

A dicotomia público x privado com o advento do Estado Social: uma análise crítica à obra de Hannah Arendt

Alexandre da Maia*

1. Introdução: linguagem e acepções da palavra "direito" na modernidade.

Pode-se dizer que o mundo ético, do qual se destaca a esfera jurídica, tem por um caráter básico a sua expressão através de signos, da linguagem. Tal linguagem toma para si, dentro de um estudo do positivismo clássico, uma idéia de cristalização de códigos e critérios que, em tese, garantiriam a chamada "plenitude hermética" do ordenamento jurídico estatal. Os trabalhos mais recentes na área da linguagem jurídica têm mostrado uma tendência cada vez mais acentuada em admitir a impossibilidade da observação do fenômeno jurídico através de uma estrutura única de linguagem. Tais estudos indicam que a língua possui em sua natureza uma estrutura polissêmica, em que temos várias palavras com um mesmo significado e, no mais das vezes, palavras diferentes que são entendidas como sinônimos(1).

Essa estrutura aberta - que possibilita a existência de diversidade na relação significante-significado nas mais diversas palavras - seria uma marca registrada do discurso jurídico. Tal assertiva, a princípio, iria de encontro às teses positivistas mais exacerbadas, utilizando o argumento de que essa "textura aberta" (2) seria uma forma de se admitir decisões que fugissem ao âmbito das fontes formais de produção do direito.

Tal afirmativa é, desde logo, rejeitada por Herbert Hart(3), que dá ao julgador o poder de, dentre as diversas formas que existem para a decisão de um conflito - formas essas fruto da estrutura aberta - a que mais se adequaria ao caso em análise. Com isso, na tese de Hart, o papel do julgador torna-se indispensável na aplicação do direito de acordo com essa multiplicidade de soluções. Abstraindo-se das possíveis críticas que teorias sociológicas fazem ao que chamariam de uma nova forma de positivismo, este trabalho, dentro das chamadas "acepções da palavra 'direito' ", tem por escopo a análise de um dos estudos mais desenvolvidos pela clássica teoria geral do direito: a distinção entre as noções de direito público e de direito privado.

Sempre adotada como um paradigma de didaticidade no ensino da teoria geral do direito, tal forma de investigação epistemológica traz em seu bojo uma série de considerações críticas no sentido de se abolir por completo tal enfoque. Para verificarmos a veracidade de tal posicionamento, far-se-á uma investigação sobre o papel das esferas pública e privada na teoria de Hannah Arendt, a partir da análise dos conceitos que compõem a *vita activa*, do livro "A Condição Humana". Diante disso, teremos o arcabouço teórico suficiente para verificar as mutações da referida dicotomia pela história da humanidade, em especial com o surgimento do Estado moderno e seus respectivos pilares que passaram a caracterizar a modernidade ocidental(4).

Esboçada a teoria da *vita activa* de Hannah Arendt, nosso passo seguinte será a identificação do problema a partir do desenvolvimento do agir humano, tomado com a base na teoria do chamado direito natural. As observações de tal capítulo buscarão esclarecer o caminho de legitimação da ação humana a partir de argumentos próprios de cada tempo, e ver a ilação das idéias de público e privado em tais formas. Observaremos como as mudanças no quadro social favoreceram a emergência de critérios legitimadores os mais diversos da prática político-jurídica, tais como a vontade divina, a vontade da maioria etc, e como o espaço público foi se moldando a essas realidades, propiciando o surgimento da esfera social, que traria ao espaço público as esferas da *vita activa* que, nos antigos, não eram próprias dele, no entender de Hannah Arendt. Logo, tal capítulo também terá a influência da pensadora alemã no seu desenvolvimento.

Determinado, enfim, o arcabouço teórico de trabalho, fixaremos estudo sobre o tema em um ponto do direito dogmático, especificamente no dirigismo contratual, com a ascensão do chamado Estado social(5). Nesta parte do trabalho, a abordagem será concentrada ao instituto do dirigismo tal como entendido pelo direito civil, em que alguns exemplos serão dados a fim de esclarecimento a respeito de sua incidência no mundo empírico. A partir de então, aliaremos a teoria à praxis, demonstrando como o dirigismo pode fundamentar a inexistência prática da distinção entre direito público e privado, restando a sua utilização com um perfil eminentemente acadêmico, especificamente pela didaticidade da referida distinção.

Em virtude do tema objeto de análise, nossa pesquisa utilizará basicamente dados bibliográficos, não havendo a intenção de realizar estudos de caso para comprovar a possível utilização do dirigismo contratual nos dias de hoje, mas não é nosso objetivo tal estudo. Adotamos o sistema completo de citações bibliográficas, o que facilita ao leitor a identificação imediata das fontes pesquisadas sem a necessidade de interromper a leitura para a consulta da fonte na listagem de bibliografia contida ao final do trabalho. Apesar de o sistema autor-data vir sendo bastante utilizado hoje na Academia, preferimos a adoção do sistema completo, pelas facilidades já expostas supra.

