

PÚBLICO E PRIVADO: OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA *

PUBLIC AND PRIVATE SPHERES: THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE DEMOCRATIC CONSTITUTION

Maurizio Fioravanti **

Resumo: Público e privado constituem as duas dimensões fundamentais da democracia. Dessa forma, parece inegável que uma das principais tarefas das Constituições democráticas – e da democracia constitucional como nova forma política emergente – é o estabelecimento do espaço e da profundidade de um e do outro. Questiona-se, portanto, se há um verdadeiro modelo constitucional a partir do qual se possa orientar a relação entre ambos. A resposta aqui dada passa pela análise dos caracteres históricos essenciais da democracia constitucional, extraíveis das Constituições democráticas do século XX. Parte-se, assim, da Constituição italiana de 1948, em análise que torna possível verificar que não se trata apenas de uma nova faceta da democracia parlamentar ou puramente popular – estritamente conectada à regra da maioria – como no modelo antecedente. Com a afirmação da supremacia constitucional tem-se a construção da ideia de Constituição como garantia e limite, do caráter inviolável dos direitos fundamentais e do princípio da indivisibilidade dos direitos da pessoa. Demonstra-se que o ponto de equilíbrio da relação entre público e privado está na afirmação da Constituição contra o os desmandos e abusos de ambos. O público não pode mais se expressar com a linguagem do legislador onipotente, pensando poder normatizar todos os aspectos da vida individual e das relações travadas em sociedade, ao passo que o privado não pode se tornar espaço propício para o desenvolvimento de poderes desmedidos, sobretudo econômicos, incidentes de modo não menos perigoso sobre os direitos fundamentais. A Constituição pressupõe, portanto, uma sociedade política, mas não a mera *societas*, em que o vínculo basilar é exclusivamente a comum titularidade de direitos, mas sim *universitas*, dotada de unidade de escopo, ligada pelo entendimento comum de perseguir finalidades fundamentais.

Palavras-chave: Público e privado. Democracia constitucional. Supremacia da Constituição. Sociedade política.

* Este artigo serviu de base para palestra apresentada pelo autor no “I Seminário de História do Direito Público da UFPR”, em 02/09/2013.

** Professor Titular da Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Firenze*, Itália. E-mail: maurizio.fioravanti@unifi.it

Tradução: Luiz Henrique Krassuski Fortes (mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná).

Abstract: Public and private spheres are the two fundamental dimensions of democracy. It seems undeniable, thus, that one of the democratic Constitutions main tasks – and of constitutional democracy as their emerging and new political form – is the establishment of their both boundaries of space and depth. This paper inquires whether there is a constitutional model which can steer the relationship between public and private spheres. The proposed response is based in an assessment of main historical characteristics of constitutional democracy that can be extracted from any democratic Constitution of the twentieth century. Based on that ground, the Italian Constitution of 1948 is selected as the stand which analysis implies that constitutional democracy is not just a new aspect of traditional parliamentary democracy or a purely popular democracy – both of them strictly connected to majority rule – as in the previous model. That occurs because along with the assertion of constitutional supremacy, have been build the ideas of the Constitution as guarantee and limit, the inviolable nature of fundamental rights and the principle of the indivisibility of those rights. It is demonstrated that the balance point in the relationship between public and private spheres is the affirmation of the Constitution against the excesses and abuses of them both. The public sphere can no longer express itself with the parlance of the omnipotent legislature, that believes to be possible to regulate all aspects of individual life and relationships, whilst the private sector cannot become the conducive place to the development of a rampant force – especially an economic one –, no less dangerous against fundamental rights. The Constitution presupposes a political society, not a mere *societas*, in which the bond is exclusively the same ownership of civil rights, but a *universitas*, endowed with unit of scope, the common understanding to pursue fundamental purposes.

Key-words: Public and private spheres. Constitutional democracy. Constitutional supremacy. Political society.

