

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E
ESTRATÉGIA**

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A939

Autonomia privada, regulação e estratégia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Frederico de Andrade Gabrich, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-077-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

AUTONOMIA PRIVADA, REGULAÇÃO E ESTRATÉGIA

Apresentação

A necessidade crescente de promoção do desenvolvimento econômico sustentável, contraposta com a significativa regulação da atividade econômica, com o aumento da intervenção do Estado nos negócios e com a excessiva judicialização dos fenômenos jurídicos, são questões relevantes, contemporâneas e integram a base de diversos problemas científicos e práticos que envolvem as abordagens das tensões entre autonomia privada, regulação e estratégia.

Essa situação exige que o Direito seja reconhecido não apenas como ciência e instrumento legítimo de solução de conflitos, mas como elemento fundamental de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas) e das organizações (privadas e públicas), para que estas realizem os seus objetivos estratégicos com o menor custo e com a maior eficiência possível, respeitados os limites normativos, filosóficos e éticos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, é fundamental o desenvolvimento de ideias inovadoras no âmbito da ciência do Direito, bem como a análise, a reflexão e a crítica propositiva de questões estruturantes, tais como, dentre outras: os limites da intervenção estatal na atividade econômica e na autonomia privadas; a normatividade contemporânea e a estruturação lícita dos negócios e dos mercados globalizados; a liberdade de contratar; a interpretação finalística e contemporânea dos institutos clássicos do direito privado; o confronto entre a autonomia privada e o interesse público; a dicotomia entre a propriedade privada e a função social da empresa; as relações entre as empresas, o Estado e as organizações do terceiro setor; a composição de interesses privados e públicos nos mercados; a ineficiência dos instrumentos de controle da atividade econômica; as parcerias entre o público e o privado; as relações entre os modelos de negócios, o planejamento empresarial, a gestão estratégica das organizações e a eficiência dos planejamentos jurídicos (tributários, societários, contratuais, trabalhistas etc); o uso de estruturas jurídicas tipicamente privadas para organização da atividade estatal; a dominação de mercados e a livre concorrência; as combinações de negócios, fusões e aquisições; a liberdade de agir, de pensar, de informar e de ser informado, de empreender.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Conpedi, em seu XXIV Congresso Nacional, ocorrido de 11 a 14 de novembro de 2015, em Belo

Horizonte, organizado em conjunto e sediado pelas Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Fundação Mineira de Educação e Cultura - Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, decidiram, muito oportunamente, por adotar entre os seus quase setenta grupos de trabalho, um que fosse destinado a cuidar especificamente dessas matérias de Autonomia Privada, Regulação e Estratégia. O fruto dos esforços nele desenvolvidos são aqui ofertados à Comunidade Acadêmica e Científica, com a convicção de servir não apenas de subsídio a estudos nessas áreas, mas, sobretudo, de estímulo e provocação a uma reflexão que se mostre sempre livre, crítica e útil a contribuir para construir uma sociedade melhor.

Prof. Dr. Frederico Gabrich - FUMEC Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E OS REFLEXOS NA
AUTONOMIA DAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS**

**JUDICIALIZATION OF SOCIAL RELATIONS AND REFLECTIONS ON THE
AUTONOMY BETWEEN PRIVAT RELATIONS**

**Clayton Gomes de Medeiros
Marcelo Paulo Wacheleski**

Resumo

A constitucionalização do Direito Privado, realidade identificável a partir da Constituição Federal de 1988, possibilidade uma gradativa judicialização das relações sociais como efeito da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais. Por outro lado, o crescimento da atuação do Poder Judiciário em áreas antes reservada ao indivíduo, tem como efeito imediato a redução da autonomia nas relações interprivadas. Neste contexto, verifica-se constante crescimento da judicialização de temas relacionados as questões familiares, consumidores e econômicas que, se por um lado, representam aumento do acesso à justiça, por outro, importam em escoamento ao Poder Judiciário de temas antes resolvidos na esfera privada ou política. Deste modo, a leitura proposta no texto, identifica os espaços de transformação de atuação do Poder Judiciário com a finalidade de garantir o acesso à justiça com interferência cada vez mais crescente nas relações interprivadas. Por outro lado, discute-se a possibilidade do Poder Judiciário interferir em políticas públicas, apontando que a legitimidade desta atuação somente será reconhecida na medida em que reforce a autonomia privada garantindo condições materiais para que os sujeitos decidam as medidas adequadas para construção de seus próprios direitos.