O emprego das aspas neste texto tem utilização a destaque dos artigos científicos consultado e a palavras que carreguem um duplo sentido em seu emprego, dando a ele inclusive um certo caráter jocoso. O negrito e itálico, utilizados simultaneamente, destacam, nos dados bibliográficos, os títulos dos livros e das revistas especializadas manuseadas e citadas como fonte da pesquisa; no decorrer do texto, destacará passagens julgadas importantes para a compreensão das idéias ora esposadas. A função do destaque em itálico será destinado a palavras de língua estrangeira porventura mencionada no decorrer da exposição.

Vale ressaltar a importância do tema abordado no presente ensaio. Com ele, teremos a valiosa oportunidade de fazer uma análise crítica de um dos pontos mais clássicos do estudo da teoria geral do direito, visto sempre, no nosso entender, de uma maneira bastante analítica, sem sopesar o seu enquadramento em dados de História e de tópica(6) valiosos no estudo do direito, e, com isso, passaremos por pontos controvertidos não só na teoria, mas também nas práticas hodiernas no que diz respeito à aplicabilidade dos contratos no nosso sistema jurídico, o que nos permitirá uma reflexão atenta sobre as bases epistemológicas clássicas da teoria geral do direito e da efetividade do mundo contratual.

Assim, a primeira parte de nosso trabalho consistira em fixar esses pontos de abordagem do problema, para, em seguida, fixarmos a teoria do direito dogmático, com o dirigismo contratual

aplicado a essa estrutura eminentemente teórica, permitindo uma investigação rígida desses fenômenos que nos acompanham todos os dias e que às vezes, pelas contingências próprias da vida, não paramos para refletir sobre suas implicações no nosso mundo.

PRIMEIRA PARTE

2. A dicotomia público x privado na antigüidade: a vita activa de Hannah Arendt.

2.1 Linhas gerais do trabalho de Hannah Arendt: natureza, mundo e vita activa.

Analisar as circunstâncias que criaram a distinção entre as esferas pública e privada na antigüidade é uma árdua tarefa, mas o auxílio de Hannah Arendt, nesse aspecto, torna-se fundamental para uma abordagem crítica a respeito. A análise de Arendt, além de detalhada e bem estruturada, favorece ao perfeito entendimento do tema, além de se ter um quadro das possíveis mudanças que a sociedade viria a ter depois, com o avançar dos tempos.

O seu estudo, no que tange ao espaço público e ao privado - que criariam a distinção entre direito público e privado - é analisada a partir do conceito de vita activa, fundamental na obra da autora. Ou seja, toda a atividade do homem corresponde a uma porção da vita activa, tornando, pois, a ontologia de Hannah Arendt como sendo um estudo da "experiência existencial do homem" (7).

Assim, pois, a idéia de natureza é fundamental à obra de Hannah Arendt, mas não apenas ela. Natureza, no seu entender, constitui os meios dados ao homem para a vida, sem nenhuma interferência humana nesse proceder. A vita activa seria composta não apenas da natureza, mas também pela idéia de mundo, que aliará à natureza toda a interferência do homem na transformação do estado bruto da natureza, formando objetos/bens que, em tese, não foram colocados à disposição do homem naturalmente(8). A atividade que forma o mundo insiste em modificar o estado de natureza. É nesse ponto específico, de transformação da natureza para a formação do mundo - ambos os conceitos formadores da condição humana - é que surge a noção de vita activa em Hannah Arendt.

Hannah Arendt nos fornece um conceito de vita activa - no capítulo justamente que versa sobre as esferas pública e privada - ao afirmar que se trataria da "vida humana na medida em que se empenha ativamente em fazer algo" (9). Logo, a atividade humana seria o grande pano de fundo da idéia de vita activa. Como assevera Adeodato, não se pode resumir a condição humana apenas nesse âmbito de atuar. Existe, também, a chamada vita contemplativa, que se encontram em outra obra da autora. Na obra ora em análise, diz Adeodato, a autora observa "apenas o lado ativo da condição humana" (10). Assim, a autora desmembra a idéia de vita activa conforme as atividades humanas na formação do mundo e transformação da natureza. Chega ela, então, a três esferas de vita activa: o labor, o trabalho e a ação.

2. Labor, trabalho e ação como integrantes da vita activa na condição humana.

Ressalte-se que o primeiro problema a ser enfrentado no estudo dessas esferas é trazido por Adeodato, dedicando boa parte de um capítulo de sua obra a dissecar a problemática da tradução desses termos, em especial aos dois primeiros, que trazem complicações na tradução(11). Escrito originalmente em inglês, os termos labor, work e action são difíceis de serem traduzidos com a fidelidade científica que se requer à matéria. Adeodato prefere traduzir labor como "trabalho" e work como "produção de objetos" (12). Optamos pelo posicionamento do tradutor para o português de A Condição Humana.

É na esfera eminentemente privada que se encontra o labor na antigüidade, segundo Hannah Arendt. Trata-se de uma atividade eminentemente de subsistência, que tem por escopo a manutenção das condições vitais do homem. Por isso, Hannah Arendt afirma que a condição humana do labor é a vida(13). O labor, pois, é praticado com o intuito básico de saciar as necessidades vitais do homem, e os instrumentos utilizados para a realização do labor ou estão no próprio corpo do homem ou são como uma extensão dele, chamado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior de atividade ininterrupta de produção de bens de consumo(14).

