séculos XIX e XX.

A responsabilidade pela “pobreza no sentido legal”³⁴⁹, não era pauta das preocupações do Estado. A justiça no sistema de *laissez faire*, como outros bens economicamente adquiríveis, reservava-se aos que pudessem por ela pagar. O sistema se preocupava, eminentemente com o acesso formal à justiça, ainda que não representasse o acesso efetivo.

As alterações na concepção sobre o efetivo acesso à justiça foi reflexo das próprias alterações ocorridas nos sistemas de direito. Com a complexidade adquirida pelas sociedades regidas pelo *laissez faire*, paulatinamente, foi se deixando a ação individual para iniciar um movimento coletivo. Para Cappelletti, exemplo dessa transformação é o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, que fez a previsão de diversos direitos sociais. A referência política desse período era marcadamente o *welfare state*, que permitiu

³⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 9 “Esses direitos eram considerados anteriores aos Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros.”

³⁴⁷ ROESLER, Claudia Rosane. *A reforma do processo civil no Brasil e a crise do Poder Judiciário*. Disponível em: www.advocaciapasold.com.br. Acesso em: 15 de fevereiro de 2006.

³⁴⁸ ROESLER, Claudia Rosane. *A reforma do processo civil no Brasil e a crise do Poder Judiciário*. Disponível em: www.advocaciapasold.com.br. Acesso em: 15 de fevereiro de 2006.

³⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 9

ingresso nos sistemas constitucionais maiores garantias de acesso à justiça com vistas a “[...] armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.”³⁵⁰

A partir desse momento histórico, o acesso à justiça, numa visão substancial, tem ocupado lugar especial nas pesquisas dos processualistas e colocada dentre os direitos humanos fundamentais. A nova percepção do processo civil deve levar em consideração à função social nas regras processuais como sistema jurídico não meramente secundário, mas com impacto social. “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.”³⁵¹

O caminho para concretizar o acesso à justiça, segundo Cappelletti, importa no reconhecimento e na superação dos obstáculos presentes no ordenamento jurídico para a sua presença. O primeiro obstáculo apontado, refere-se ao alto custo para que se possa litigar em juízo. Ainda que o Estado suporte os gastos com juizes e funcionários, as custas judiciais para ingresso em juízo e ainda, associado aos honorários de advogados e a própria sucumbência são fatores que afastam a presença da sociedade nos tribunais com vistas a garantir seus direitos.³⁵²

Outro entrave ao acesso à justiça, está relacionado à desigualdade financeira das partes quando em juízo e a incapacidade de reconhecer um direito e propor uma ação. O processo civil, marcadamente individual, impõe às partes o dever de produzir as provas que demonstrem seus direitos. Se a parte demandada tem maior poder financeiro, poderá, unicamente por aspectos formais, sucumbir o direito da outra parte por sua insuficiência financeira³⁵³. Noutra ponta, a própria formação cultural e o *status* social, são fortes impedimentos para o acesso à justiça. As aptidões pessoais dos litigantes

³⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 11

³⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 13

³⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 18

³⁵³ “Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 22/23

em juízo, podem ser limitadas pela dificuldade que tenham de reconhecer um direito, por falta de conhecimento jurídico básico; a precária informação do modo de se propor uma ação e por fim, a indisposição psicológica de recorrer aos procedimentos judiciais, mesmo quando tenham conhecimento de profissionais qualificados capazes de orientá-las.³⁵⁴

Por fim, uma terceira barreira ao acesso à justiça, está na constituição de novos direitos difusos e coletivos. Os entraves na defesa e judicialização das violações desses direitos, está, principalmente, na dificuldade de organização das partes atingidas. O processo civil ainda não está armado suficientemente de instrumentos processuais para oferecer respostas seguras em demandas coletivas. “Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar esse interesse seja unificado e expresso.”³⁵⁵

A análise dos fatores que impedem o efetivo acesso à justiça, demonstra, para Cappelletti³⁵⁶, maiores dificuldades para os pobres em propor ações individuais contra grupos corporativos e organizacionais. Assim, a adequação do ordenamento jurídico as exigências de garantias de direitos do Estado de bem-estar, demonstram a inadequação da garantia substancial de acesso à justiça, quando em lados opostos estão consumidores e fornecedores, ou a sociedade contra os poluidores, etc.

As respostas a essas dificuldades de acesso à justiça, promoveram, a partir de 1965 três ondas reformistas que pretendiam dar respostas a falta de efetividade material ao acesso à justiça. A primeira onda foi a *assistência judiciária*, a segunda, denominada de *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*; e a terceira, como *ênfase de acesso à justiça*³⁵⁷.

³⁵⁴ “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos Tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.” CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 24

³⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 27

³⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 28

³⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 31

A assistência judiciária, primeira onda de reforma processual para garantir o acesso à justiça, tem conseguido bons resultados ampliando a oferta de orientação técnica jurídica as classes menos favorecidas economicamente. Porém, os advogados públicos normalmente são financiados pelo Estado, e para garantir a grande demanda social por assistência judiciária, principalmente para apoio na reivindicação de novos direitos, que não aqueles da área de família e criminal, seria necessária a contratação de muitos profissionais, sendo que em economias de mercado, encontra impedimento sério nos orçamentos dos Estados.³⁵⁸

A segunda onda de reforma, centrou-se principalmente na defesa dos direitos difusos, provocando uma forte reforma na idéia que direcionou o processo civil nos séculos XVIII e início do século XIX. A magistratura, com as novas leis do processo coletivo, teve que redimensionar as noções de litígios de direito público, direito de ser ouvido, representação ou coisa julgada. A proposta de Cappelletti³⁵⁹ para proteção dos direitos difusos, requer uma *solução pluralística (mista)*, com a interação de uma assessoria pública, ações de grupos particulares e com ações coletivas que podem tornar-se medidas capazes de garantir certa eficiência para a defesa dos direitos difusos.

A terceira onda do enfoque de acesso à justiça, não exclui as duas primeiras apresentadas, mas vai além, prevendo de forma mais complexa, o acesso à justiça como a conjunção da presença de advogados públicos para assistência individual e coletiva com a presença de instituições e mecanismos para processar e prevenir o surgimento de novos litígios.³⁶⁰

³⁵⁸ “Em economias de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também. Poucos advogados se interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos.” CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Fabris, 1988. p. 47/48

³⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 66/67

³⁶⁰ “Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. [...] Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de

A segunda perspectiva a ser analisada na judicialização das relações sociais, concerne a politização da magistratura, de modo a torná-la mais sensível aos problemas políticos que abalam e corroem o sistema social com desigualdades e injustiças. Esta reflexão se torna importante, quando se reconhece o direito como um subsistema político, e assim, ao revés de influências externas em suas decisões e, emitindo decisões que trarão diversas conseqüências no próprio meio social.

Essa postura de politização da magistratura, traz uma tripla crítica a atuação dos juízes, quanto à parcialidade, o comportamento contestador da lei e a intromissão em competências que não lhe cabem. As três, no entanto, são, para Campilongo³⁶¹, infundadas e reducionistas. A primeira crítica, referente a necessária imparcialidade do juiz, mormente, por ser um terceiro distante das partes com a função de decidir, decai quando verifica-se que essa compreensão está fundada numa visão reducionista da política vinculada unicamente ao mecanismo de partidos. O segundo equívoco estaria na própria interpretação do que se compreende por submissão do juiz à lei. Hodiernamente, tem-se centrado no controle da discricionariedade e arbitrariedade das decisões judiciais, porém, não se nega a possibilidade de se tomar diversas soluções para o mesmo caso concreto de acordo com a interpretação legislativa adotada. “De outra parte, porém, contesta-se o caráter absoluto de ‘certeza do direito’ ou da univocidade da interpretação da lei. [...] A politização da magistratura é expressão de um aumento das possibilidades de escolha e decisão e não de um processo de contestação ou negação da legalidade.”³⁶²

A terceira crítica contra a politização da magistratura, está ligada à sua pretensão de suprir o *déficit* democrático dos sistemas representativos, gravemente desgastados pelos níveis de corrupção e ineficácia de suas decisões, sendo constantemente substituídos por organizações da

correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988. p. 71

³⁶¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 57

³⁶² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. 2002. p. 58 “Não existe, na hermenêutica jurídica contemporânea, nem quem defenda a completa liberdade do juiz nem quem encare sua atuação como o resultado de uma irretorquível lógica de aplicação da lei.”

sociedade civil. Nesse contexto o judiciário é resgatado como reforço e garante do sistema político. Não se trata, como adverte Campilongo³⁶³, de partidizar a magistratura, o que seria desastroso para o sistema democrático, mas de tornar o magistrado aberto as influências que a política lhe traz fenômeno inevitável na contemporaneidade, sem contudo, comprometer sua vinculação ao direito, à legalidade e a fundamentação de suas decisões.

O risco dessa operação de acoplamento entre o sistema jurídico e o político, na visão de Campilongo³⁶⁴, é que o judiciário venha a tomar os códigos do sistema político como instrumento de tomada de suas decisões, ou mesmo, o inverso, que o político seja tomado pela burocracia do sistema jurídico e esvazie o teor democrático de suas manifestações.

No entanto, ainda que a politização da magistratura seja uma das propostas com maior desenvolvimento após o processo de redemocratização, os próprios membros da magistratura tem dificuldades de reconhecer sua parcela de responsabilidade na crise do judiciário e na facilitação do acesso à justiça, atribuindo a fatores externos dos quais não tem controle ou possibilidade de reverter. Mesmo que a maioria dos juízes reconheça a existência de crise no Poder Judiciário, atribuem essa fraqueza de seu funcionamento as deficiências estruturais e institucionais.³⁶⁵ A morosidade do Poder Judiciário é

³⁶³ “A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. 2002. p. 61

³⁶⁴ Campilongo, em sua obra faz uma análise preponderantemente sociológica do direito a partir dos textos de Luhmann. “Da perspectiva do direito, elevadas taxas de independência e criatividade não podem representar a substituição das opções oferecidas pela Constituição por uma orientação qualquer – política, econômica, religiosa, etc. – advinda do ambiente externo ao sistema jurídico. Isso caracterizaria uma corrupção dos códigos do direito, ou seja, a utilização de meios de comunicação próprios de outros subsistemas [...]. Essa corrupção de códigos resulta num judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política Judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a atividade política a um exercício de formalismo judicial.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. 2002. p. 63

³⁶⁵ “A existência de crise no Judiciário é totalmente admitida por 22,5% e parcialmente por 54,4% dos entrevistados, enquanto 20,5% não reconhecem essa situação.” SADEK, Maria Teresa e

atribuída em parte ao grande número de recursos, falta de material adequado e funcionários capacitados. As críticas aos princípios processuais modernos como a imparcialidade nas decisões judiciais ou o afastamento das partes, são defendidas pela classe como garantias institucionais que devem ser mantidas.

Notadamente, as transformações operadas pelo *welfare state*, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mudando o próprio paradigma da administração da justiça, buscando garantir maior acesso à justiça e a politização da magistratura, trouxe um inflacionamento de demandas na Poder Judiciário, que requer novas técnicas de gestão judiciária.