Palavras-chave: Judicialização, Relações interprivadas, Estado interventivo

Abstract/Resumen/Résumé

The constitutionalization of private law, identifiable reality from the Federal Constitution of 1988, a gradual legalization possibility of social relations as an effect of the need for enforcement of fundamental rights. On the other hand, the growth performance of the judiciary in areas previously reserved for the individual, has the immediate effect of reducing the autonomy in privat relations. In this context, there is steady growth of the justiciability of issues related to family, consumer and economic issues, on the one hand, represent increasing access to justice, on the other hand, mind draining the Judiciary of issues resolved before the private sphere or policy. Thus, the reading proposed in the text, identifies the spaces of transformation of action of the Judiciary in order to ensure access to justice with ever increasing interference interprivadas relations. Moreover, we discuss the possibility of the judiciary to interfere in public policy, noting that the legitimacy of this action will only be recognized to the extent that strengthen private autonomy ensuring material conditions to

which subjects decide appropriate measures to build their own rights. The research literature has character as the theoretical framework doctrinal construction of Hannah Arendt, especially their theoretical contributions on the construction of public space.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legalization, Interprivadas relationships, State intervention

1 INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 e a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais promove constante judicialização das relações sociais. Se por um lado a medida tornou-se necessária para garantia da efetivação das normas constitucionais, por outro, a inserção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas pode resultar em ofensa à autonomia dos sujeitos nas relações interprivadas.

A construção do Direito Privado na Constituição Federal de 1988 está fundada na autonomia. Ou seja, o sujeito é livre no exercício de seus direitos e escolhas no âmbito familiar, econômico e social. Com a judicialização das relações sociais e o agigantamento do Poder Judiciário, torna-se cada vez maior a dependência do sujeito em relação ao Estado. Neste aspecto, o artigo analisará como a constitucionalização do Direito Privado e especificamente a judicialização das relações sociais provocam a redução da autonomia nas relações interprivadas.

Denota-se, que a invasão cada vez maior do Estado no ambiente privado das relações sociais compromete a autonomia do sujeito reduzindo sua capacidade de tomar decisões e aumentando sua dependência do Estado. Os problemas se evidenciam a partir do momento em que o Poder Judiciário passa a decidir de forma não democrática as políticas públicas estatais, excluindo do âmbito de decisão os sujeitos afetados por suas consequências.

Nesta perspectiva, o âmbito da pesquisa está em demonstrar que as políticas públicas estatais somente terão legitimidade constitucional na medida em que fortaleçam a autonomia privada garantindo condições materiais para que os sujeitos decidam as medidas adequadas para construção de seus próprios direitos. O excesso de judicialização pode diminuir o âmbito da autonomia privada em prejuízo a concretização dos direitos fundamentais. A ideia é justamente que a imposição de políticas públicas estatais tende a ser ineficaz pela ausência de identificação social com as medidas impostas. A pesquisa é construída com base no método indutivo e tem como uma das principais bases teóricas a construção doutrinária de Hannah Arendt, especialmente seus aportes teóricos sobre a construção do espaço público.

2 DA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De sua formação no momento histórico até nossos dias 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 (BONAVIDES, 2004, p. 48).

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 Estado firma-se como monopólio da produção normativa, firmando o princípio da legalidade como critério para reconhecimento do direito válido e vigente (FERRAJOLI, 2006).

Esse processo de contenção do direito de resistência e de revolução através da constante limitação e delimitação do poder tradicional é também denominado de constitucionalização, com a conseqüente acomodação das demandas provenientes da burguesia em ascensão (BOBBIO, 2000, p. 256). A democracia resulta, inclusive, no conteúdo da constituição de um país, ou seja, a normatização limitadora do governo e seus poderes. A partir disso é que a democracia é também a clara expressão do povo decidindo as questões relevantes de sua comunidade. Nesse aspecto, o respeito à democracia exige que alguns temas sejam retirados do campo de decisão da maioria (CHUEIRI; GODOY, 2010).