Era chamado de animal laborans o homem que realizava o labor, com atividades realizadas no domínio da casa, onde não havia liberdade. Tal ausência de liberdade é vista sob as óticas interna e externa. A falta de liberdade interna está fundamentada na relação de mando que o pater familias detinha sobre os seus dominados, quer filhos e esposa, quer escravos(15). Ou seja, os que estavam sob o jugo do pater familias não tinham liberdade de espécie alguma, muito menos no sentido grego da palavra, que se restringe ao conceito de ação, como veremos mais adiante. No âmbito externo, não se pode dizer que o pater familias detinha liberdade, haja vista que ele não poderia tomar assento nas decisões que eram próprias do homem livre, entendido como animal político, o politikon zoon. Percebemos, nessa fase do atuar humano, que o labor está restrito à atividade do setor privado (privus) na antigüidade. Posteriormente, verificar-se-á como essas fronteiras se romperam no passar dos tempos, com o surgimento da chamada esfera social.

O trabalho, chamado por João Maurício Adeodato de produção de objetos(16), já diferenciava do labor no sentido de que aquele está centrado na produção de bens duráveis, bens estes que não têm a idéia de consumo imediato como os que são fruto do labor(17). O fruto do trabalho se consubstancia em bens de duração, que não se consomem instantaneamente no tempo, adquirindo permanência no mundo, como resultado de uma "relação meio/fim" (18). O objetivo do homo faber, aquele que trabalha, é produzir bens não de consumo, mas que tenham uma duração no tempo. Nesse sentido, pode-se dizer que a lex, tomando por base a análise dos antigos, seria fruto do trabalho do legislador, assim como a casa seria fruto do trabalho do que hoje conhecemos como engenheiro, e assim por diante. Trata-se de uma atividade com começo, meio e fim, o que a distingue sobremaneira do labor, em que, para a satisfação das necessidades, tinha que ser necessariamente uma atividade ininterrupta, caso contrário poderia haver o risco de desaparecimento da espécie(19). A posição do trabalho no mundo antigo seria um intermédio entre o público e o privado, mais próximo do público.

Chega-se, finalmente, ao último dos pólos componentes da vita activa: a ação. Esta caracterizaria o espaço público por excelência, e praticada pelos homens livres, aqueles que são iguais e que se autogovernam, sem as amarras próprias de quem vive unicamente para retirar o sustento. A ação não possui começo, meio e fim: trata-se de uma atividade imprevisível, pois não

se sabe ao certo quais serão as conseqüências que hão de advir de sua ocorrência, diferenciando-se, em tal ponto, do trabalho(20). Outra característica da ação seria o fato de ser ilimitada, pois seu espaço é o da política, do diálogo, que já estaria inserido em sistemas de diálogo antecedentes, e que formariam um moto contínuo de ações, surgindo, desse modo, espontaneamente. A ação é sempre pensada entre homens, praticada pelo politikon zoon, necessitando do fenômeno de interação, o que não permite o isolamento da ação: ela se insere no contexto das demais(21).

Outra característica da ação seria a irreversibilidade, visto que a idéia de pluralidade e interação advertem que não se pode controlar as conseqüências advindas do início do desenrolar da ação, até pelo próprio princípio do "moto contínuo", não se pode pensar em ação que, uma vez iniciada, não possa ser concluída por razões alheias à própria razão. É o exercício político por excelência, "é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens" (22). A esfera pública, na antigüidade, é a esfera da ação por excelência. O espaço público é caracterizado pela liberdade, ou seja, pelo convívio do cives entre os seus, também livres, idealizando e pondo em prática a ação na polis através do discurso, ou seja, "tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através da força ou violência" (23). Fica, pois, na seara jurídica, clara a distinção, em tempos antigos, entre jus e lex, direito e lei, esta sendo fruto do trabalho do legislador e aquele como o resultado de um moto contínuo da ação humana(24).

As esferas pública e privada, pois, possuíam traços nítidos de distinção entre os antigos, mas o advento da modernidade, dentre outras características próprias do nosso tempo, fizeram com que a distinção entre direito público e privado ficasse cada vez mais tênue.

3. O público e o privado no avançar dos tempos: as teses jusnaturalistas.

A teoria do direito natural nos rumos da filosofia do direito é um grande panorama de abordagem histórica para compreendermos o problema da distinção público x privado nos nossos dias. Tais teorias jusnaturalistas nos permitem uma espécie de "radiografia" da história política ocidental, aonde, conforme os desenvolvimentos de uma determinada tendência de poder, sempre se fez necessária a implantação de um mecanismo legitimador desse poder, com a finalidade precípua de justificá-lo. Nessa nossa observação, faremos ilações com os conceitos harendtianos de labor, trabalho e ação, que servirão de substrato teórico para a explicação do dirigismo contratual.