4.3 A POTENCIALIZAÇÃO DO CONFLITO E AS NOVAS FACES DO PODER JUDICIÁRIO.

O recurso ao Poder Judiciário, como escoamento de todos os conflitos sociais para um poder apaziguador e normalizador de comportamentos, traz à evidência duas conseqüências: o desenvolvimento do acesso à justiça através de novos instrumentos estatais e a potencialização dos conflitos privados (família, vizinhança, etc.), com o controle punitivo do Estado.

Para redimensionar o acesso à justiça, com vistas a superar os muros que separam as classes pobres do Poder Judiciário, buscaram-se medidas no período pós-autoritário do país que despertem o civismo e a esperança no sentimento de justiça.

No final da década de 80, e com a redemocratização do país, viu-se uma sociedade apática, que olhava com estranheza e indiferença para as preocupações públicas. O esfacelamento da cultura cívica cidadã, chegou ao máximo da alienação social, de modo que não havia crença numa justiça capaz de garantir direitos frente ao poder. Não bastasse o esgarçamento do sentimento individual de preocupação com o comum, o período de ditadura

desestruturou todas as instituições políticas capazes de litigar publicamente por garantias à sociedade. “Chegava-se à democracia política sem cultura cívica, sem vida associativa enraizada, sem partidos de massa e, mais grave ainda, sem normas e instituições confiáveis para a garantia da reprodução de um sistema democrático.”³⁶⁶

Nesse quadro de estagnação democrática, o Poder Judiciário é chamado como poder de coalizão, capaz de resgatar a solidariedade social e o consenso mínimo, perdido com o abatimento político. Como diz Vianna³⁶⁷ (et. al.):

De um lado, nasce, como em outros contextos nacionais contemporâneos, da ocupação de um vazio deixado pela crise das ideologias, da família, do Estado e do sistema da representação; de outro, reitera uma prática com raízes profundas na história brasileira, em que o direito, como instrumento de ação de uma *intelligentzia* jurídica, se põe a serviço da construção da cidadania e da animação da vida republicana.

A busca de consolidação do processo institucional da democracia não se esgota no funcionamento do regime, mas requer condições adicionais a partir da conexão entre a sociedade e os valores ético-culturais, sem o que, não se acredita que as instituições conseguirão se estabilizar e a democracia viverá em incertezas.³⁶⁸ As pesquisas recentes do capital social no Brasil, capazes de atestar a solidariedade de redes sociais tem atestado a tendência progressiva porém ainda inexpressiva da participação cívica, estando evidente “[...] o verdadeiro abismo que separa a sociedade civil do sistema político brasileiro, com graves implicações para a institucionalização da democracia no país.”³⁶⁹

³⁶⁶ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 153

³⁶⁷ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. p. 153

³⁶⁸ CARVALHO, Maria Alice Rezende de. *Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil*. in VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2003. p. 307 “Daí que, referindo-se explicitamente ou não ao tema da cultura política, o argumento sociológico sobre a democratização em países não-originários tem-se detido em indagações relativas aos movimentos (re)construtivos das identidades coletivas, que visam adequá-las, bem como o tecido social, a um ideal de vida compartilhado intersubjetivamente.”

³⁶⁹ CARVALHO, Maria Alice Rezende de. *Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil*. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*.

Nesse contexto de crise da cultura cívica, e nela imersa o Poder Judiciário, o modelo de juizado de pequenas causas representa um retorno do Estado à sociedade com a esperança de democratização do acesso à justiça, o que fica claro em sua filosofia que exaltava o efeito pedagógico da popularização da prestação jurisdicional que despertaria a consciência pública da sociedade para defender seus direitos e a reabertura da relação com o próprio Estado.

No início dos anos 80, o congestionamento do Poder Judiciário e a necessidade de racionalizar a máquina administrativa do Estado perdida no excesso de burocracia, e ainda, o descrédito crescente advindo da sociedade em relação aos meios institucionais de resolução do conflito, encontraram alento em duas vertentes alternativas: a Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, que ensaiava o primeiro modelo de juizado de pequenas causas, “[...] interessada no desenvolvimento de alternativas capazes de ampliar o acesso ao judiciário, canalizando para ele a litigiosidade contida na vida social [...]”³⁷⁰, e ao seu lado, o Poder Executivo, instituiu o Ministério da Desburocratização, que “[...] pretendia racionalizar a máquina administrativa, tornando-a mais ágil e eficiente.”³⁷¹ Essa medida de contorno da crise, reafirmou o Poder Judiciário como instância democrática legítima para afirmação de direitos ao mesmo tempo que infiltrou no Estado um projeto para sua racionalização administrativa.

O projeto piloto do Conselho de Conciliação e Arbitragem, foi instalado na Comarca de Rio Grande, RS, “[...] como reação às iniciativas que pretendiam introduzir formas alternativas de resolução de litígios, por força da estrutura organizacional do Judiciário.”³⁷² Não havia restrições quanto às partes,

2003. p. 323 “A noção, porém, de capital social é tão controversa, tem merecido tantos reparos e qualificações que nem mesmo é possível saber se os autores falam da ‘mesma coisa’ quando comparam dados e resultados de pesquisas. Redes sociais, associativismo, sociedade civil, movimentos sociais, cooperativas – são fórmulas que garantem uma intuitiva aproximação com o tema mais geral da confiança, que, por sua vez, também se mistura nesse caldo conceitual.”

³⁷⁰ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 167

³⁷¹ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 167

³⁷² VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 167

sendo aberto tanto as pessoas físicas como jurídicas. A limitação do valor das causas ficava em 40 ORTNs, e a conciliação era realizada por árbitros voluntários não remunerados escolhidos entre bacharéis de Direito.³⁷³

Por se tratar de um projeto realizado à margem da legalidade, priorizando conciliações extrajudiciais, verificou-se imediatamente a necessidade de iniciativas dentro da magistratura gaúcha para conciliar técnicas consensuais e de mediação com a força coercitiva que advinha do Poder Judiciário. As primeiras conclusões sobre os resultados do juizado de pequenas causas, relatadas pelo juiz Antonio Guilherme Tanger Jardim, coordenador do projeto, demonstraram que a demanda admitida no âmbito conciliatório e arbitral da justiça de pequenas causas, constituíam-se de conflitos que ficavam à margem da jurisdição – ou seja, não haveria uma diminuição da demanda de ações comuns na Justiça, mas apenas um maior acesso da população à jurisdição, “[...] o que significa que o povo passa a confiar no sistema implantado, acarretando, via de consequência, maior respeito do cidadão pelo judiciário.”³⁷⁴ As constatações que ressaltam desse projeto, demonstram, como ressalta Vianna (et.al.)³⁷⁵:

[...] de um lado, a constatação de que o juizado lidava com um novo tipo de litígio, que não ocorria com os processos da Justiça Comum; e, de outro, a explicitação da motivação original daquele empreendimento, correspondente ao interesse da magistratura em reformar as bases de legitimação do Judiciário.

O sucesso da proposta gaúcha ganhou visibilidade e voz nacional, despertando o interesse do governo do Estado e do Ministro da

³⁷³ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 168

³⁷⁴ JARDIM, Antonio Guilherme Tanger. *O primeiro Juizado de Pequenas Causas do País já possui sua História*. citado por, VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 169 “Assim, da análise de 245 reclamações entradas, constatou-se que 163 haviam sido feitas por pessoas físicas, contra um total de 82 reclamações de pessoas jurídicas. Os problemas referentes a locação, cheques e direitos infringidos dos consumidores foram os mais freqüentes. Dentre a totalidade dos casos, 65% forma solucionados por conciliação (161 casos) e 2% por arbitramento (5 casos). Os cerca de 30% restantes foram prejudicados em sua maioria, pelo não comparecimento de uma das parte à audiência, e, mais raramente pela recusa em aceitar uma das alternativas oferecidas à solução dos litígios: a da conciliação ou do júízo arbitral.”

³⁷⁵ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 169

Desburocratização, João Geral Piquet Carneiro³⁷⁶, que elogiou a rápida prestação jurisdicional, com baixo custo e sem a complexidade da ciência do processo.

Assim, pela junção de forças entre o associativismo da magistratura que buscava abrir um espaço institucionalizado de rápido tramite e fácil acesso para o escoamento dos conflitos sociais e o Executivo, que naquele momento buscava projetos para desburocratizar o Estado e racionalizar suas ações de forma eficiente, através religação entre suas instituições e a sociedade civil, tornara possível a reabilitação do Poder Judiciário como instância democrática legítima para solução de litígios sociais e afirmação de direitos.

O foco de intervenção do governo neste momento através do Ministério da Desburocratização, está ligado a necessidade de tornar eficiente o Estado na prestação de serviços aos cidadãos-clientes. Como afirma Vianna (et.al.)³⁷⁷:

A partir daí, as propostas de descarte das estruturas consideradas ineptas e a tentativa de mudança na cultura organizacional das instituições estatais teriam por objetivo dotar o governo da capacidade de implementar políticas públicas, privilegiando-se o *modus operandi* de tais políticas em detrimento de considerações sobre o modelo global de Estado, sobre os seus objetivos alocativos ou redistributivos.

A tônica reformadora com supedâneo no princípio da eficiência recoloca os lugares dentro do espaço democrático, figurando o cidadão como cliente de serviços do Estado, que por isso, deveria ser eficiente, produtivo e rápido. “Na medida em que as demandas sociais por Justiça foram traduzidas na chave da desburocratização, firmava-se o princípio do atendimento ao *indivíduo*, desconhecendo-se quaisquer outras dimensões que não a do seu estrito interesse.”³⁷⁸

Sob esse espírito reformista, a institucionalização dos juizados especiais tornou-se medida que angariou grande simpatia frente à

³⁷⁶ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 170

³⁷⁷ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 171

³⁷⁸ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 171

magistratura nacional e ao Executivo, encontrando somente grande resistência na Ordem dos Advogados do Brasil, que a julgava a medida de reforma do sistema processual paliativa e demagógica como garantia do acesso à justiça. A frente dirigida pelo magistrados lutava por flexibilização e agilização dos ritos processuais responsáveis, na maioria das vezes, pela morosidade processual. Segundo Vianna (et. al.)³⁷⁹:

A subsequente participação dessa *intelligentzia* jurídica no debate e na elaboração do anteprojeto de lei que resultou na criação dos Juizados Especiais representaria, afinal, um momento de aproximação dos magistrados com a vida pública – facilitada, [...] por sua aliança com um dos segmentos do Poder Executivo, representado pelo Ministério da Desburocratização.