I. Quero de início expressar uma profunda convicção pessoal. Público e Privado não são outra coisa senão as *duas dimensões fundamentais da democracia*, ambas necessárias para a própria vida da democracia. Por um lado, a liberdade dos privados e o princípio da livre autodeterminação dos indivíduos, por outro, a força e a autoridade da *res publica*. Nenhuma democracia é imaginável sem essas duas dimensões. Não é por acaso que uma das principais tarefas das Constituições democráticas é aquela de estabelecer o espaço e a profundidade de um e de outro, do Público e do Privado, e, portanto, de estabelecer também os limites de cada um, o ponto para além do qual o Público tende a exorbitar e a violar arbitrariamente as esferas dos indivíduos, e o ponto para além do qual, na dimensão inversa, a extensão dos poderes dos privados tende a ameaçar a integridade da *res publica*. Se tudo isso não é claro e de conhecimento comum, as democracias entram em crise, Público e Privado tendem a se exceder, a se ameaçar reciprocamente, e, também, a se entrelaçar de forma disfuncional e perversa, de modo a prejudicar um e outro, e, mais normalmente, prejudicar a qualidade da convivência civil. Por este motivo, a problemática que hoje aqui se examina é, e talvez sempre seja, de importância central. Friso que certamente não podemos, nesta ocasião, fornecer respostas adequadas a todas as múltiplas questões que se avolumam sobre o assunto. Tentaremos, porém, responder àquela que talvez possa ser considerada a pergunta preliminar, que pode ser assim formulada: as nossas democracias – aquelas que se estabeleceram na Europa a partir da metade do século XX – possuem uma identidade precisa a este respeito? Ou então se limitam a oscilar entre os dois primados, do Público e do Privado, que ciclicamente se afirmam, um após o outro? E agora mais precisamente: existe um “modelo constitucional”, talvez apenas parcialmente implementado, mas sobre o qual seja possível orientar um correto relacionamento entre Público e Privado?

Para responder a esta pergunta, pode-se partir de qualquer uma das maiores Constituições democráticas do século XX; aqui o faremos a partir da Constituição italiana de 1948. Nesta ocasião, tentaremos descobrir o modelo presente na Constituição italiana, mas com uma advertência de fundo. Se até o momento há um defeito de formulação na leitura da Constituição de 1948, este certamente é o de tê-la encerrado na dimensão da história nacional. São conhecidos por todos os debates sobre o assunto: os partidos de massa, autores materiais da Constituição, e sua vocação nacional, o *Risorgimento* e a *Resistenza*, a tradição nacional do Estado centralizado e a criação das regiões, o legado dos anos trinta e do fascismo, e assim por diante. Era naturalmente justo enquadrar a Assembleia Constituinte na história nacional, até mesmo para valorizar a relevância daquele momento,

expressão de uma força democrática inédita no contexto geral da história do Estado unitário nacional.

É necessário, porém, ampliar a visão para além dos limites nacionais. É preciso compreender que o que estava acontecendo na Itália naqueles anos fazia parte de uma mudança geral mais objetiva que ia além da derrocada das soluções ditatoriais e totalitárias em seus respectivos solos nacionais. Em outras palavras, estavam se estabelecendo as bases para uma nova forma política, que hoje chamamos de *democracia constitucional*. Essa forma política possuía poucos precedentes anteriores à guerra, como é o caso da República de Weimar de 1919, mas se afirmou no imediato pós-guerra com evidentes traços comuns, presentes nas respectivas Constituições, na Itália, na França, na Alemanha e, em seguida, novamente e quase que por imitação, na Espanha pós-franquista, com a Constituição de 1978, e, depois de 1989, nos Estados do Leste europeu.

Se hoje a Europa possui uma esperança de desenvolvimento conjunto e estável é sobre essa base, sobre a presença de uma forma política comum, para além das diferenças nacionais: a democracia constitucional. Quando as fontes de direito comunitário, os tratados e a jurisprudência falam de “tradições constitucionais comuns dos Estados-membros” não é por acaso, mas em função desta forte convicção: que a Europa tem o seu *tipo histórico* de democracia, precisamente a democracia constitucional. Nestas circunstâncias, a tarefa que parece mais urgente, e que assumimos também nesta intervenção, é a de individualizar e ilustrar *os caracteres históricos essenciais da democracia constitucional*. É claro que também fazendo menção à Constituição italiana. Somente dentro desse quadro mais amplo de referência que a nossa espinhosa questão sobre a relação entre Público e Privado terá significado e relevo adequados.