Inicialmente, o pano de fundo das teses jusnaturalistas está em se pensar numa ordem jurídica que seria superior aos ordenamentos jurídicos positivos, servindo de base de apoio desses direitos. Logo, havendo conflito entre a ordem natural e as ordens positivas, prevaleceria a norma de direito natural, que seria a base do surgimento destas. Além das próprias circunstâncias históricas, as teorias do direito natural, apesar de possuírem esse ponto em comum, na verdade diferem no que venha a ser esse postulado de base dos direitos positivos(25).

O jusnaturalismo, que surgiu da passagem do enterro de Polínice na tragédia Antígona, desenvolveu-se no decorrer da história, tendo como seu primeiro ponto de referência a época do exercício do poder temporal da igreja. É o chamado jusnaturalismo teológico, em que o direito

superior que seria a base dos ordenamentos positivos seria a vontade divina, que seria imutável para todos os tempos e lugares, com um pequeno detalhe: no jusnaturalismo teológico, sempre existe a figura de um órgão oficial que seria o intérprete dos desígnios da divindade, como tal a igreja católica. Assim, o homem, por si só, não podia ser capaz de perceber tal "ordem natural", ficando sempre a mercê dos mandamentos da igreja católica(26). A ordem pública, pois, se é que a podemos chamar assim, estaria no desígnio de Deus.

Posteriormente, com o advento da reforma protestante, esquiva-se em parte da tese sustentada pelo jusnaturalismo teológico. Agora, muito embora não se negue a divindade, cada pessoa, se for pura de coração e dotada de razão, seria capaz de perceber os desígnios de Deus. Claro que as idéias de Lutero serviram de um grande pano de fundo para se legitimar certas ações do poder, como no caso de Henrique VIII, que criou a igreja anglicana para contrair núpcias que não eram permitidas pela Igreja católica. Ainda assim, começa a ser questionado o poder de Deus, com a convicção de que ele não seria tão poderoso quanto se pensava anteriormente. Hugo Grotius, um dos maiores mentores intelectuais dessa corrente chamada de jusnaturalismo antropológico, é um dos que salienta que o poder de Deus, apesar de supremo, não seria ilimitado, pois, segundo ele, nem Deus poderia modificar o direito natural. Em suas palavras: "...embora seja imenso o poder de Deus, podem-se, contudo, assinalar algumas coisas as quais não alcança...assim, pois, como nem mesmo Deus pode fazer com que dois e dois não sejam quatro, tampouco pode fazer com que o que é intrinsecamente mau não o seja...Por isso, até o próprio Deus se sujeita a ser julgado segundo esta norma..." (27). Como se vê, há uma limitação ao poder da divindade, muito embora não se negue a sua força de mecanismo legitimador da esfera pública.

Com o advento da Revolução Francesa, e surgimento da Era Moderna, começa a ocorrer um fenômeno curioso: a identificação dos conceitos de trabalho e ação, próprios da teoria de Hannah Arendt. A ação passa a perder a noção de virtude que lhe era intrínseca, passando a ser observada como uma atividade voltada para a obtenção de fins a partir de determinados meios. Tal fenômeno traz em seu bojo uma crescente aproximação entre jus e lex, passando o direito a ser visto como sinônimo de norma, adotando-se uma razão meramente instrumental. O agir político, agora, é visto como um centro produtor de "bens de uso", como ordem, segurança, paz etc. Começa a surgir não uma esfera autônoma, intermediária entre a pública e a privada, a social, haja vista que tal esfera tem a finalidade de trazer elementos que, na antigüidade, eram próprios do mundo privado para a seara que era estritamente pública.

Pode-se dizer que o social, pois, seria como que uma junção de aspectos da esfera pública e privada(28). Logo, surge a dicotomia direito individual (privado) versus direito coletivo (público), com a idéia de prevalência deste sobre aquele, muito embora ambas as formas de observação são sociais. A forma de solucionar tal impasse consiste em se criar um ente que envolva ambas as partes da dicotomia social, que funcionará como um catalisador a equilibrar essas forças. Tal ente, fruto do trabalho, é o Estado(29). O fundamento de um direito natural dito democrático, pois, estaria na vontade da maioria, pois a maioria deteria a legitimidade do poder e seria apta a decidir os conflitos surgidos. Aqui, já se percebe o abandono da divindade como epicentro de um direito natural, em virtude do surgimento da modernidade ocidental com o Estado moderno e as respectivas diferenciações normativas. Nos dias de hoje, o que se observa é uma crescente identificação do labor com o trabalho.