A proposta brasileira de instituição dos Juizados de Pequenas causas, foi inspirada no *Small Claims Court* de Nova Iorque, onde, retiradas as diferenças sociais entre aquele país e o Brasil, foram adquiridas as principais características da instituição como a dispensabilidade de advogado, a informalidade e a oralidade como princípios processuais e a proibição de participação das pessoas jurídicas.³⁸⁰

Sob a égide da desestruturação política que atravessava o país com o declínio do regime autoritário em 1984, é que foi possível a aprovação da lei 7.244, que instituiu os Juizados de Pequenas causas e autorizou os Estados a estruturá-los e regulamentá-los. O novo modelo de justiça implantado,

³⁷⁹ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 172 É exemplificativa da reprovação da OAB ao projeto do Juizado de Pequenas Causas” a Carta encaminhada pela Seccional da OAB de São Paulo em 1982. “[...] Não é desencorajando as partes pelo encarecimento das despesas com as demandas, nem onerando os vencidos com correção montaria, nem suprimindo recursos, nem aviltando o direito de defesa, nem delegando a conciliadores, a escrivães, a árbitros, as funções específicas do juiz, que se vai resolver a crise do Judiciário. Não é mudando os ritos que se dar melhor solução aos conflitos. Não é afastando os advogados e o Ministério Público que melhorará a prestação jurisdicional. Não é cumprindo diligências com a Polícia, tornando insegura a citação, obrigando o comparecimento pessoal das partes, forçando a conciliação, produzindo revelia em série, punindo devedores e penhorando salários dos menos aquinhoados pela sorte, não é assim que se melhora e se presta Justiça. O Anteprojeto dos Juizados Especiais é sinal vivo do direito e da abolição da Justiça [...] Ao invés de um Judiciário para atender às partes, suprime-se a segurança da Justiça para desafogar o Judiciário. Justiça para os pobres e Justiça para os ricos. Para os grandes e para os pequenos. Contraditório assegurado a uns e negado a outros. Se aprovado esse anteprojeto, o Poder Judiciário, já em concordata, confessa a sua falência. Em nome de uma aparente rapidez, suprime-se a segurança e institui-se o arbítrio e a injustiça.” (p.176)

³⁸⁰ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 173

nasceu como um misto de procedimentos judiciais e extrajudiciais, priorizando a conciliação mais do que a arbitragem. No entanto, a efetividade da lei não foi a esperada, sendo que poucos Estados deram-lhe aplicabilidade com a instalação dos juizados em seus territórios. Notadamente, foram muitas e relevantes as críticas desferidas contra o novo paradigma, principalmente advindo da OAB, que o via com desconfiança, já que emergia de um governo autoritário e que centrava-se unicamente na racionalização, eficiência e diminuição de custos do Estado.³⁸¹ Outro fator relevante que explica a popularização de seu substituto – o juizado especial cível e criminal -, instituído pela lei n. 9.099/95, é a ampliação de sua abrangência interferindo também na esfera criminal além dos altos investimentos realizados pelos Estados.

Na esfera penal, a intervenção estatal tornou-se demasiadamente complexa e incapaz de expressar sua principal meta que era a garantia da ordem pública e a mediação do conflito. Com a criação dos juizados especiais criminais, outro momento reformista tornou-se efetivo, e agora, expandindo sua atuação traz a consolidação de décadas de pensamento jurídico criminal, que postulavam uma revisão dos princípios regentes da disciplina no país.

O debate cercou-se em torno da instrumentalidade e efetividade do processo penal frente ao direito material vigente, ao lado da necessidade de rediscutir a tutela dos valores protegidos pela legislação penal. Os principais ataques se dirigiram a indisponibilidade da ação penal, a pena de prisão como resposta à conduta desviada, e a necessidade de revisitar a construção teórica dos princípios da oralidade, mediação e da identidade física do juiz, como medidas que tornassem a justiça criminal mais célere e eficaz.³⁸²

³⁸¹ “Porém não é de todo desprezível a suposição de que a oposição da OAB à Lei 7.244 tinha, em parte, uma inspiração política. Aquela entidade, afinal, alinhava-se entre as demais instituições da sociedade civil que se opunham, desde sempre, à ditadura militar e, ao que parece, via na Lei dos Juizados, não sem razão, uma iniciativa que, embora liderada pelo Judiciário, tinha também a marca de um Estado autoritário, empenhado na racionalização de seu aparato burocrático.” VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 176

³⁸² HERMANN, Leda Maria. *Violência Doméstica: a dor que a lei esqueceu. Comentários à lei 9.099/95*. Campinas: Cel-rex, 2000. p. 99. As críticas da Autora, sob a perspectiva da criminologia crítica, dirigem-se a apropriação do conflito pelo Estado, que redundava na exclusão da vítima do

A instituição dos juizados especiais no Brasil, é previsão do art. 98 da Constituição Federal de 1988. No entanto, a demora em sua regulamentação por lei federal, culminou em leis pioneiras nos Estados do Mato Grosso (lei n. 6.176) e Mato Grosso do Sul (Lei n. 1.071). Por se tratar, no entanto, de matéria criminal cuja competência regulamentadora é exclusiva da União, logo chegaram questionamentos quanto a sua constitucionalidade. Presente no Supremo Tribunal Federal³⁸³, a lide foi resolvida em favor da inconstitucionalidade da legislação local que outorgasse competência penal aos juizados especiais. Porém, a iniciativa corajosa dos Estados federados foi pressão suficiente para forçar a edição da lei federal regulamentando os juizados especiais. Após a apresentação de diversas propostas, o relator Ibrahim Abi-Ackel optou na seara penal, pelo projeto de Michel Temer, e na área cível, pela proposta de Nelsom Jobim, unificando os dois projetos que resultaram na lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995.

Nesse ponto histórico, a justiça criminal no Brasil se dividia sob dois extremos: entre aqueles que buscavam a regulamentação do art. 98 da Constituição Federal de 1988, e um nova roupagem para o modelo repressivo, e aqueles que lutavam por maior endurecimento da punição estatal, também conseguindo importantes vitórias com a edição da lei dos crimes hediondos e do combate ao crime organizado.³⁸⁴

A justiça criminal simplificada pelo juizado especial promove a presença do Estado em novos conflitos antes mantidos fora do alcance do Poder Judiciário, normalmente, pelo entendimento de seu baixo nível de lesividade.

contexto do processo. Segundo Vianna (et. al.) “No plano internacional, desde os anos 50, pelo menos, o sistema penal já vinha sendo foco de um intenso debate, animado pela crítica à ‘inflação penal’. Portanto, há cinco décadas, aproximadamente, três técnicas distintas vieram sendo testadas e difundidas: a desjudicialização, a despenalização e a descriminação [...]”. VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 178

³⁸³ HC 71713-PB e HC 72582-1-PR, conforme HERMANN, Leda Maria. *Violência Doméstica: a dor que a lei esqueceu. Comentários à lei 9.099/95*. 2000. p. 101

³⁸⁴ “O modelo de justiça criminal adotado no Brasil, marcado mais recentemente pela edição da lei dos crimes hediondos, em 1990, insere-se no contexto de um sistema penal de tendência eminentemente ‘paleorepressiva’, assinalado por posturas como a de endurecimento das penas, corte de direitos e garantias individuais, tipificações novas e agravamento da execução penal.” HERMANN, Leda Maria. *Violência Doméstica: a dor que a lei esqueceu. Comentários à lei 9.099/95*. 2000. p. 103

O tripé – desjudicialização, despenalização e descriminalização, - que ganhou força na doutrina penal a partir dos anos 50, parte da premissa de que o controle social não reprime o desvio, mas é responsável por sua reprodução. O que a desjudicialização busca são vias alternativas para resolução do conflito como meios de mediação ou reparação do dano em substituição aos instrumentos de repressão penal. A despenalização, em outro norte, retira da esfera do direito penal a existência de certos institutos, remetendo-os para a regulamentação social. Por fim, a descriminalização, toma um caminho mais radical e legaliza certas condutas tipificadas como ilícitos.³⁸⁵ Nesse debate, que a preocupação com a inflação penal, vê com bons olhos um método de resolução consensual dos conflitos que poderia ser alcançado com os juizados especiais, sendo esse o espírito que orientou a redação do art. 98, I da Constituição Federal de 1988 – notadamente, sob duas óticas, as alterações já experimentadas pelo processo civil e a tendência à despenalização.

As críticas ao sistema, referem-se que a retomada do conflito pelo Estado, sob o argumento de se tratar de uma justiça consensual, trivializou as relações sociais tomadas por comuns no cotidiano social. “É a isso – a esse tratamento indiferente e indiferenciado- que [...] costuma-se chamar de *trivialização do conflito*, expressão que se revela adequada para delinear o sentido desejado, já a partir do significado etimológico da palavra *trivial*, a ser compreendida no sentido de *vulgar, comum*.”³⁸⁶ Isso, é conseqüência, em parte do próprio critério utilizado pela legislação para definir os conflitos que seriam dirimidos pela justiça especial – pelo *quantum* da pena fixada.

De acordo com essa orientação legal, escoaram ao Poder Judiciário, conflitos familiares, aos quais foi dispensado o mesmo tratamento que

³⁸⁵ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 178 “ A difusão do instituto da despenalização, segundo Pradel, implicaria três conseqüências doutrinárias: a ‘civilização’de determinados delitos, [...] a disciplinarização de determinadas condutas, tendo como exemplarmente destacável a despenalização da emissão de ‘cheques sem fundo’ [...] e a ‘resposta médica’correspondente à modernização do campo penal, que, nos Países Baixos, se traduziria na complacência para com o uso da droga, embora sob a vigilância estatal.

³⁸⁶ HERMANN, Leda Maria. *Violência Doméstica: a dor que a lei esqueceu. Comentários à lei 9.099/95*. 2000. p. 135

para qualquer outro conflito, sem considerar, como afirma Hermann³⁸⁷, os reais interesses da vítima, reduzindo-se a uma resposta formal sem compromisso com a pacificação do conflito.

Nova resposta do sistema repressivo, que também parece que irá trazer uma explosividade do conflito, é a recente edição da lei Maria da Penha³⁸⁸ (lei n. 11.340/2006). De acordo com os estudos de gênero ligados essencialmente aos direitos da mulher e à proteção da integridade física e moral no âmbito familiar, a lei tem como principal característica tornar expresso o reconhecimento da violência doméstica e abrir os olhos da comunidade pública e jurídica para o atendimento das vítimas nos próprios lares.