2. Iniciamos com uma simples constatação. A democracia constitucional de hoje – aquela que vem sendo definida historicamente sob nossos olhos – não é mais uma democracia puramente parlamentar ou puramente popular, no sentido de uma democracia da vontade geral, que se constrói substancialmente segundo a regra da maioria. Antes do povo que escolhe a sua maioria e os seus representantes, há um povo que estabeleceu na Constituição as regras fundamentais da sua existência. Antes da diretiva política de maioria há a diretiva constitucional. Pode-se dizer de um modo um pouco enfático: o povo da Constituição prevalece sobre o povo da maioria. A Constituição, portanto, precede todos os poderes constituídos, incluindo o do legislador representante do povo soberano. Esta simples ideia, da *supremacia da Constituição*, é antiguíssima e, ao mesmo tempo, atualíssima, porque renovada pelo movimento constituinte geral, e também italiano, ocorrido

na metade do século passado, que a colocou na base da rejeição da guerra, do extermínio e do totalitarismo. Essa ideia de supremacia da Constituição renasce após a guerra para implementar uma virada radical, para assegurar a todos que agora existiria uma lei fundamental capaz de impedir que se reafirmassem, no futuro, as condições para um retorno ao recente passado ditatorial.

Este é o primeiro significado da Constituição democrática, ou seja, de garantia, de limite. A democracia existe porque ninguém poderá mais praticar uma política que podemos definir como *absoluta*, tal qual aquela da *Vernichtung*, de aniquilação do adversário. É isso que está admiravelmente condensado no parágrafo segundo do artigo primeiro da Constituição italiana, que atribui a soberania ao povo, mas para que este a exercite nas *formas* e nos *limites* ditados pela Constituição. Não se poderia esquecer, quando se escrevia a Constituição, que os partidos totalitários também haviam, há muito, evocado o “povo”, o poder do povo, nem que o parlamento liberal, privado de uma autêntica norma fundamental de garantia, havia permanecido extraordinariamente fraco diante daquelas evocações. E que, portanto, se deviam ancorar os direitos dos indivíduos em algo mais sólido e confiável do que a vontade política, fosse ela popular ou parlamentar.

Este é, em suas raízes, o valor primário da Constituição, o de garantia. Garantia de uma esfera inviolável que não pode ser arbitrariamente invadida pelo poder político ou por outra forma de poder sobrestante que possa ameaçar a integridade da pessoa. É esse o significado do caráter inviolável dos direitos fundamentais, proclamado no artigo segundo da Constituição italiana. Assim como também são invioláveis a liberdade pessoal (art. 13), o domicílio (art. 14), a liberdade e o sigilo de correspondência e de todas as outras formas de comunicação (art. 15). É evidente a intenção do Constituinte de assegurar uma esfera intangível. A esse respeito também são particularmente relevantes outras disposições. Pensemos no art. 32, que logo após afirmar a saúde como direito fundamental do indivíduo, e também como interesse da coletividade, se preocupa em estabelecer que em matéria de tratamentos de saúde obrigatórios leis que os prevejam não podem “em nenhum caso violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”.

Mas também nas relações econômicas esse fio condutor é bem vivo: seja no artigo 36, que prevê o direito a uma remuneração equânime, a fim de assegurar “uma existência livre e digna”, seja no artigo 38, que faz referência às “necessidades vitais” ao tratar dos meios indispensáveis de que se necessita em caso de infortúnio, de doença, de invalidez, de velhice ou de desemprego involuntário.

É evidente como a Constituição pensa em todos esses casos em uma sociedade a ser promovida, na qual ninguém seja lesado em seus direitos fundamentais e em que, ao mesmo tempo, todos disponham dos meios necessários para o desenvolvimento de uma vida “livre e digna”.