A revolução industrial transformou aquele que trabalhava em um operário, numa atividade ininterrupta - característica própria do labor arendtiano - de produção de objetos de consumo. O labor passa então a ser mais uma força de produção do que quaisquer outras formas de conceituação, sendo o homem o próprio instrumento da consecução de seus fins. Transpondo tal conceito para a esfera pública, verificamos o Estado como interventor na atividade econômica, um dos pilares do dirigismo contratual, e o direito agora observado como objeto de consumo, ou seja, pouco importa a matéria regulada: o que interessa é a produção em larga escala, por parte do Estado, de normas jurídicas que venham a regular as condutas intersubjetivas relevantes. O problema está exatamente na questão da relevância, pois hoje em dia cada vez mais a máquina estatal serve mais para atender aos interesses de grupos setorizados, muito embora utilize um mecanismo de legitimação legal-racional que, no mais das vezes, é estritamente formal, pois a ilação entre labor e trabalho não permite uma observação de cunho material. A produção em larga escala é o que interessa. Como o povo parece estar ávido pela normatização, tenta-se resolver a questão através de fórmulas prontas, que não se coadunam às necessidades sociais, gerando o chamado jusnaturalismo de conteúdo variável como sendo aquele que acompanha as mudanças sociais, e como tal, não paira, no nosso entender, sobre o direito estatal, mas sim caminha lado a lado, dinamizando a estrutura de direitos que não se efetivam pela inércia do Estado. Como o Estado pretende deter o monopólio dessa produção, ele se encontra em um beco sem saída, pois a regulação formal, quando há, não possui mecanismos de efetivação no mundo empírico, gerando a atuação intensa da sociedade civil no sentido de se auto-regular, em função da inércia do Estado na tutela ao mundo da experiência(30), o que torna a distinção entre direito público e privado desprovida de rigor científico, pois a produção, por ser em série, pode abarcar tanto uma quanto outra esfera, indistintamente. Caso patente dessa realidade é o dirigismo contratual, ponto a ser analisado com mais vagar.

SEGUNDA PARTE

4. Passagem do Estado liberal para o Estado social: reflexos no direito dogmático.

Com o advento da Revolução Francesa e a conseqüente consagração dos ideais da burguesia(31), surge o Estado moderno, como pilar básico da emancipação das ordens normativas, que, a princípio adotou os ideais liberais de então. Era o chamado Estado liberal, que tinha por *modus operandi* a existência do Estado mínimo, que só regularia a estruturação do poder estatal e os limites de seu exercício, que configurariam a esfera pública, entendida como estatal. Tal atuação mínima tinha por escopo a preservação da liberdade individual(32), no sentido de permitir a existência de relações jurídicas quaisquer, desde que não ferissem os interesses e as normas do Estado. Como o Estado só normatizava de maneira genérica a respeito de sua organização, exercício e limites do seu poder, praticamente os indivíduos, em suas relações entre si, ficavam livres para estipular quaisquer cláusulas e condições em um negócio jurídico. Desse modo, a doutrina do Estado liberal passa a interferir diretamente na teoria dos contratos, surgindo com ele o chamado princípio da autonomia privada e adágios como o *pacta sunt servanda*, que estavam totalmente justificados pelo liberalismo então reinante no mundo ocidental(33).

Problemática surgida no seio do Estado liberal foi o abuso da liberdade por parte dos particulares. Baseados na idéia de que o contrato seria uma manifestação inequívoca de vontades que deve ser observada a todo custo, começa a ocorrer o fenômeno da exploração do homem pelo homem, devidamente legitimada pelo sistema. Aliado ao fato da revolução industrial - mais uma vez trazido à tona - o liberalismo passa a acentuar desigualdades sociais, em que mulheres e crianças trabalhavam sem as mínimas condições de higiene e de vida, nem de respeito à dignidade do ser humano, mas isso não era problema do Estado....se se concorda em trabalhar, em celebrar um contrato, aplica-se cegamente o pacta sunt servanda, sem quaisquer restrições, a princípio(34). Trocando em miúdos, o Estado liberal serviu para acirrar ainda mais a desproporcional distribuição de renda, concentrando mais poder nas mãos dos homens fortes de então, detentores do poder econômico e político(35).

Com as desigualdades se acirrando, o Estado, através de pressões vindas da sociedade, a partir da criação de movimentos sindicais e a consolidação do chamado direito do trabalho, passa a adotar um novo perfil. A caracterização desse novo perfil se deve a partir da inclusão, nas Cartas Constitucionais, de normas relativas não apenas à organização do Estado, poderes e limites, mas também uma parte reservada à regulamentação da ordem econômica e social. Isso significa que o Estado não vai mais ser um mero observador das relações jurídicas que sempre o permearam, mudando sua posição como atuante na normatização e fiscalização dos cumprimento das regras de ordem econômica. Vislumbra-se a interferência do Estado na ordem privada para que não mais se permita a verificação dos excessos praticados num passado não tão distante(36).

Torna-se claro que os contratos, como manifestações, a princípio, estritamente de direito privado, não estariam fora dessa normatização. Logo, há uma grande limitação ao princípio da autonomia privada, haja vista que, agora, deve haver a observação atenta das normas estatais relativas à elaboração dos contratos, normas essas que antes, em função da existência do Estado liberal, não existiam.

O Estado é chamado para promover o bem-estar, tutelando as relações econômicas para não haver abusos, criando direitos sociais, regulamentando atividades privadas etc. É em tal momento histórico que se começa a falar em dirigismo contratual. Em função dessa normatização excessiva, diria Hannah Arendt, é que não se poderia distinguir de maneira eficaz os planos público e privado, em função da ascensão do modelo social de Estado, e é o que transformaria o direito num objeto de consumo.