A afirmação de direitos de gênero recusou o espaço público do debate, ambiente capaz de transformar a própria cultura em torno das relações intra-familiares, e viu, no sistema penal, o poder simbólico de afirmação de seus direitos. Os movimentos feministas, segundo Andrade³⁸⁹, se debatem em duas vias. Por um lado, a dúvida se devem buscar a igualdade ou confirmar a diferença em relação ao masculino, e por outro, segue a trilha dos movimentos emancipatórios surgidos nos anos 70, com a descriminalização de condutas ofensivas à moral sexual como o adultério, sedução, prostituição, etc. É nessa análise que se percebe que a busca do Poder Judiciário como única instância de resolução de conflitos e garantia de direitos, é também fenômeno responsável pela judicialização das relações sociais. “A Lei Maria da Penha é o protótipo dessa dicotomia e a confirmação de que – na contramão do momento histórico presente – a sociedade, o Estado e as próprias mulheres persistem na

³⁸⁷ HERMANN, Leda Maria. *Violência Doméstica: a dor que a lei esqueceu. Comentários à lei 9.099/95*. 2000. p. 135

³⁸⁸ A crítica colocada a Lei Maria da Penha, refere-se tão somente a judicialização das relações familiares também no âmbito criminal, e não tem qualquer repreensão quanto à intenção e a necessidade de garantir proteção às mulheres e vítimas de violência doméstica. “Nem perfeita, nem milagrosa, a lei tem como principal mérito reconhecer e definir a violência doméstica em suas diversas manifestações, além de prever a criação de um sistema integrado de proteção e atendimento às vítimas.” HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei n. 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo*. Campinas: Servanda, 2007. p. 19

³⁸⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x Cidadania Mínima: Códigos de violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 82/83

sobrevalorização da intervenção penal como instância de enfrentamento da violência doméstica.³⁹⁰

O que ressoa dos novos mecanismos penais, é que em todos eles existe um reforço da punição com o endurecimento das penas, como ocorreu com a lei Maria da Penha. Esse fenômeno é sinalizador do insucesso das regulações sociais intermediárias como a família, as instituições, o trabalho e a educação e também do próprio direito penal ainda centralizado no sistema prisional. “Os mecanismos desta preferência pela solução penal – identificação com a vítima, diabolização do outro – reforçam-se mutuamente e alteram o lugar da relação política entre cidadãos, para além da relação afectiva entre próximos.”³⁹¹

As críticas ao sistema judicial, por sua ineficiência e morosidade para apresentar soluções razoáveis ao crescente fluxo de demandas pelo acesso à justiça, tem possibilitado o surgimento de teorias que buscam a desinstitucionalização do processo decisório das crises inter-pessoais. Esses novos processos, centrados, fortemente na mediação e conciliação, tratariam o sistema judicial como subsidiário, recurso reservado para os casos em que não se obtivesse o consenso em práticas amigáveis de composição entre as partes. Não se trata, como afirmam seus teóricos, de substituir os paradigmas tradicionais de resolução dos conflitos nos Tribunais, mas de adequá-los e complementá-los com vistas a garantir maior eficiência e agilidade.³⁹²

O processo de desjudicialização das relações sociais buscado pela mediação, tem a intenção de alcançar uma “[...] norma ecológica de

³⁹⁰ HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei n. 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo*. 2007. p. 77

³⁹¹ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996. p. 102

³⁹² “Neste raciocínio, procuramos deixar para trás, aquela visão de que um sistema só é eficiente quando para cada conflito há uma intervenção jurisdicional e passa-se à construção da idéia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que procuram prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e interesses das partes.” MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. In WARAT, Luis Alberto (org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 2 ed. Argentina: ALMED. 1999. p. 69

resolução de conflitos sociais e jurídicos [...]”³⁹³, concretizando efetivamente a autonomia, a cidadania, a democracia e os direitos humanos, na medida em que, devolve as partes a possibilidade de, sozinhas, resolverem seus conflitos, quando seus diálogos são mediados, sem a força terceirizada da sanção penal, constitui-se de “[...] uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças.”³⁹⁴

O processo de mediação ocorre na fase pré-judicial e é conduzido por equipe multidisciplinar que tem a função de buscar a intermediação dos interesses das partes, sem imposição, como ocorre no Poder Judiciário, mas através da persuasão e do convencimento. Como afirma Warat³⁹⁵:

A mediação seria um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo; uma verdade que deve ser descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus, na descoberta de uma verdade que é só imaginária. Um juiz que decide a partir do sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, um lugar de decisão que não leva em conta o fato de que o querer das partes pode ser diferente do querer decidido.

A mediação mostra-se desinteressada com a verdade contida nos autos e está focada na reconstrução simbólica das relações conflituosas das partes. A proposta mediadora afastada do poder coercitivo do Estado, busca novo espaço para o fluxo dos conflitos sociais, longe dos tribunais e da burocracia dos ritos processuais³⁹⁶. Parece este ser o novo caminho da administração da justiça, longe do processo de judicialização das relações sociais

³⁹³ WARAT, Luis Alberto (org.). *Ecologia, psicanálise e mediação*. Tradução de Julieta Rodrigues. in WARAT, Luis Alberto (org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 1999. p. 5

³⁹⁴ WARAT, Luis Alberto (org.). *Ecologia, psicanálise e mediação*. Tradução de Julieta Rodrigues. in WARAT, Luis Alberto (org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 1999. p. 5

³⁹⁵ WARAT, Luis Alberto (org.). *Ecologia, psicanálise e mediação*. Tradução de Julieta Rodrigues. in WARAT, Luis Alberto (org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 1999. p. 11

³⁹⁶ “A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim, a sua resolução pelas próprias partes, que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.” WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 80

que tem caracterizado as sociedades formadas pelo *welfare state* e o novo constitucionalismo. A garantia do direito de acesso à justiça seria redimensionado para assegurar o direito à resolução dos conflitos -, uma resposta ágil e desburocratizada à sociedade, capaz, segundo sua doutrina, de devolver o sentimento cívico de cuidado consigo mesmo.

4.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS: A IMPLEMENTAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

O *welfare state* constituiu-se basicamente ancorado pelo Estado nacional e a concentração da produção pública de medidas compensatórias às classes excluídas e vítimas do sistema liberal de governo. Porém, em seu reverso, afasta a participação e empobrece a democracia na medida em que os clientes estatais ficam resignados com as ofertas do Estado e não se sentem participantes do meio social que os circunda. Em outro sentido, o Welfare State não mostrou capacidade de redistribuir a renda que concentrava, e ainda, não promoveu a aproximação da classe trabalhadora com o capital, favorecendo uma pequena classe intermediária. Como assevera Giddens³⁹⁷:

Uma das fraquezas estruturais mais importantes do Welfare state do pós-guerra estava presente na tênue relação entre a promoção de eficiência econômica e as tentativas de redistribuição. Os sistemas previdenciais mostraram-se não só incapazes de realizar muita distribuição de riqueza e renda; o Welfare state, na verdade, tornou-se em parte um instrumento para ajudar a promover os interesses de uma classe média em expansão. O compromisso de classe não era diretamente entre o capital e a classe trabalhadora; era um compromisso que consolidou os setores intermediários da ordem social.

A dupla constatação, da impossibilidade de se manter um Estado mínimo e a inconveniência do *welfare state*, pelo excesso de concentração e manipulação das políticas públicas, faz surgir a proposta de uma democracia dialógica, com ampla participação na formação do que se denomina políticas gerativas.

³⁹⁷ GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita. O futuro da política radical*. Tradução Álvaro Hattnher. São Paulo: UNESP, 1996. p. 169

A democracia dialógica fundamenta seus pressupostos longe da filosofia transcendental e busca a reflexividade social tanto nas atividades diárias como na pluralidade de formas de organização coletiva. Por outro lado, a democracia dialógica não pressupõe a obtenção do consenso. “A democracia dialógica pressupõe apenas que o diálogo em um espaço público fornece um modo de viver com o outro em uma relação de tolerância mútua – seja esse ‘outro’ um indivíduo ou uma comunidade global de fiéis religiosos.”³⁹⁸

No que concerne as políticas gerativas, ao contrário da ações prestacionais do *welfare state*, ocorreria um redimensionamento da relação entre Estado, sociedade civil e mercado, visando reavivar a cidadania, tornando os indivíduos ativos na definição de metas e objetivos a serem alcançados por essas políticas. A formação dialógica dessa democracia tenderia atender uma sociedade plural e multicultural.³⁹⁹

No caso brasileiro, a implementação de políticas públicas para concretização das normas constitucionais programáticas vem se apresentando de forma tímida e ineficiente, mergulhada na burocracia e na centralização de decisões, tornando precários os seus resultados.⁴⁰⁰

A incapacidade do Estado de prover e manter um espaço público onde estejam presentes, além de instituições estatais, a sociedade civil organizada, anunciava o fracasso das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais que a Constituição Federal de 1988 fez previsão expressa. Nesse palco para superar a burocracia estatal, o Poder Judiciário aparece como instituição

³⁹⁸ GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita. O futuro da política radical*. 1996. p. 133

³⁹⁹ Nesse sentido: GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita. O futuro da política radical*. Tradução Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996. RAMOS, Flávio. *É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias?* in BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia & Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. 2005, p. 51

⁴⁰⁰ “Como resultado, temos uma descontinuidade na implementação de políticas públicas e as principais causas seriam um forte centralismo que envolve o processo decisório na coordenação das políticas em implantação, além dos obstáculos muitas vezes criados pelos próprios níveis hierárquicos inferiores, obstruindo a fluidez necessária para a efetiva implementação dos diversos programas e projetos que envolvem a elaboração dessas mesmas políticas.” RAMOS, Flávio. *É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias?* in BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia & Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. 2005, p. 57/58

capaz de garantir as expectativas sociais e a efetividade dos valores ético-políticos do texto constitucional.

Inicialmente, com a finalidade de trazer subsídios ao debate proposto, apresenta-se o recente debate onde provimentos judiciais interferem diretamente em assuntos relacionados às Políticas Públicas. Trata-se das decisões judiciais que polemizam a questão das cotas para negros e egressos de escolas públicas em Universidades da mesma esfera.

A Universidade Federal do Paraná⁴⁰¹, em seu vestibular no ano de 2004, optou, valendo-se de sua autonomia administrativa, por reservar 20% das vagas aos afro-descendentes e outros 20% aos egressos de escolas públicas. O Ministério Público Federal, com supedâneo no princípio constitucional da isonomia, propôs Ação Civil Pública⁴⁰², pedindo provimento judicial que impedisse a Universidade de aplicar o referido percentual. Em sede de tutela antecipada o juiz de primeiro grau deferiu ordem suspendendo o ato administrativo da Universidade Federal. Posteriormente, em pedido de suspensão de execução de liminar, o Tribunal suspendeu a antecipação de tutela deferida.

Em sua manifestação, o Tribunal reconhece que a decisão entra no âmbito tradicionalmente político, e por isso, de competência do Legislativo e do Executivo, porém, entende se tratar de um fenômeno internacional.⁴⁰³ E por fim, reflete a postura imperante ideologicamente no Poder Judiciário e também no órgão do Ministério Público – a idéia e convicção de que o Poder Judiciário, ainda que intervenha em ações políticas reflete sempre, as aspirações da sociedade da época e da sociedade em que está inserido.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ A Universidade lançou o Edital n. 01/04-NC, que previu a reserva de vagas para negros e egressos de escolas públicas, baseada em critérios de raça e capacidade financeira.

⁴⁰² Suspensão de execução de liminar n. 2004.04.01.054675-8/PR, que tramitou no Tribunal Regional Federal da 4 Região, Rel. Des. Vladimir Freitas.

⁴⁰³ “Por outro lado, não deixo sem registro que esta decisão acaba por definir política de educação superior, tarefa que não se situa exatamente entre as do Poder Judiciário. Todavia, a provocação do Judiciário em temas que tais constitui fenômeno internacional. Cada vez mais os juízes vêem-se em situação de decidir assuntos de grande interesse público.” Autos n. 2004.04.01.054675-8/PR, TRF 4.Des. Vladimir Freitas.