Por outro lado, quando a União Europeia se propôs a explicitar as tradições constitucionais comuns dos Estados-membros através da bem conhecida Carta de Nice – que adquiriu plena força normativa com o Tratado de Lisboa –, girou-se ao redor dos mesmos princípios fundamentais: a “dignidade humana” (art. 1º), o direito à “própria integridade física e psíquica” (art. 3º), o direito à proteção “dos dados de caráter pessoal” (art. 8º); mas também o direito a “condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas” (art. 31), ou o direito à assistência com o objetivo de “garantir uma existência digna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes” (art. 34). Em suma, o fio condutor, nacional e supranacional, é bastante claro. Tratam-se dos *direitos da pessoa*, do ponto de vista do *duplo perfil* da esfera inviolável, dentro da qual ninguém pode penetrar, e do dever inderrogável de operar de tal modo que essa esfera não seja esvaziada, não seja privada por parte dos cidadãos menos afortunados dos bens mínimos necessários para o desenvolvimento da existência livre e digna de que fala o art. 36 da Constituição italiana.

3. Devemos, agora, aprofundar a reflexão sobre essa dualidade, presente tanto nas Constituições nacionais, como a italiana, quanto nos textos europeus. Essa duplicidade pode ser redefinida como princípio de indivisibilidade dos direitos fundamentais da pessoa, civis, políticos e sociais. Também políticos, uma vez que somente uma pessoa livre na própria esfera e dotada dos mínimos bens necessários é capaz de ser um cidadão politicamente ativo, que participa da determinação das finalidades públicas de relevância coletiva. Nada expressa melhor isso que o já citado artigo terceiro da Constituição italiana e o conceito, nele fixado, de “igual dignidade social” entre os cidadãos. É esse conceito que constitui o pivô de todo o artigo terceiro, do próprio princípio da igualdade e dos direitos da pessoa no seu complexo, ao contrário da agora obsoleta contraposição entre o seu primeiro e segundo parágrafos, entre igualdade “formal” e “substancial”. É em nome dos direitos da pessoa e do princípio da igual dignidade social, na base do mesmo e único título, que se afirmam tanto a intangibilidade das liberdades pessoais, quanto os direitos em matéria social, o direito à assistência, à educação, à retribuição equânime e proporcional. A duplicidade que estamos explorando possui na verdade uma única matriz em uma nova concepção do sujeito de direito e do princípio da igualdade.

Nem sempre foi assim. Aqui a história pode ser efetivamente útil. Na revolução francesa foi de fato necessário o incêndio jacobino para colocar lado a lado os direitos civis, os direitos políticos e sociais à educação, à assistência e ao trabalho. Mas assim se fez no contexto de uma Constituição como a de 1793, que nunca entrou em vigor, e, em todo caso, era concebida como puro ato de vontade do povo e, por conta disso, continuamente revisável. O princípio que definimos acima como de indivisibilidade dos direitos fundamentais da pessoa, caracterizador das constituições hodiernas, era então percebido – como afirmavam os protagonistas daquele tempo – como uma espécie de perigosa “igualdade extrema”, inconciliável com o ideal constitucionalista do governo limitado. Mais adiante, em pleno século dezenove, o talvez maior pensador liberal europeu, Tocqueville, diante do direito ao trabalho estabelecido na Constituição francesa de 1848, reagia quase que com virulência, incitando o espectro do “Estado como o maior, e talvez único, organizador do trabalho”, um perigoso ancoradouro com o qual se articularia, mortificando as energias autônomas da sociedade civil e econômica, para assegurar os direitos sociais prometidos pela Constituição.

Desde então, entrou-se em uma lógica contrapositiva da qual, talvez, nunca se tenha saído. De um lado, a sociedade liberal do célebre binômio britânico *liberty and property*, com as liberdades civis e políticas, que pensa poder responder às necessidades sociais com o mercado, reduzindo a intervenção pública ao mínimo possível. De outro lado, as Constituições democráticas ricas de direitos em matéria social, com base em que se funda, pelo contrário, uma extensa intervenção pública, que foi rotulada “Estado social” no século XX. Em suma, Privado e Público, e vice-versa, cada um se esforçando a exaltar as próprias virtudes, ilustrando os defeitos e falhas do outro. As virtudes do Privado, que reduzem ao mínimo o espaço do Público, ou, ao contrário, as virtudes do Público, que curam os pecados e os egoísmos do Privado. Um esquema contrapositivo que, na minha opinião, ainda se faz presente em nossa cultura política e constitucional.