Apesar da configuração de um Estado social, não se pode dizer, efetivamente, que ele está alcançando de fato os seus fins. Tal assertiva se sustenta pela cada vez maior impossibilidade de o Estado deter plenamente o monopólio da produção e aplicação do direito. Mais que isso: quase sempre a normatização dos chamados direitos sociais não conseguem chegar a uma concretização efetiva de seus pressupostos, utilizando-se o Estado de uma estruturação retórica de que a mera produção legislativa, de per si, pode ser eficiente ao efetivo exercício dessa nova geração de direitos constitucionalmente prescritos, no caso do Brasil. Tal crise institucional é cada vez mais evidente. O Estado se observa inerte ante aos direitos sociais, especialmente com as políticas de privatização, como numa tentativa de se regressar ao Estado mínimo característico do liberalismo. Todavia, não se pode negar a existência, ao menos formal - com uma eficácia cada vez mais acentuada - , de normas jurídicas estatais regulando matérias que eram próprias do mundo privado, quando da experiência do Estado liberal.

5. O dirigismo contratual com o advento do Estado social.

Note-se que o dirigismo contratual se verifica através da intervenção do Estado nos contratos, inicialmente no sentido de efetivar o equilíbrio entre as partes contratantes, criando normas gerais com esse intuito. Posteriormente, o interesse social é trazido à tona, com o estado ditando as regras no sentido de preservá-lo(37). Vemos aí uma clara aplicação da teoria de Hannah Arendt, quando ela salienta o surgimento da esfera social, fazendo com que certos princípios anteriormente próprios da esfera privada viessem a integrar a seara pública, visto que o social nada mais é do que uma junção deles. O objetivo do dirigismo, pois, é efetuar uma limitação à autonomia privada, no sentido de que ela fica tolhida, na medida em que certos aspectos da realidade jurídico-contratual já estão preestabelecidos a partir de normas jurídicas estatais.

Como se vê, trata-se sempre da atuação do poder público na atividade econômica limitando a forma de contratar, a liberdade ou não de contratar (o que na época do Estado liberal era impensável), a liberdade de poder ou não escolher a outra parte contratante etc(38).

Exemplo típico de dirigismo contratual está no seguro obrigatório dos automóveis. Percebam que, neste tipo de contrato, o particular, em primeiro lugar, é obrigado a contratar, ou seja, uma vez adquirido um automóvel, surge a obrigação de contratar, haja vista que o seguro é uma espécie de contrato no nosso direito positivo. Além de o particular ter que contratar, não pode ele, de igual sorte, determinar com qual seguradora contratar: tudo é feito por parte do Departamentos Estaduais de Trânsito (DETRAN's), sem a mínima interferência do particular.

Note-se que também temos o chamado dirigismo privado, que ocorre por parte das empresas de grande porte, que possuem um sistema de normas muito rígido, "concorrendo com o dirigismo público" (39), este praticado eminentemente pelo Estado, no sentido de se criar limitações cada vez mais rígidas no exercício do poder de contratar.

6. Conclusões: descabimento técnico e cabimento didático da dicotomia direito público x direito privado.

A partir do exemplo do dirigismo contratual, percebe-se claramente que, cada vez mais, a distinção entre as esferas pública e privada, e conseqüentemente, direito público e privado, fica cada vez mais tênue, não dotada de rigor científico em função da interligação entre trabalho e labor, que transforma o direito num objeto de consumo por parte dos que necessitam de normas, eminentemente formais, para que se possa ter a certeza na manutenção do equilíbrio entre as partes que contratam.

Os espaços público e privado na modernidade ficam cada vez mais preenchidos pela idéia de um direito social, patrocinado por um Estado social, que tem a função de zelar pelo bem-estar

dos que compõem a sua estrutura, ficando cada vez mais difícil a delimitação das fronteiras, ou seja, aonde começa um e termina outro.

Muito embora percebamos a inexistência de rigor na distinção entre direito público x direito privado, percebemos também que ela traz um aspecto funcional importante: é através da divisão dos ramos do direito positivo que se organiza a justiça brasileira (varas cíveis, criminais etc.), e a manutenção dessa distinção se torna útil para que se facilite a prestação jurisdicional, bem como a estruturação acadêmica dos cursos de bacharelado em direito, que também se mantêm dessa maneira, inclusive na descentralização administrativa das disciplinas jurídicas (departamento de direito civil etc.).

Hannah Arendt e as práticas do Estado social nos mostram um quadro em que as instituições estatais, e as particulares no caso do dirigismo privado, atuam no sentido de zelar por um equilíbrio que, na época do Estado liberal, não foi alcançado, muito embora as instituições jurídicas e a doutrina clássica da teoria geral do direito⁽⁴⁰⁾ continuem a consagrar dita dicotomia. Vamos ver o desenrolar dessa polêmica, em que as esferas política e jurídica, além de diretamente envolvidas, são fundamentais para a concretização de um direito cada vez mais voltado aos anseios sociais, bem como o surgimento de práticas políticas que assim o procedam, dinamizando normas que não têm função alguma se não verificadas no mundo empírico, exceto a de justificar o poder nas mãos de quem sempre o deteve em toda a História do Brasil.