⁴⁰⁴ “Nesta linha, faço minhas as palavras de Benjamin Cardozo, um dos maiores Juízes da Suprema Corte norte-americana e grande estudioso do chamado ativismo judicial, ao dizer que meu dever como juiz deve ter como objetivo a lei, não as minhas aspirações se convicções

No mesmo sentido, outra decisão⁴⁰⁵ do judiciário negou provimento ao Agravo de Instrumento de uma candidata que, sentindo-se prejudicada pelo sistema de cotas, pedia a anulação da ordem administrativa que havia incluído o sistema no vestibular 2005. Alega o juiz relator, que a partir da Constituição de 1988, o Judiciário deve intervir também para combater desigualdade e não somente para garantir privilégios e que a democratização do acesso permite maior igualdade social na medida em que garante o acesso das camadas mais baixas à elite do conhecimento. E por fim, trata-se de fazer prevalecer uma política pública sobre um interesse particular.

Vê-se claramente que no caso relatado, o conflito apresentado impõe a decisão diante de dois princípios constitucionais. O princípio da isonomia e o princípio da dignidade humana e garantia do interesse público. Em casos como esse, a decisão tomada não pode ser de forma a tornar efetivo um princípio e invalidar o outro. Deve-se, otimizar e efetivar a aplicação dos princípios em conflito, em cada caso concreto, o que deverá prevalecer por critérios de justiça.⁴⁰⁶

Ninguém dúvida da necessidade de tornar o Estado brasileiro mais democrático e com menos desigualdades sócio-econômicas. Contudo, a dúvida que surge a partir dessas decisões é quanto à capacidade e legitimidade do Poder Judiciário para decidir e com que critérios decide pela implementação de políticas públicas? Isso porquê, sabe-se que as estatísticas e planejamentos administrativos são realizados pela administração pública fundada em diversos critérios, que são, no mais das vezes, ignorados por grande parte dos agentes políticos, quando tomam decisões que resultam em políticas públicas.

A função de governar exige a necessidade de controle, coesão e administração de todas as forças políticas. Seria um equívoco para o

filosóficas, mas sim as aspirações e convicções filosóficas do homem e da mulher do meu tempo.” Autos n. 2004.04.01.054675-8/PR, TRF 4. Des. Vladimir Freitas.

⁴⁰⁵ Decisão prolatada no Agravo de Instrumento n. 2005.04.01.022897-2/PR, Des. Luiz Carlos de Castro Lugon. Tribunal Regional Federal da 4ª região.

⁴⁰⁶ Para aprofundamento do tema sobre a resolução de conflito de regras e princípios recomendamos a leitura de ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1993.

Estado democrático desejar que os juizes governassem, seja porque não detêm legitimidade popular, seja porque não dispõem do diálogo necessário com a sociedade para definir as políticas públicas convenientes para cada época.

Porém, ainda assim, restaria uma importante função para o Poder Judiciário. Trata-se da possibilidade de fiscalizar e exigir do Poder Executivo a implementação de políticas públicas as quais se comprometeu e também os direitos sociais assegurados na Constituição Federal de 1988. Importante frizar, contudo, que o ativismo judicial não pode, de qualquer forma, adentrar no espaço do planejamento e da conveniência de qual política pública deverá ser implementada em cada tempo. Isso porque, não representa a sociedade civil para esse fim, e estaria, deturpando suas funções institucionais e pondo em risco o sistema democrático.

Não há que se olvidar, que dos contornos dados à Constituição Federal de 1988, os juizes são, em última análise, os únicos intérpretes e responsáveis por definir os limites de suas atuações.

A fixação dos limites à própria jurisdição representa, nesse contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca da plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento do delicado equilíbrio necessário à democracia. Um governo de juizes, neste sentido, em nada difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de poder político junto a um único órgão.⁴⁰⁷

Deve-se ter sempre em vista que a função primordial do Poder Judiciário é o controle dos demais Poderes impondo a implementação das políticas públicas previstas na constituição. Contra argumentos econômicos, financeiros ou sociais, não cabe qualquer discurso racional e jurídico, por isso, tornam-se sem critérios válidos as decisões judiciais, ainda que justifiquem-se por argumentos políticos e sociais.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 2005. p. 71

⁴⁰⁸ “[...] na realidade brasileira o que se observa é um desrespeito acentuado das regras do jogo quando se trata de resolver o paradoxo economia x direito. Atualmente, em nome do atendimento a determinados fins econômicos, cada vez mais instala-se, na realidade brasileira, uma ‘lógica de emergência’ que, para todos os efeitos, atenderia a uma suposta ‘verdade’: a de que todos os males da sociedade brasileira residem no tamanho e no custo do Estado. E na busca da demolição do Estado, instala-se essa lógica da racionalidade (direitos deduzidos de direitos).

Após a queda do modelo de Estado legalista, caracterizado pela prevalência do Poder Legislativo e o surgimento dos Estados constitucionais, o Poder Judiciário ganha maior espaço colocando-se como controlador da atividade do executivo e do legislativo – sempre adequando suas atuações ao texto constitucional.

Dentro dessa nova perspectiva, para Cappelletti⁴⁰⁹, o Poder Judiciário se vê, invariavelmente, diante de duas alternativas: permanecer fiel à concepção tradicional nos limites da função jurisdicional ou eleva-se ao nível dos demais poderes, tornando-se o *terceiro gigante*, em condições de controlar o legislativo e o executivo.

A primeira opção lhe garante a confortável atuação formal na repressão à violação dos direitos individuais e à criminalidade, negando sua vertente política. A escolha pela segunda opção faz o Judiciário assumir uma postura política, ultrapassando o nível tradicional de resolução de conflitos de natureza privada.

Uma das conseqüências do *Welfare State* é a massificação. As sociedades construídas após o modelo de Estado gerado pelo *Welfare State* caracterizam-se especialmente por trazerem conflitos sociais que envolvem grande número de pessoas, muito freqüentemente, ligados a problemas econômicos, financeiros e de consumo. É preocupação freqüente a criação de ações coletivas⁴¹⁰ ou modelos processuais de tutela desses direitos meta individuais ou coletivos, em condições a garantir a isonomia na relação processual e a igualdade de armas da sociedade frente a grandes grupos econômicos.

Porém, tratam-se de situações recentes no sistema jurídico, e portanto, os meios processuais e de direito material disponíveis ainda carecem de consolidação. Ademais, via de regra, esses direitos estão previstos em normas

OLIVEIRA JR. José Alcebiades de. *Política do Direito e Juridicização da Política*. Revista Seqüência. Florianópolis, n. 32, ano XVII. P. 9-14, jul 1996. p. 12 citado por APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 2005.p. 72/73

⁴⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* 1993. p. 47

⁴¹⁰ Class actions e public interest litigation nos Estados Unidos, actions coletives e Verbandsklagen na França, Bélgica, Alemanha.

programáticas que não são auto-aplicáveis, forçando que a magistratura defina seu real alcance: “pela razão de que tais leis e direitos frequentemente são muito vagos, fluidos e programáticos, mostra-se inevitável alto grau de ativismo e criatividade do juiz chamado a interpretá-los.”⁴¹¹ Esse é o eixo substancialista, que coloca a imagem do juiz como uma nova *intelligentzia*⁴¹², responsável por declarar e efetivar dentro do direito princípios já admitidos no seio da sociedade.

No entanto, é importante considerar a crítica da doutrina procedimentalista, capitaneada principalmente por Habermas⁴¹³ e Garapon⁴¹⁴, para os quais a invasão da política pelo Estado, conduz para constituição de um cidadão-cliente, que mantém-se de forma passiva diante do Estado aguardando suas concessões e reduzindo, neste caso, o espaço da liberdade. Esse é o preço de conduzir a efetividade dos direitos sociais pela força impositiva do Estado e não pela manifestação ativa da cidadania, o que se espera num regime democrático e para uma cultura cívica saudável. “A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária.”⁴¹⁵

Para o eixo procedimentalista, o agigantamento do Poder Judiciário não é resultado somente da facilidade de acesso ao sistema, mas representa também a incompetência do sistema político para dar respostas aos problemas atuais da sociedade. O Poder Judiciário é colocado como substituto do Estado diante da necessidade de igualdade e a ineficiência das instituições políticas em prover essa carência.

A realidade atual da jurisdição demonstra um crescimento cada vez maior da intervenção do Poder Judiciário em áreas tradicionalmente afetas à política. Os resultados dessa transformação de paradigma do direito

⁴¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. p. 60

⁴¹² Idéia presente na obra: DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1999.

⁴¹³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre validade e facticidade*. 1997.

⁴¹⁴ As principais idéias da proposta analítica procedimentalista de Garapon, encontram-se em sua obra GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. 1996.

⁴¹⁵ VIANNA, Luiz Werneck (et. al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999. p. 23

ainda são desconhecidos. Cabe apenas apontar algumas vicissitudes desse novo modelo de controle político e social que se instala atualmente.

4.5 A ESFERA SOCIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A sociedade resultante do modelo de Estado surgido na era moderna provocou a completa difusão dos limites entre o público e o privado, o que Arendt denominou, de social. A Revolução Francesa, colocada como a fundadora da liberdade, fracassou em seu propósito ao colocar como um dos seus objetivos a implementação de políticas para atender as necessidades vitais da população. Nesse esforço teórico, Marx tomou a dianteira, no momento em que suas predições tornaram-se orientações para a Revolução Francesa e os movimentos dos operários.⁴¹⁶ A bandeira de luta da Revolução Francesa centrada na necessidade e na pobreza, fez com que a época perdesse o momento histórico de fundação da liberdade.

A partir desse momento é que a necessidade e a sobrevivência, assuntos eminentemente privados tomam a esfera pública e desfazem os limites facilmente reconhecíveis entre esta e o privado, resultando num hibridismo denominado social. O social, para Arendt, é a tentativa humana de libertação do constrangimento da necessidade através dos instrumentos políticos, e para isso, o Estado se tornou importante instrumento. “Com a ascensão do social, as atividades executadas privadamente passaram a ter importância pública e o que era típico do público passou a ser um luxo.”⁴¹⁷ O paradoxo intransponível nessa transformação da esfera pública, é que os

⁴¹⁶ “A transformação da questão social numa força política, efetuada por Marx, está contida no termo exploração, isto é, na noção de que a pobreza é a consequência da exploração por uma ‘classe dominante’, que detém a posse dos meios de violência. [...] Se Marx ajudou a libertação dos pobres, não foi por lhes dizer que eles eram a encarnação viva de alguma necessidade histórica, mas por persuadi-los de que a própria pobreza é um fenômeno político, e não natural.” ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. 1988. p. 49/50

⁴¹⁷ AGUIAR, Odílio Alves. *A questão social em Hannah Arendt*. n. 27. São Paulo: Transformação, 2004. p. 9

problemas econômicos, principal pauta da esfera social, não são solucionados pelo método político de persuasão e decisão, tendo que ser resolvidos por decisões técnicas rápidas, requerendo a presença de especialistas e da ciência da administração.⁴¹⁸ O Poder Judiciário parece, numa interpretação da teoria arendtiana, estar preenchendo essa lacuna da necessidade de um poder, instituído de forma democrática que venha a garantir a gestão das relações familiares e da distribuição da justiça social e econômica, através de decisões que se pretendem políticas na esfera pública judicial.