É nesse esquema que se chegou a contrapor os dois parágrafos do artigo terceiro, a igualdade chamada “formal” à igualdade chamada “substancial”, concebendo, de tempos em tempos, uma ou outra como a “verdadeira” igualdade; a formal porque rigorosamente baseada no caráter absolutamente abstrato do sujeito, a substancial, ao contrário, porque capaz de levar em conta as diferenças nas condições materiais de vida dos cidadãos. Para quem apoia a primeira igualdade, em sentido formal, a outra igualdade, que se propõe a olhar para as condições materiais – a fim de remover as barreiras a que se refere o artigo terceiro, parágrafo segundo, da Constituição italiana – e, assim, atribuir direitos às partes

fracas, aos trabalhadores no contrato de trabalho, aos inquilinos no contrato de locação e, mais ainda, aos idosos, às pessoas com deficiência, e assim por diante, não é outra coisa que um instrumento de construção de uma sociedade engessada, baseada na lógica do *status*, em que todos defendem corporativamente as políticas públicas, o seu próprio pacote de direitos. Para quem apoia a segunda igualdade, em sentido material, a primeira igualdade, ao contrário, justamente porque se concentra rigorosamente e sem exceção sobre o sujeito abstrato, não é “verdadeira igualdade”, ou melhor, apenas é igualdade entre aqueles que já são possuidores e, portanto, é um instrumento de conservação de uma sociedade injusta e desigual: por detrás da igualdade em sentido formal está escondido o privilégio de posições de poder, de cultura, de dinheiro. Assim, a igualdade em sentido substancial é retratada como a antessala do estatismo, um pouco como pensava Tocqueville na metade do século XIX, e a igualdade em sentido formal, por outro lado, como a antessala do privilégio de classe, como pensaram muitos leitores de esquerda das Constituições democráticas.

O que nós sustentamos agora é que essa rígida contraposição, cujas raízes profundas remontam pelo menos à idade das revoluções na metade do século XVIII, que foi revivida após a promulgação das Constituições democráticas e que acreditamos ainda estar bastante viva entre nós na cultura difusa e, mais especificamente, na cultura política e constitucional, na verdade não é própria das Constituições democráticas do século XX e, portanto, nem sequer da Constituição italiana de 1947. Em suma, o “modelo constitucional” inerente às Constituições democráticas, incluindo aquele desejado pelos Constituintes italianos, que inspira, ou deveria inspirar, a nossa democracia, não é o modelo contrapositivo acima delineado. Em outras palavras, os nossos Constituintes não acreditavam em alguma “virtude” a preservar e afirmar, nem a do Privado contra o Público, nem a do Público contra o Privado. Quem ainda hoje continua a raciocinar assim não faz outra coisa senão levar adiante sua batalha política, por motivos ideais e, talvez, também para a defesa de interesses bastante encorpados, sejam do Privado ou do Público, mas não podem contar, entre seus argumentos, com a Constituição.

A nossa tarefa – talvez a mais urgente – é, portanto, precisamente aquela de subtrair a Constituição da luta política, para afirmar, acima da luta política, o “modelo constitucional”, ou seja, a relação entre Público e Privado que é efetivamente consagrada nas Cartas constitucionais das democracias europeias no século XX, como único dever ser da democracia, não ideológico, mas simples e puramente constitucional. É necessário, em uma palavra, *voltar-se à Constituição*. É isso que tentaremos fazer na segunda parte da nossa intervenção, a partir do caso italiano.