7. NOTAS

Cf. KOZICKY, Katia: "A Estrutura Aberta da Linguagem do Direito: Vagueza e Ambigüidade". Curitiba, mimeo, s/d, bem como WARAT, Luis Alberto: O Direito e sua Linguagem. Porto Alegre: Fabris, 1984, pp. 76 s.

A expressão é de HART, Herbert: O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 137.

HART, Herbert: O Conceito de Direito. (n.2), pp. 155 s.

Para uma análise sobre o conceito de modernidade e distinção entre modernidade central e modernidade periférica, cf. NEVES, Marcelo: "Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina". Anuário do Mestrado em Direito, n. 6. Recife: Universitária (UFPE), 1993, pp. 313-357. Tal idéia de modernidade assenta seus pilares na diferenciação das ordens normativas, em que se pode distinguir, por exemplo, o direito da moral e da religião, o que no tempo antigo, dito primitivo, não era observado.

Muito embora a concepção do welfare state seja consagrada pela Constituição Federal, na verdade o que se verifica é uma inércia cada vez mais acentuada do Estado em tutelar todo o direito, o que cria uma crise (na acepção leiga) do chamado direito dogmático. Maiores detalhes, cf. MAIA, Alexandre da: "O Movimento do Direito Alternativo e sua Influência no Poder Judiciário da Comarca do Recife". Revista da OAB – Secção de Pernambuco. Recife: OAB – TS, 1997, pp. 41-62.

Para um estudo sobre tópica, cf. VIEHWEG, Theodor: Tópica e Jurisprudência. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, bem como GARCÍA AMADO, Juan Antonio: Teorías de la Topica Juridica. Madrid: Civitas, 1988, ambos passim.

A expressão é de ADEODATO, João Maurício : O Problema da Legitimidade - no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 113.

A distinção entre "natureza" e "mundo" está esboçada em ARENDT, Hannah: A Condição Humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 10, em que a autora salienta que o mundo é um "artifício humano", e a natureza é "a única capaz de oferecer aos seres humanos um habitat no qual eles possam mover-se e respirar sem esforço nem artifício". Fica bem claro que são dois conceitos distintos, em que o mundo seria um sucedâneo da *vita activa*, em suas formas, sobre a natureza.

ARENDT, Hannah: A Condição Humana (n.7), p. 31.

ADEODATO, João Maurício: O Problema da Legitimidade - no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt (n. 6), p. 114.

ADEODATO, João Maurício: O Problema da Legitimidade - no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt (n. 6), pp.; 116-118.

ADEODATO, João Maurício: O Problema da Legitimidade - no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt (n. 6), p. 118. Assim não o faz o tradutor de A Condição Humana, empregando os termos labor, trabalho e ação. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio: Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1994, pp. 134-138, em que o referido autor utiliza os mesmos termos do tradutor para o português da referida obra de Hannah Arendt. Cf. tb. LAFER, Celso: Hannah Arendt - Pensamento, Persuasão e Poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 28 s, especificamente na p. 29, em que o autor opta por traduzir labor por trabalho, o mesmo entendimento de Adeodato.

ARENDT, Hannah: A Condição Humana (n.6), p. 15.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio: Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação (n. 11), p. 134.

ARENDT, Hannah: A Condição Humana (n. 6), p. 36.

Cf. nota 11, *infra*.

ADEODATO, João Maurício: O Problema da Legitimidade - no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt (n. 6), p. 119. Tal distinção tem fundamento, pois, como a atividade do labor era de subsistência, os bens que são fruto de sua atividade têm por função o consumo imediato por quem o produziu, a fim de saciar suas necessidades básicas.

A expressão é de FERRAZ JR., Tercio Sampaio: Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação (n. 11), p. 135.

Note-se que até nesse aspecto a idéia de liberdade não está presente no labor antigo: o homem estaria sempre preso às necessidades de sustento, e vivia para supri-las. Como ele inexoravelmente deve cuidar de seu sustento enquanto ser vivo, não pode sair do âmbito da *oikia* (casa), local de atividade do labor, pois, se assim acontecer, põe-se em cheque a noção de humanidade.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio: Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação (n. 11), p. 23.

ADEODATO, João Maurício: O Problema da Legitimidade - no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt (n. 6), p. 120.

ARENDT, Hannah: A Condição Humana (n. 6), p. 31.

ARENDT, Hannah: A Condição Humana (n. 6), p. 35-36. O papel do discurso sempre é salientado por Hannah Arendt, que chega a afirmar que o uso da força para convencer as pessoas não poderia ser usado e nível de ação, pois o uso dela seria próprio de quem não possui o dom da palavra, de quem não é livre, de quem precisa, como o pater familias, impor sua vontade sem liberdade.

Sobre essa distinção, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio: Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação (n. 11), p. 24.

Todas as referências sobre as teses jusnaturalistas foram estudadas em ADEODATO, João Maurício: "Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito". Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 7. Recife: Universitária (UFPE), 1995, pp. 199-216.