Instigante nessa constatação, é que o principal norte da atuação do Poder Judiciário na atualidade, está relacionado aos fundamentos do Estado Constitucional, sobretudo no Brasil, à dignidade da pessoa humana e à erradicação das desigualdades sociais, guiados pela intenção de concretizar o princípio da igualdade, tão caro aos Estados que pretendem superar o positivismo jurídico. Não se trata senão, de incutir um debate econômico e de justificabilidade dentro da esfera pública. Como analisava Arendt, na obra de Tocqueville, a doutrina da necessidade é tão cativante para os que escrevem história em épocas democráticas onde se busca um ideal de igualdade, que suprime os traços da ação individual.⁴¹⁹

A colocação da necessidade como pauta de debates da esfera pública, que ocasionou o surgimento do social, representou a emancipação do labor, conforme se dará melhor tratamento adiante, e com isso também, fez surgir o que Arendt denominou de “sociedade de consumidores”. Dizer que se está diante de uma sociedade de consumo, representa não a emancipação das classes operárias que tiveram maior acesso ao mercado, mas a submissão das atividades humanas à satisfação da necessidade biológica nos processos orgânicos.⁴²⁰

Os malefícios da emancipação do labor na sociedade de consumo foram percebidos por Marx, segundo Arendt, quando este inscreveu em

⁴¹⁸ DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000. p. 273/274

⁴¹⁹ ARENDT, Hannah. *Da Revolução*. 1988. p. 89

⁴²⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 138

suas teorias o que claramente é sua predição mais utópica: que o objetivo da revolução deveria ser a emancipação do homem em relação ao trabalho, o que significaria superar a própria necessidade, ou seja, o próprio metabolismo da condição humana.⁴²¹ As novas conquistas do direito do trabalho e a própria justiça trabalhista, tem caminhado para diminuir as horas trabalhadas e garantir maior espaço de lazer. Mas as reduções nas jornadas de trabalho, segundo Arendt⁴²², não são, senão, a aproximação da normalidade. E este aspecto parece estar de acordo com o que a própria economia política imaginava como ideal de sociedade com o crescimento abundante da riqueza e a felicidade da maioria.

O triunfo do labor representa a tentativa do mundo moderno em superar a necessidade, e com isso o *animal laborans* pôde ocupar a esfera pública, “[...] e, no entanto, enquanto o *animal laborans* continuar de posse dela, não poderá existir uma esfera verdadeiramente pública, mas apenas atividades privadas exibidas em público.”⁴²³ As conseqüências diretas desse fenômeno é o surgimento das culturas de massa, que expõem dois conflitos: entre o labor e o consumo e a perseguição pelo *animal laborans* da felicidade, que só pode ser alcançada quando os processos vitais de exaustão, regeneração e dor estiverem em perfeito equilíbrio.

Os elementos da vitória do *animal laborans* na modernidade, são debates importantes para compreensão da necessidade do crescimento da justiça do trabalho, intermediando relações privadas e, principalmente, a ascensão e fortalecimento do direito do consumidor, inclusive, colocado como direito coletivo e difuso. O crescimento vertiginoso da preocupação estatal com o consumidor demonstra a pauta política preocupada com a economia. O Poder Judiciário já reconheceu por inúmeras decisões sua competência para ingressar na órbita das políticas públicas e determinar aos demais poderes que intervenham com medidas protetivas ao direito de consumo.⁴²⁴

⁴²¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 143

⁴²² Arendt não se refere à justiça do trabalho, que não foi objeto de suas análises. Essa análise compreende nossas análises a partir da crítica arendtiana a obra de Marx.

⁴²³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 146

⁴²⁴ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROPAGANDA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS. CORRETA INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS E POTENCIAIS DANOS QUE

Para Arendt, o mundo feito pelo homem é construído com material da natureza, para ser usado e não consumido. O *animal laborans* inverte essa compreensão e dissolve no próprio labor a construção obtida da natureza. Segundo Arendt⁴²⁵:

O perigo é que tal sociedade, deslumbrada ante a abundância de sua crescente fertilidade e presa ao suave funcionamento de um processo interminável, já não seria capaz de reconhecer sua própria futilidade – a futilidade de uma vida que não se fixa nem se realiza em coisa alguma que seja permanente, que continue após terminado o labor.

Na incapacidade do Estado administrado pelo *animal laborans*, de oferecer respostas técnicas e rápidas à sociedade de consumo, o Poder Judiciário ascende na esfera social, pretendendo oferecer respostas à necessidade de distribuição da economia e garantias frente ao mercado. A tentativa do Poder Judiciário de dar respostas políticas aos problemas sociais, refere-se ao problema já apontado por Arendt, de que nas ciências humanas contemporâneas a esfera política foi considerada parte do social, como um subsistema na sociedade, quando não tomando as categorias como sinônimos.⁴²⁶ Isso se deve, ao fato de que a esfera social não se apresenta como categoria autônoma, mas como um hibridismo, em que aparecem no público traços da vida privada como a economia, e nisso, o Poder Judiciário enquanto garante dos direitos sociais e econômicos – de consumidores a grandes grupos empresariais – parece estar imerso na confusão entre o que é público e o que é privado.

O Poder Judiciário parece ser, numa proposta de interpretação da teoria arendtiana, o espaço dentro da esfera social, que melhor traduz a era advinda após a falência da política e a transformação da esfera privada em espaço da intimidade⁴²⁷. Na arena de debates do Poder Judiciário,

O CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS CAUSA À SAÚDE. 1. É possível e exigível do Judiciário, impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional, pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002.04.01.000611-1/PR, RELATORA : DES. FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER).

⁴²⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 148

⁴²⁶ ADEODATO, João Mauricio Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 127

⁴²⁷ “O que chamamos hoje de privado é um círculo de intimidade cujos primórdios podemos encontrar nos últimos períodos da civilização romana, embora dificilmente em qualquer período da antiguidade grega, mas cujas peculiaridades multiformidade e variedade eram certamente

ganham visibilidade pública aspectos da vida privada relacionados à constituição familiar, à economia e à sobrevivência. Na contenda jurídica, predominam as ações relacionadas ao modo de criação dos filhos, ao dever de alimentação e afeto, e ainda, em decisões mais recentes, refletem sobre a própria constituição do núcleo familiar.

As novas formações familiares e os conflitos advindos desse novo fenômeno social não passaram despercebidos pelo Poder Judiciário. Os vínculos afetivos, antes reservados à privacidade do lar, foram largados à publicidade do Poder Judiciário. Suas dimensões passaram a ser valoradas monetariamente, e avaliadas se coerentes com os valores presentes na sociedade e na legislação. A legislação civilista liberal, construída para operar em sociedades de famílias denominadas tradicionais, onde a constituição familiar é heterossexual, apresentou dificuldades aos operadores do direito em lidar com as novas famílias monoparentais e homoafetivas. O crescente fluxo de problemas familiares no debate jurídico, fez com que a jurisprudência desse respostas unilaterais à problemas privados e dos quais tem poucos subsídios para apaziguar. O próprio sentido que o direito de família ganha na doutrina civilista, “como construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento”⁴²⁸, demonstra ser um fenômeno eminentemente social, ou seja, um tema, que na proposta de Arendt, era resolvido na privacidade do lar, e que, após a era moderna ganhou a luz pública.

A intervenção estatal, rompeu seu âmbito de atuação política, colocou a família na esfera pública, intitulado-se guardião da estabilidade social com “[...] a preservação do lar no seu aspecto mais significativo: lugar de afeto e respeito.”⁴²⁹ Expressão das transformações operadas no âmbito familiar é que o próprio direito de família, enquanto ramo da seara jurídica, se denomina tanto como estrutura pública, como privada, ao tempo que garante o desenvolvimento do indivíduo permite a intervenção estatal para

desconhecidas de qualquer período anterior à era moderna.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 48

⁴²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2006. p. 26

⁴²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2006. p. 26

sua integração social.⁴³⁰ A regulação desmesurada da família tem provocado o que se denominou de estatização do afeto, característica marcada pela excessiva regulamentação dos comportamentos no âmbito familiar que provocaram, por outro lado a própria desnaturação das relações afetivas entre seus membros.⁴³¹

A forma como as pessoas se vinculam afetivamente, passou a ser matéria de vastíssima regulamentação pelo Estado. A sociedade moderna presenciou a formação de uniões homoafetivas, e a ausência de legislação capaz de garantir dignidade nas relações que não se compatibilizam ao modelo patriarcal de família. Esse argumento, é mais comumente utilizado para justificar a intervenção do judiciário, que, por analogia e com base em princípios constitucionais, busca oferecer uma resposta a realidade social. Porém, os estudos pouco têm falado quanto aos limites e a conveniência do excesso de regramento do direito de família, e mesmo, da exposição pública da sexualidade e da forma como as famílias devem ser tratadas na sociedade. A produção jurisprudencial tem se ocupado de avançar na definição dos principais direitos e deveres dentro das relações homoafetivas⁴³². O marco inicial se deu com a definição dos juizados especializados de família para apreciar as uniões homossexuais, e a partir daí, seguiram-se decisões reconhecendo o direito à herança pelo parceiro, auxílio por morte ou reclusão, visto de permanência e até mesmo a inelegibilidade decorrente das uniões homossexuais⁴³³. De acordo com Dias⁴³⁴:

Com isso, a jurisprudência acaba estabelecendo pautas de conduta de caráter geral. Mesmo apreciando o caso concreto, funciona o juiz como

⁴³⁰ “A família é tanto estrutura pública como relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2006. p. 27

⁴³¹ Nesse sentido RUYK, Carlos Eduardo. *União estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato*. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. n. 7. 2000.

⁴³² Segundo Maria Berenice Dias, foi no âmbito do Poder Judiciário que as uniões de pessoas do mesmo sexo começaram a encontrar reconhecimento com o nome de uniões homoafetivas. Parece ter sido da obra da Autora a primeira utilização do termo em DIAS, Maria Berenice. *União homossexuais: o preconceito e a justiça*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁴³³ Maria Berenice Dias cita os seguintes precedentes jurisprudenciais: TJRS, 8a C. Civ., AI 599075496, rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.99; TJRS, 7 C. Civ., AC 70001388982, rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 14.03.2001; o direito previdenciário é regulamentado pela Instrução normativa do INSS 25/2000; TRF 5 R., 3 T., AC 334141, rel. Des. Geraldo Apoliano, j. 27.07.2004; TSE, REsp Eleitoral 24564/Viseu-PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1.10.2004.