4. Iniciamos com um esclarecimento de caráter propriamente histórico, e que tem relação com a Itália, mas não apenas com ela. O tempo dos nossos Constituintes, recém-encerrada a guerra, não era certamente um tempo do mercado. Era um tempo de economia regulada. A Carta constitucional italiana, do ponto de vista da história nacional, nesse sentido, é corretamente inserida em um ciclo histórico que é o da lei bancária de 1936, das leis de criação dos entes públicos econômicos nos anos trinta, do próprio Código civil nos primeiros anos da década de quarenta. Um ciclo dominado pela falência do mercado, gerador de conflitos sociais, de insolvência de grandes dimensões, e de desemprego. Estava sendo fundada uma República, e se tinha conhecimento de quanto um cenário desse tipo havia influenciado o insucesso da primeira República democrática europeia, a República de Weimar, de 1919. Assim se afirmava, com força, a necessidade do papel do Estado, e certamente não apenas na Itália.

Não é por isso, porém, que se deve falar de um “modelo constitucional” flagrantemente publicístico, ou de uma formulação “estatalista” da Constituição. Uma coisa é ser cauteloso quanto ao automatismo do mercado, outra é confiar na virtude do Público e, em particular, de sua forma estatal. Certamente, a Carta constitucional precedente, o Estatuto Albertino, considerava “inviolável” a propriedade (art. 29), enquanto a Constituição atual se limita a afirmar que a propriedade privada “é reconhecida e garantida pela lei”, devendo-se assegurar “a função social” e a acessibilidade a todos os cidadãos (art. 42). Estão evidentemente sobre duas bases conceituais diferentes. Mas isso não é outra coisa que o fruto de uma passagem histórica ocorrida entre os séculos XIX e XX, que é ainda mais ampla, que interessa a toda a sociedade europeia, e que é a mesma coisa que antes de sua realização fazia com que o Estatuto afirmasse que “a liberdade individual é garantida” (art. 26) e, agora, faz com que a nossa Constituição diga que “a liberdade pessoal é inviolável” (art. 13). Essa inversão de termos, para a qual o que é inviolável não mais é a propriedade privada, mas sim a liberdade pessoal, e que não era assim considerada ao tempo do Estatuto, talvez deva ser considerada um regresso, sinal da dominante ideologia estatalista dos nossos Constituintes? Nós cremos que não. Na realidade, de todo esse assunto muitas vezes não se capta o aspecto mais importante, que está contido na palavra “pessoal”: a liberdade não é mais, como no modelo constitucional precedente, a do simples “sujeito”, o “indivíduo”, seguindo o modelo do indivíduo proprietário do Código, mas é, precisamente, a liberdade da “pessoa”, que é a subjetividade, nova e diversa, mais ampla e complexa a que faz referência a nova fonte, a Constituição democrática do século XX, tal qual a italiana.

Voltaremos mais tarde a esse ponto da “pessoa”, que talvez seja o central. E agora vamos completar nosso horizonte sobre o título terceiro da parte primeira da Constituição, que é acusado de ser fruto de concepções antigas de colorido estatalista e hiperpublicista. São estatelistas as normas contidas nos já citados artigos 36 e 38? É estatalista a aspiração a fornecer a todos os trabalhadores “uma existência livre e digna”? É estatalista o critério das “necessidades vitais” diante da doença, do infortúnio e da velhice? Qual é aqui a intenção dos nossos Constituintes, se não aquela de garantir o valor e a dignidade da pessoa humana? E também diante do artigo 41, um dos mais discutidos, não encontramos novamente a “dignidade humana” como limite a iniciativa econômica privada?

Não pretendo prosseguir neste ponto, mesmo que se possam citar outros artigos, em minha opinião, qualquer coisa diferentes de “estatelistas”, como o artigo 46, sobre a colaboração dos trabalhadores na gestão das empresas, ou o seguinte, 47, sobre poupança e crédito, matérias mais que atuais. Apenas duas palavras a mais sobre este ponto, com respeito à fórmula da “utilidade social” (art. 41) como limite à iniciativa econômica privada. Um dos pontos mais delicados e mais discutidos. O debate é: pode ser essa fórmula veículo de legitimação de instrumentos planejadores rígidos e centralizados? Talvez. Talvez possa haver uma versão “estatalista” da utilidade social. A este respeito, no entanto, assiste uma consideração de caráter geral, que pode valer também em outros casos. Por que ler a fórmula da utilidade social à luz da cultura da planificação dos anos trinta e quarenta? Por que dar-lhe necessariamente uma leitura de colorido efetivamente estatalista? No fundo, as Constituições vivem, sem prejuízo da rigidez do núcleo fundamental dos princípios nelas contidos, através da interpretação, que muda de sentido e de direção com o mudar da sociedade, da cultura constitucional e da própria cultura difusa.