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.

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 (dimensão).

A partir da segunda década do séc. XX as estruturas do Estado passam por transformações que buscam dissociar legitimidade e legalidade. O Parlamento, representante direto e legítimo do povo, erigia normas gerais de cunho universal e vinculante, o que gerava a crença da legitimidade estar na lei. Com a mudança de paradigma e a inserção de novos referentes econômicos, políticos e sociais principia a ideia de um Estado Social (BONAVIDES, 2001, p. 183), que busca sua legitimidade não mais na lei, e sim, na

concretização dos direitos sociais garantidos nas cartas constitucionais – mormente expressos como princípios.

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 formal (FERRAJOLI, 2001), 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 validade da lei, ou seja, um critério de vigência substancial (FERRAJOLI, 2001, p. 19,20) 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.

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.” (CRUZ, 2007)

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 (VIANNA, 1999, p. 16/17).

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.

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 conteúdos dos princípios.

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 normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição de Weimar.” (SILVA, 1999, p. 84). Firmou-se, definitivamente, autorização para intervenção direta e crescente do Estado no espaço privado da economia e das relações sociais.

3 A CONSTITUIÇÃO DA ESFERA PÚBLICA NA OBRA DE HANNAH ARENDT E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

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” (ARENDR, 2003, p. 43). 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 (ARENDR, 2003, p. 54).

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 à proteção do que é comum a todos (ARENDR, 1997, p. 33).

Arendt em posição contrária a de Coulanges (2002, 248/249), 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 (ARENDR, 1997, p. 34).

As transformações percebidas na compreensão do público, do privado e do social aquilataram-se na emergência da era moderna, por consequência, 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>> [...]” (ARENDR, 1997, p. 337/38). 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>>.” (ARENDR, 1997, p. 38)

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 propriedade (ARENDR, 1997, p. 39), não foi violada na *polis*, já que, se constituía em fator indispensável para superação das necessidades e ingresso na vida pública.

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.” (ARENDR, 1997, p. 40). 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 pseudoliberalidade, no plano do social e a força e a violência figurando como monopólio do governo. (ARENDR, 1997, p. 40)

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 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.” (ARENDR, 1997, p. 41)

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 (ARENDR, 1997, p. 41). 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 (ARENDR, 1997, p. 48).

Denota-se que a intimidade contrapôs-se não à esfera pública, mas muito mais, ao social. Não se trata para o moderno individualismo, de proteger a intimidade antes reservada ao lar, mas sim, garantir a intimidade do coração (ARENDR, 1997, p. 48). 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.” (ARENDR, 1997, p. 50)

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.” (ARENDR, 1997, p. 51)

As consequências 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 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. (ARENDDT, 1997, p. 80)

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 que merece importância e atenção para o melhor desenvolvimento humano. (ARENDDT, 1997, p. 83/84). 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.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E OS NOVOS ESPAÇOS DO PODER JUDICIÁRIO

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.

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 os prejuízos a composição do núcleo familiar com a redução da autonomia dos indivíduos em relação aos seus próprios interesses privados.

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.

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 – afrodescendentes, ambientalistas, etc. - , que cobram maior regulação e normatização de seus direitos de forma a torná-los efetivos juridicamente.

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. as transformações provocadas pela constitucionalização do direito privado provocam a indagação de “[...] qual é o papel do Estado em relação à família, com vistas a promover o desenvolvimento da personalidade humana. Aponta-se que do Estado espera-se tão somente tutela, e não necessariamente sua intervenção [...]”. (PINHEIRO, 2008, p. 288)

Com esse compasso, a juridicização provocada pelo Estado social, suprime a distinção entre direito público e privado e 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 (HABERMAS, 2003, p. 197).