⁴³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2006. p. 182

agente transformador da própria sociedade. [...] Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, o Estado não pode se omitir e deixar de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

Para além da regulação da constituição dos modelos familiares, outra perspectiva que vem sendo tomada pelos Tribunais, é a imposição de que os vínculos afetivos possam ser, de alguma forma, mensurados como positivos ou negativos para a constituição do indivíduo. Esse debate fez surgir recentes decisões acerca da possibilidade de indenizar a ruptura de vínculos afetivos. “A tentativa é migrar a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito dos vínculos afetivos, olvidando-se que o direito das famílias é o único campo do direito privado cujo objeto não é a vontade, é o afeto.”⁴³⁵ Equacionam-se os princípios regentes das relações comerciais e econômicas para dimensionar os prejuízos decorrentes da ausência do vínculo afetivo daquele que por lei tinha obrigação de oferecê-lo. Assim, o que se pretende é “[...] transformar a desilusão pelo fim dos vínculos afetivos em obrigação indenizatória.”⁴³⁶

Necessário se fazer a ressalva quanto a importância de que o Estado, enquanto responsável pela legislação, não dê as costas aos problemas que ocorrem em seu interior. Porém, a ascensão dos problemas domésticos do âmbito familiar à esfera pública, pode representar aquilo que Arendt denominou como a confusão entre o social e o político na era moderna.⁴³⁷ É próprio do social, a criação de padrões de comportamentos desejáveis para uma sociedade. Assim, a pluralidade, característica distintiva dos humanos torna-se um modo de agir social e elimina a ação⁴³⁸. Num ambiente social, onde os limites entre a esfera

435 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2006. p. 100

⁴³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 2006. p.100/101 “A dor, comum no fim de todos os relacionamentos, muitas vezes serve de justificativa à pretensão indenizatória, a título de dano moral. Trata-se da monetarização das relações erótico-afetivas, no dizer de Sérgio Gischkow Pereira, o que termina com a paixão, líquida com o amor, aprisiona a libido, abafa a força do sexo, impondo um puritanismo retrógrado.”

⁴³⁷ Segundo Arendt, a partir da glorificação do social e do nascimento da sociabilidade massificada surgiu um grande mal-entendido tremendamente alimentado pela tradição: trata-se da confusão do social com o político. Isso já aparece na tradução que os medievais fizeram da expressão Zoon Politikon como animal socialis. A partir daí adentrou o Ocidente a idéia de que qualquer comunidade é uma formação política. Na verdade, essa tradução já está fortemente influenciada pelo cristianismo. AGUIAR, Odílio Alves. *A questão social em Hannah Arendt*. 2004. p. 11

⁴³⁸ “Ao invés da ação, a sociedade espera de cada um do seus membros um certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas elas tendentes a normalizar os seus

pública e a privada não são identificáveis, o Poder Judiciário passa a ditar comportamentos e, com base nos supostos valores advindos do texto constitucional (político e moral), responde em suas decisões àquilo que julga necessário para a harmonização da sociedade.

Não afirmou Arendt, que a esfera privada era desprovida de importância, ao contrário, a colocou como indispensável para a própria sustentação da esfera pública, porém, demonstrou que algumas coisas quando expostas ao público podem ser vistas de forma distorcida, e assim parece ser o amor, quando utilizado, por exemplo, para fins políticos.⁴³⁹ Assim ocorre com as relações familiares, que quando expostas à público já perdem sua característica de unir pessoas com vínculos comuns, e transformam-se, numa possível leitura da obra de Arendt, em propostas de monetarização da dor pela quebra do vínculo emocional, como nas recentes decisões jurisprudenciais antes indicadas. É mais uma vez, a predominância do *animal laborans*, tornando consumível todos os relacionamentos intersubjetivos mantidos no mundo da esfera pública.

Outro fato importante destacado na obra de Arendt, e capaz, pelo menos em parte, de explicar o fenômeno da inflação legislativa para regular os comportamentos sociais, é o declínio da autoridade das leis ocorrida no século XX. Arendt, coloca o ordenamento jurídico como instrumento estabilizador dos frágeis acordos das relações políticas e da pluralidade de agentes, que a cada dia surgem no mundo.⁴⁴⁰ As leis delimitam o espaço criativo da ação, ao passo que asseguram a liberdade de movimento dos indivíduos. A norma positiva é a garantia de existência de um mundo capaz de durar para além da existência individual de cada geração, fomentando e absorvendo a novidade da esfera pública.⁴⁴¹

membros a fazê-los comportarem-se, a abolir a ação espontânea ou a reação inusitada.” ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 50

⁴³⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 1997. p. 61

⁴⁴⁰ “A ênfase arendtiana no papel estabilizador e conservador das leis e do próprio direito nada tem que ver com o conservadorismo político que os considera imutáveis, recusando-se a aceitar que a ‘mudança é inerente à condição humana’. DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000.

⁴⁴¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1988. p. 217 e seguintes.

Diferentemente da perspectiva atual, a lei deveria tomar uma postura mais diretiva do que impositiva, concebidas por Arendt, não tanto como instrumentos de coerção, mas, como as regras do jogo político às quais os cidadãos dão assentimento afim de incluir-se nas relações inter-subjetivas que constituem o mundo público.⁴⁴² Assim todas as normas devem ser mais diretivas, na medida que descrevem os passos do jogo político, do que imperativas, escudando-se unicamente na força coercitiva do Estado.

O Poder Legislativo, do *welfare state*, que pretendia dar várias respostas as grandes e rápidas transformações da esfera social, emite diversos comandos imperativos, com vistas à regular os comportamentos sociais, excluindo a função diretiva da legislação. Numa sociedade de massas, onde tudo se consome pelo *animal laborans*, a produção legislativa deve ser incessante para atender ao fluxo das transformações daquilo que é consumido na esfera social. A necessidade de que os homens se comportem ao invés de agir, tornou-se campo germinante para grande fluxo legislativo, sufocando o espaço da ação e criatividade, esquecidos pelo *animal laborans*.

O Poder Judiciário, enquanto poder supremo na esfera social, torna-se mecanismo de resposta à legislação instável dos modelos políticos surgidos após a era moderna. Recebendo na visibilidade do público, problemas privados (como a economia e a família), perde-se num emaranhado de normas e regulamentos que visam garantir o acesso de todos aos bens de consumo da sociedade. Não parece ser esse o caminho para autonomia do indivíduo, até porque a libertação da necessidade na esfera pública, como já dito por Arendt, não conduz à liberdade, trazendo somente indivíduos condicionados e dependentes de um Estado provedor.

⁴⁴² DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. 2000. p. 250

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na realização do presente trabalho, centrou-se na problemática do recente fenômeno de escoamento dos conflitos sociais e políticos para o centro do debate do Poder Judiciário. Para se alcançar uma análise das causas que proporcionaram esse novo movimento, entendeu-se útil abordar, inicialmente, teorias atuais da política constitucional e da filosofia política, suportes seguros para compreensão das bases dessa nova realidade de crescimento do Poder Judiciário. Assim, optou-se por desmembrar a pesquisa em quatro capítulos. No primeiro, a análise centrou-se na formação do Estado nacional, seu amadurecimento e declínio, com o crescimento do Estado constitucional, a inserção dos direitos sociais e o surgimento de Constituições políticas, na base do que, atualmente se denomina de neoconstitucionalismo.

No segundo capítulo, apresentou-se de forma descritiva os principais conceitos da teoria de Hannah Arendt, acerca da formação dos espaços público, privado e o surgimento do social. Nesse debate, inseriram-se importantes distinções encontradas na filosofia política da autora, como as relativas ao poder, a força, a violência, e como essas categorias foram tratadas pela tradição do pensamento político ocidental. A opção pela teoria filosófica de Hannah Arendt, se justifica pela nitidez com que apresenta os problemas trazidos pelas transformações na compreensão da política ocasionadas pelo surgimento do social na era moderna. Acredita-se que a proposta de Hannah Arendt, é instigadora e fonte de inestimável conteúdo de debate para compreensão do fenômeno da judicialização das relações sociais e políticas.

A partir do terceiro capítulo, fixa-se especificamente no tema central do presente trabalho. Inicia-se o debate sobre a judicialização da política nos Tribunais Constitucionais na atualidade. O eixo da discussão proposta, principia uma abordagem das transformações provocadas pelas teorias constitucionais surgidas após a década de 1940, que além dos direitos de liberdade deu a sociedade direitos à prestações positivas do Estado, rompendo com o modelo abstencionista e impondo a concretização do princípio da

igualdade. Na inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, inicia-se um ativismo judicial como guardião das promessas constitucionais não cumpridas.

Entendeu-se importante para o aprofundamento do tema, a apresentação dos debates substancialista e procedimentalista, colocando em confronto as idéias de Dworkin e Cappelletti, enquanto representantes da primeira teoria e Habermas e Garapon, na construção do segundo posicionamento.

De um lado, foi possível perceber o crescimento das esperanças de concretização das promessas democráticas a partir do fortalecimento da figura do juiz e do próprio Poder Judiciário, que se afasta de uma visão formal e mecânica de aplicação da lei, reaproximando-se de critérios éticos e morais para fazer cumprir direitos prestacionais, sociais e econômicos, buscando a materialização do princípio da igualdade. Noutra norte, Habermas e Garapon, são capazes de mostrar o perigo da sobreposição do Judiciário sobre os demais poderes, e a criação de uma legião de súditos, desinteressados pelo bem comum e a própria política.

A judicialização das relações sociais, fenômeno que, por um lado, expressa o agigantamento do Poder Judiciário no meio da sociedade e por outro a incapacidade da sociedade em resolver seus próprios problemas, foi tema reservado para análise no quarto capítulo. Iniciou-se, analisando o fenômeno da judicialização das relações sociais como a pretensa resposta a necessidade de melhora no acesso à justiça. Com esse objetivo, buscou-se ampliar o acesso da população à prestação jurisdicional, com a criação dos juzizados especiais. Porém, pouco se preocupou com a formação dos operadores do direito. Em seguida, analisou-se a conveniência de que o Poder Judiciário intervenha na implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo. Nesse aspecto, foram discutidas recentes decisões dos Tribunais superiores que confirmam os novos programas de políticas afirmativas, incluindo, por via legal, os negros em universidades. Nesse mesmo capítulo, abordaram-se algumas conseqüências do excesso de regulação normativa da sociedade, com a potencialização do conflito, a criminalização de conflitos familiares e a intervenção do Estado em áreas da esfera privada, como a educação dos filhos e os vínculos afetivos.

A transformação das esferas pública e privada, confluindo no que Arendt denominou de esfera social, permitiu que as preocupações privadas ganhassem feições públicas quando trazidas à visibilidade, ao passo que as questões políticas perdessem seu espaço de debate. Da mesma forma, quando a economia tornou-se preocupação do Estado, este alterou sua forma de ação para aprisionar-se num modelo de gestão burocrática.

As dificuldades de definir os assuntos a serem tratados em cada esfera, demonstram a realidade do fenômeno de massas, da constituição de uma sociedade de consumidores e da completa alienação com as preocupações públicas, como apontado por Arendt na sua construção teórica.

Diante da inexistência de um espaço público aberto, plural e baseado no consenso, verifica-se o enfraquecimento do Republicanismo e do próprio Parlamento. A economia no centro do debate da esfera pública, traz a vitória do *homem laborans*, e o processo biológico torna-se paradigma da organização social. Nesse modelo, a lei, que no sentido romano, tomado de exemplo por Arendt, tinha o sentido fundacional de uma comunidade, numa sociedade regida pelo *animal laborans*, perde sua necessidade de estabilidade e deve adequar-se às necessidades humanas e suas constantes transformações no ciclo de consumo.