A utilidade social é hoje diferente e, portanto, se pode e se deve dar uma leitura menos estatalista, mais personalista e que também recupere o pleno significado da qualificação da “utilidade” em sentido “social”. O que eu quero dizer é que a iniciativa econômica privada é legitimamente limitada, nos termos do artigo 41, quando efetivamente se desenvolve de forma tal a causar prejuízo às pessoas, singularmente ou em grupo, que são, enquanto tais, providas de direitos fundamentais à saúde, à educação, à informação. Todos bens constitucionalmente protegidos que podem ser ameaçados não apenas por uma autoridade pública, mas também por uma força econômica privada. Essa é a utilidade social que a Constituição protege. É a utilidade concreta das pessoas, e não aquela aprioristicamente representada pelo Estado. Que aquela utilidade

seja protegida também contra o Privado não deve ser interpretado como um sinal de “estatalismo”. É, ao contrário, um sinal talvez ainda maior da transformação ocorrida entre o século XIX e XX, que consiste na oponibilidade da Constituição como norma jurídica a todos os sujeitos agentes na sociedade, sejam públicos ou privados. Não é, portanto, o Estado que faz uso do artigo 41 e da utilidade social para mortificar a iniciativa econômica dos privados, mas é a Constituição que, em nome dos direitos da pessoa, pretende limitar todos os poderes, e também o poder privado. É algo bem diferente. Não mais o se está diante do público que se expande em demasia em detrimento do Privado, mas ambos, Público e Privado, limitados pela Constituição, dimensionados pela Constituição. Essa, no plano histórico, é a grande novidade ocorrida na relação entre Público e Privado na história constitucional da democracia na Europa.

É, verdadeiramente, algo de importância capital na tormentosa história dos direitos fundamentais na Europa. Algo que traz um conteúdo substancial mais amplo às democracias constitucionais de hoje. Se é verdade que o valor primário das Constituições da segunda metade do século XX, quando a democracia constitucional começou a tomar forma – como já observamos – é o de constituir uma barreira intransponível em nome dos direitos fundamentais da pessoa, civis, políticos e sociais; bem, esse limite é posto agora não apenas contra o poder arbitrário dos governantes, mas também contra os poderes que na própria sociedade podem se tornar incomensuráveis nas mãos dos próprios privados em matérias que a própria Constituição considera de primeira relevância, como o meio ambiente, a saúde, a informação. Lesam-se os direitos fundamentais não apenas através da prisão arbitrária perpetrada pela autoridade de segurança pública ou de uma autoridade pública, no caso mais clássico de violação à liberdade originária, da liberdade pessoal, mas também através da poluição do meio ambiente ou da concentração desmedida dos meios de informação por obra de agentes privados. A Constituição, nascida pensando-se nos palácios do poder político, para limitar o soberano em sentido público e político, no curso do século XX se pôs em marcha em direção à sociedade, à fábrica, ao local de trabalho, aos meios de comunicação. É um caminho que acaba de se iniciar quando se olha para os tempos longos da história. Deve-se, portanto, ter paciência se os resultados nessa via são ainda não raras vezes parciais, oscilantes ou até mesmo decepcionantes. Por um lado, se deve pensar na plurisecular, e continuamente recorrente, batalha do constitucionalismo contra o arbítrio político. Se este último terreno tradicional é difícil – e nós sabemos o quanto é –, pensemos o quanto pode ser esse novo, que está sendo cultivado há algumas décadas, e que pretende conduzir a uma prescritividade bem

mais ampla da Constituição, praticamente global, contra todo o poder incidente sobre direitos fundamentais, seja Público ou Privado. Muito mais difícil, então, se a violação do direito não é de tipo invasivo, como no caso da prisão arbitrária, contra a qual existem remédios bem conhecidos e mais ou menos comprovados, mas de tipo omissivo, porque falta de modo evidente uma retribuição equitativa ou de tratamento justo. A constrição a dar, dirigida a um sujeito privado, como a um público, é de fato, intuitiva e praticamente, mais difícil do que uma simples constrição a observar uma proibição.