Cf. ECO, Umberto: O Nome da Rosa. São Paulo-Rio de Janeiro: Record, 1986, em que há uma amostra do poder da igreja na época em questão.

GROTIUS, Hugo: De Jure de Belli ac Pacis (Del Derecho de la Guerra y de la Paz). Madrid: Reus, 1925, vol. I, p. 54 apud ADEODATO, João Maurício: "Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito". Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito (n. 24), p. 206.

Cf. ARENDT, Hannah: A Condição Humana (n. 6), p. 47 e s., quando fala do surgimento da idéia do social, nos moldes tratados supra.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio: Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação (n. 11), p. 136.

O que fundamenta a tese da existência de um pluralismo jurídico em sociedades subdesenvolvidas, e as teorias do chamado direito alternativo, bem como a tentativa de explicação por parte da teoria dos sistemas, em especial no que tange à autopoiese do direito moderno. Para um estudo detalhado desses temas, cf. LUHMANN, Niklas: Legitimação pelo Procedimento. Brasília, UnB, 1980, MAIA, Alexandre da: "O Movimento do Direito Alternativo e sua Influência no Poder Judiciário da Comarca do Recife" (n. 5) pp. 41-62, NEVES, Marcelo: A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994, TEUBNER, Günther: O Direito como Sistema Autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, TEUBNER, Günther (org.): Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1987.

LÔBO, Paulo Luiz Neto: O Contrato - Exigências e Concepções Atuais. São Paulo: Saraiva, 1986, p.10.

Percebe-se nitidamente a diferença do conceito de liberdade dos antigos para o desenvolvido pela teoria do Estado liberal. Muito embora a liberdade fosse também um dever, no sentido de se respeitar o contrato social, na verdade a teoria serviu de base para que as relações jurídicas entre particulares passassem à margem dos olhos do Estado.

É justamente no Estado moderno em que a teoria do negócio jurídico surge no mundo ocidental.

Cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto: O Contrato - Exigências e Concepções Atuais (n. 30), p. 13.

Cf. ZOLA, Émile: Germinal. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997, em que o autor, num belíssimo romance, expõe a realidade do trabalho indigno, porém devidamente justificado pelos detentores do poder, dos mineiros de carvão na França de fins do Séc. XIX. É um retrato fiel do que se transformou o Estado liberal.

Cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto: O Contrato - Exigências e Concepções Atuais (n. 30), p. 11.

Cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto: O Contrato - Exigências e Concepções Atuais (n. 30), pp. 10-12.

Cf. LÔBO, Paulo Luiz Neto: O Contrato - Exigências e Concepções Atuais (n. 30), p. 25

LÔBO, Paulo Luiz Neto: O Contrato - Exigências e Concepções Atuais (n. 30), p. 27.

LÔBO, Paulo Luiz Neto: O Contrato - Exigências e Concepções Atuais (n. 30), p. 28.

Cf. AFTALIÓN, Enrique & VILANOVA, José: Introducción al Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 903 s.

8. Bibliografia

ADEODATO, João Maurício: "Ética, Jusnaturalismo e Positivismo no Direito". Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 7. Recife: Universitária (UFPE), 1997, pp. 199-216.

ADEODATO, João Maurício: O Problema da Legitimidade - no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AFTALIÓN, Enrique & VILANOVA, José: Introducción al Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

ARENDT, Hannah: A Condição Humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ECO, Umberto: O Nome da Rosa. São Paulo - Rio de Janeiro: Record, 1986.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio: Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

GARCÍA-AMADO, Juan Antonio: Teorias de la Topica Juridica. Madrid: Civitas, 1988.

HART, Herbert: O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KOZICKY, Katia: "A Estrutura Aberta da Linguagem do Direito: Vagueza e Ambigüidade". Curitiba: mimeo, s/d.

LAFER, Celso: Hannah Arendt - Pensamento, Persuasão e Poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LÔBO, Paulo Luiz Neto: O Contrato - Exigências e Concepções Atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.

LUHMANN, Niklas: Legitimação pelo Procedimento. Brasília: UnB, 1980.

MAIA, Alexandre da: "O Movimento do Direito Alternativo e sua Influência no Poder Judiciário da Comarca do Recife". Revista da OAB - Seccional de Pernambuco. Recife: OAB - TS Serviços Gráficos, 1997, pp. 41-62.

NEVES, Marcelo: A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo: "Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina". Anuário do Mestrado em Direito, n. 6. Recife: Universitária (UFPE), 1993.

TEUBNER, Günther (org.): Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1988.

TEUBNER, Günther: O Direito como Sistema Autopoiético. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VIEHWEG, Theodor: Tópica e Jurisprudência. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto: O Direito e sua Linguagem. Porto Alegre: Fabris, 1984.

ZOLA, Émile: Germinal. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1997.

* professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), mestre e doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito

MAIA, Alexandre da. A dicotomia público x privado com o advento do Estado Social: uma análise crítica à obra de Hannah Arendt. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=53>>. Acesso em: 05 out. 2006.