Noutra perspectiva, o Executivo, num Estado com deveres prestacionais, como é o caso do *welfare state*, traz o risco da criação de uma sociedade clientelista e dependente das ações estatais sem qualquer preocupação com o interesse comum. Neste caminho, diante da dificuldade do Poder Executivo em satisfazer todas as necessidades dispostas na legislação e nos próprios textos constitucionais, é que o Poder Judiciário surge como garante das promessas não cumpridas da democracia.

Neste momento, inverte-se a relação ontológica entre a política e o direito. No sentido apresentado por Arendt, a lei (direito) tinha a função de garantir a estabilidade do debate político na medida em que estabelecia as regras do jogo, e ao mesmo tempo, tornava-se objeto deste debate. Atualmente, a política está subordinada ao direito, e sempre que não coerente com este, poderá

ser remetida à inaplicabilidade pelo Poder Judiciário. É expressão dessa inversão, a possibilidade de que leis, erigidas de acordo com as regras legislativas, percam sua validade e vigência quando contrastadas com os dispositivos legais já existentes, após análise judicial.

É inegável que essa contraposição da lei com o texto constitucional para julgar sua validade no ordenamento jurídico, busca preservar os valores que sustentam a ordem constitucional e, portanto, são muito caros à sociedade. Porém, o poder em Arendt, somente pode advir do agir em concerto, ou seja, do atuar em conjunto da sociedade que decide mudar as regras do jogo. Assim, não perde sentido o questionamento quanto à validade das declarações corriqueiras dos Tribunais Constitucionais em temas classicamente destinados ao âmbito político.

Essa apropriação do Poder Judiciário de funções tipicamente privadas e políticas, é reflexo do estabelecimento da esfera social, onde o que deve ser trazido às luzes e o que deve ser mantido na privacidade não se torna claramente distinto. Nesta perspectiva, não é possível definir com segurança o que é afeto à política, e portanto, competência do Parlamento, e o que deveria ser tratado pela própria sociedade.

Outra conclusão possível é que o esvaziamento do debate parlamentar é consequência própria da ausência de preocupação com o interesse comum da sociedade. O sistema partidário deformou-se e permitiu que o Congresso expresse um sistema representativo de classes, e na maioria das vezes, ligadas à economia, assunto antes pertencente a esfera privada.

O fracasso da Revolução Francesa, segundo Arendt, está ligado ao fato de que a pauta de suas reivindicações esteve ligada à economia como caminho de acesso à liberdade. O que pretendia o *animal laborans* era superar sua submissão à necessidade com maior distribuição da economia. Esses fatos demonstram a confusão na era moderna entre a política e o social. A igualdade pretendida pelo homem da era moderna, não é mais aquela que o colocava como pertencente à esfera pública. Não existe uma intenção cívica em

sua pretensão mas sim, o desejo de ter igualdade de acesso ao mercado de consumo.

A conflituosidade advinda de uma sociedade de operários e consumidores, e os problemas resultantes de um Estado vinculado à economia, trouxeram a necessidade de uma esfera de decisão com respostas técnicas e rápidas. A política, espaço onde prevalece a pluralidade e o consenso, não foi capaz de responder à essa necessidade, e o Poder Judiciário, através de sua força coercitiva passou a ser resposta firme e segura aos conflitos e as necessidades da era moderna.

As próprias alterações nas constituições familiares, longe do modelo patriarcal, exigiram uma construção jurisprudencial do direito de família para os novos modelos monoparentais e homoafetivas, diante da inércia do Poder Legislativo. Da mesma forma, restou indispensável uma resposta aos problemas das relações de consumo.

A alta regulação dessas relações ocasionou o que se denomina usualmente de inflação legislativa e traz uma nova característica da norma jurídica relacionada a sua instabilidade e provisoriedade, ligadas ao próprio processo de produção do *animal laborans*.

Esses são alguns dos questionamentos que rodeiam o fenômeno recente da judicialização das relações sociais e políticas e que deverão ser objeto de análise da produção teórica do direito. Não se visualizam ainda as vantagens ou desvantagens do processo, capazes de justificar maior expansão ou recrudescimento do Poder Judiciário da vida social e política. O certo é que esse novo tratamento do poder, da política e das relações sociais representa importantes alterações sofridas nas esferas pública e privada na era moderna, que deverão trazer importantes debates na teoria do direito.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ADEODATO, João Mauricio Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AGUIAR, Odílio Alves. *A questão social em Hannah Arendt*. n. 27. São Paulo: Transformação, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x Cidadania Mínima: Códigos de violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANGOULVENT, Anne-Laure. *Hobbes e a moral política*. Trad. Alice Maria Cantuso. São Paulo: Papyrus, 1996.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: EDUC: Ed. Sumaré: Fapesp, 2002. p. 14

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1988.

_____. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. *O que é Política?* Trad. Reinaldo Guarany. 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

_____. *Sobre a violência.* Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. *Crises da República.* Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2006.

ARIZA, Santiago Sasire. *La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo.* in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Ed. Trotta. 2005.

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdição y argumentación en el Estado constitucional de derecho.* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

AVRITZER, Leonardo. *Ação Fundação e Autoridade em Hannah Arendt.* n. 68. São Paulo: Lua Nova, 2006.

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

_____. *Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 04 fevereiro de 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Constituição Dirigente.* In BONAVIDES, Paulo (et. al). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho.* São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Política e Direito in Teoria geral da política – a filosofia política e as lições dos clássicos.* Org. Michelangelo Bovero. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 9 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 11 ed., Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria do Estado*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRESCIANI, Stella. *Política e Violência em da Revolução de Hannah Arendt*. in DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Maria Brehol de. *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume- Dumará, 2004.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk. *A tirania das maiorias: Alexis de Tocqueville*. Disponível em: www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/cademartori. Acesso em: 23 de julho de 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

_____. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARDOSO, Adalberto Moreira. *Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo*. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. *Cultura política, capital social e a questão do déficit democrático no Brasil*. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko de; SADEK, Maria Tereza. *O Ministério Público Federal e a Administração da Justiça no Brasil*. São Paulo: IDESP: Sumaré, 1998. p. 30

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2004.

COLZANI, Valdir Francisco. *Guia para redação do trabalho científico*. Curitiba: Juruá, 2001.

CORREIA, Adriano. *O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo*. in MORAES, Eduardo Jardim; BIGNOTO, Newton (org.). *Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

COULANGES, Fustel. *A cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

_____. *Intervenção e regulação do Estado*. Disponível em: www.univali.br/cpcj. Acesso em: 20 de fevereiro de 2007.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. 2 ed. São Paulo: Madras, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Uniões homossexuais: o preconceito e a justiça*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DURKHEIM, Emile. *O contrato social e a constituição do corpo político*. in QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Teresa; SOUZA, R. de. *O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. São Paulo: Quieroz, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Positivismo crítico, derechos y democracia*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/>. Acesso em: 10/04/2006.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoría del Derecho em tiempos de Constitucionalismo*. in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: Justiça e democracia*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 22/23

GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita. O futuro da política radical*. Tradução Álvaro Hattner. São Paulo: UNESP, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2 ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Função Calouste Gulbenkian, 1986.

HERMANN, Leda Maria. *Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei n. 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo*. Campinas: Servanda, 2007.

_____. *Violência Doméstica: a dor que a lei esqueceu. Comentários à lei 9.099/95*. Campinas: Cel-rex, 2000.

JELLINEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Cidade do México: FCE, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª Edição – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. *Da dignidade da política: sobre Hannah Arendt*. in Prefácio à obra ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. *Hannah Arendt: Pensamento, persuasão e poder*. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *As implicações recíprocas entre os valores e o direito*. in BONAVIDES, Paulo (et. al). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Los derechos econômicos, sociales y culturales: su gênesis y su concepto*. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. *Sociologia do direito em Max Weber: processos de racionalização e de juridicização das relações sociais*. in Produção científica CEJURPS – 2006/ Universidade do Vale do Itajaí – Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006.

MAZZILI, Hugo Nigri. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva. 1996.

MELO, Manuel Palacios Cunha. *A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil*. in VIANNA, Luiz Werneck (org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. *Outras formas de dizer o direito*. in WARAT, Luis Alberto (org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 2 ed. Argentina: ALMED. 1999.

ORTEGA, Francisco. *Para uma política da amizade: Arendt, Derrida, Foucault*. 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 8 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC Editora- co-edição OAB Editora, 2003.

PERISSINOTTO, Renato M. *Hannah Arendt, poder e a crítica da "tradição"*. São Paulo: Lua Nova, n. 61. 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e a jurisdição constitucional internacional*. In. BONAVIDES, Paulo (et. al). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PINZETTA, Inácio. *O edificante em Hegel e Kierkegaard*. Publicações científicas UNISINOS, 2005.

POZZOLO, Susanna. *Un constitucionalismo ambíguo*. in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Ed. Trotta. 2005.

QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Teresa; SOUZA, R. de. *O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. São Paulo: Queros, 1992.

RAMOS, César Augusto. *O conceito (político) de liberdade em Hannah Arendt*. in DUARTE, André; LOPREATO, Christina; MAGALHÃES, Maria Brepohl de. *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Relume- Dumará, 2004.

RAMOS, Flávio. *É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias?* in BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia & Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. Itajaí: UNIVALI, 2005, p. 51

RIBEIRO, Renato Janine. *Hobbes: o medo e a esperança*. in WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da Política*. 1 vol. 10 ed. São Paulo: Ática.

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

_____. *A reforma do processo civil no Brasil e a crise do Poder Judiciário*. Disponível em: www.advocaciapasold.com.br. Acesso em: 15 de fevereiro de 2006.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental. A aventura das idéias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

RUZYK, Carlos Eduardo. *União estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato*. Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. n. 7. 2000.

SADEK, Maria Teresa e ARANTES, Rogério Bastos. *A Crise do Judiciário e a visão dos Juizes*. n. 21. São Paulo: Revista da USP, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. In BONAVIDES, Paulo (et. al). *Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11 ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 161

_____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SIEYÈS. Joseph Emmanuel. *Que é o terceiro estado?* 2 ed. Rio de Janeiro: U. Júris, 1988.

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.

SONTHEIMER, Kurt. Prefácio in *O que é Política?* Trad. Reinaldo Guarany. 6 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 3 ed. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2002. p. 46/47

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito no direito internacional*. In ANNONI, Danielle (coord.). *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Petrópolis, 2002.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na América*. Tradução de Francisco Weffort. São Paulo: Abril, 1985.

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

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Revolução processual do direito e democracia progressiva*. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WARAT, Luis Alberto (org.). *Ecologia, psicanálise e mediação*. Tradução de Julieta Rodrigues. in WARAT, Luis Alberto (org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 2 ed. Argentina: ALMED. 1999.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. vol. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 11 ed. São Paulo: Pioneira, 1996. p. 13

YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. *Por amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt*. Trad. Antonio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.