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.” (MARTINS, 2006, p. 38)

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

A doutrina civilista, não vendo com bons olhos o que denominou de submissão do direito privado a 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.” (HABERMAS, 2003, p. 134) 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 liberdade jurídica após o Estado social com a materialização do direito vigente ou a criação de novos direitos. “Daí que não se trata mais de sustentar a reconstrução do Direito privado brasileiro em torno da *codificação*, sem embargo da relevância dos códigos como signos linguísticos culturais e sociológicos. Demarca, por isso, novas fronteiras, do que é exemplo a interpretação dos espaços público e privado reconhecida na doutrina, na legislação e na jurisprudência.” (FACHIN, 2008, p. 225)

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 socioeconômicas 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.” (SANTOS, 2006, p. 168) 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.

A segunda perspectiva a ser analisada juntamente com o acesso à justiça 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 consequências no próprio meio social.

5 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 consequências: 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.

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.

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 (CLÈVE; LORENZETTO, 2014) 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.

Dentro dessa nova perspectiva, para Cappelletti (1993, p. 47), 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.

No entanto, é importante considerar a crítica da doutrina procedimentalista, capitaneada principalmente por Habermas e Garapon, 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. 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.

6 A ESFERA DO SOCIAL E A JUDICIALIZAÇÃO: REFLEXO NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS

A ascensão de temas como 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.” (AGUIAR, 2004, p. 9) O paradoxo intransponível nessa transformação da esfera pública, é que os 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. (DUARTE, 2000, p. 273/274) 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.

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 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 intimidade (ARENDRT, 1997, p. 48). Na arena de debates do Poder Judiciário, ganham visibilidade pública aspectos da vida privada relacionados à constituição familiar, a economia e a 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 apresentasse 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” (DIAS, 2006, p. 26), 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 e 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.” (DIAS, 2006, p. 26) 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 sua integração social. (DIAS, 2006, p. 27) 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 (RUZYK, 2000).

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.

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.” (DIAS, 2006, p. 100) 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.” (DIAS, 2006, p. 100/101)

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 ação (ARENDDT, 1997, p. 50). Num ambiente social, onde os limites entre a esfera 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 (ARENDDT, 1997, p. 61). 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.

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 a fim de incluir-se nas relações inter-subjetivas que constituem o mundo público (DUARTE, 2000, p. 250). 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.

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.

7 CONCLUSÃO

O reconhecimento de uma esfera pública a partir da indistinção entre o público e o privado, permitiu o crescimento da atuação do Poder Judiciário no âmbito das relações interprivadas. A identificação de novos direitos de privacidade, reprodutivos, além daqueles próprios das constituições sociais atuais como o Direito do Consumidor, favorecem a presença do Poder Judiciário na vida social como garante da efetivação dos direitos fundamentais.

A relação estabelecida entre o Poder Judiciário e a sociedade resulta em importante objeto de estudo para as Ciências Sociais e o Direito, na medida em que pode representar em gradativa redução da autonomia dos sujeitos nas suas relações interprivadas.

A sociedade em suas relações sociais e pessoais, torna-se cada vez mais regulada por

uma inflação legislativa cambiante de acordo com a complexidade própria da atualidade. Não ha como se retroceder em relação ao novo modelo de relações sociais estabelecidos entre os diversos nichos estruturais da sociedade. Contudo, a constitucionalização do Direito Privado que favoreceu a constante judicialização das relações sociais, se por um lado foi fator determinante para a progressiva garantia de efetivação dos direitos sociais fundamentais, poderá ser, em outra ótica, razão para criação de uma massa dependente da mão condutora do Estado, a partir de uma legislação mais impositiva do que diretiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Odílio Alves. **A questão social em Hannah Arendt**. n. 27. São Paulo: Transformação, 2004.
- ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- _____. **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- _____. **Teoria do Estado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- 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.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – Soberania e Poder Constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo: 2010. Acesso em: 22 de abril de 2014.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 22 de abril de 2014.
- COULANGES, Fustel. **A cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- 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.
- DÍAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____. **Unões 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.
- FACHIN, Luiz Edson. **Contemporaneidade, novos direitos e o Direito Civil-Constitucional no Brasil**. in MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 225
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** Trad. Andrés Ibáñez y Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Positivismo crítico, derechos y democracia.** Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/>. Acesso em: 10/04/2006.

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.

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

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Planejamento familiar e condição feminina.** in MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 288

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.

SANTOS Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 11 ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 161

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

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