5. Sobre o plano histórico, porém, deve-se pronunciar uma palavra de otimismo, porque a via, ainda que longa, incerta e tormentosa, é certamente aquela que sumariamente indicamos; a via dos direitos da pessoa garantidos pela Constituição como norma suprema. Isso foi recentemente confirmado pela própria Europa, com a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, conhecida como Carta de Nice, que já tivemos oportunidade de citar.

Convém recordar brevemente um pouco da história dessa Carta. Nascida através de uma proclamação – desde o início invocada pelos juízes, mas certamente de duvidosa prescritividade jurídica – num certo ponto da história constitucional europeia parecia ser, dentro do projeto de Tratado constitucional europeu, o receptáculo dos princípios fundamentais em matéria de direitos, à imagem e semelhança das Constituições nacionais, como a italiana. Agora, com o Tratado de Lisboa, criou-se uma solução intermediária, que, porém, atinge o essencial, atribuindo à Carta o mesmo valor jurídico dos Tratados.

É o início de uma nova fase da transformação em curso. E é duplamente significativa, porque era momento, em razão da tremenda ignorância das classes políticas europeias, de mandar tudo pelos ares. Mas isso não aconteceu. Isso porque evidentemente o movimento que se abriu na metade do século passado em nome dos direitos fundamentais da pessoa e da supremacia da Constituição não pode ser interrompido e tende, assim, a se alastrar como uma mancha de óleo, lenta, mas progressivamente, do plano nacional ao supranacional, no nosso caso europeu. A transformação é historicamente única, porquanto articulada em diversos níveis. Para compreendê-la é necessário frisar os aspectos comuns mais do que enfatizar as diferenças de perspectiva, como por vezes se faz, contrapondo a assim chamada Europa dos mercados às democracias nacionais e sua insuprimível característica social. Na verdade, os dois níveis estão dando passos de gigante em direção à aproximação: as Constituições nacionais, promulgadas em um clima cultural e político de colorido dirigista, tem mostrado grande elasticidade – como vimos a propósito do conceito de utilidade social – na releitura progressiva dos próprios

princípios à luz dos princípios da livre troca e da livre concorrência, a partir dos quais surgiu a Europa comum, arriscando-se a proceder, segundo alguns – com o que não concordamos –, neste caminho uma própria e verdadeira disposição do patrimônio de democracia constitucional acumulado no nível nacional; mas, pelo contrário, a Europa, por sua vez, sempre advertiu sobre a exigência de uma integração não meramente econômica e, portanto, teve de se confrontar, ainda que muitas vezes de modo incerto, com os problemas clássicos da legitimação política, dos mesmos direitos fundamentais para além do aspecto econômico, em uma palavra, com o problema da unidade política, ainda que de modo diverso da tradição estatal e nacional. Para dizer de modo mais esquemático: os Estados têm caminhado em direção ao mundo do mercado e das relações econômicas, a Europa tem caminhado em direção ao mundo da política e da Constituição. A tentativa é encontrar um ponto de equilíbrio, em certo sentido, no meio do caminho, uma vez que ambos caminharam no mesmo ritmo.

Apenas a partir desses pressupostos se pode ler com clareza e sem preconceitos a Carta de Nice, que representa verdadeiramente o atual ponto de equilíbrio, o que até o momento se conseguiu. Ou seja, o contrário daquela atitude, um pouco de caça às bruxas, que vê como revanche de um neoindividualismo burguês, proprietário e mercantil contra as democracias sociais nacionais. Cita-se, assim, invariavelmente, o bem conhecido artigo 17, que mais uma vez reafirma a propriedade como “direito de gozar da propriedade dos bens adquiridos legalmente”; mas, para além do limite do “interesse geral” ao uso da propriedade, também presente nesse artigo, muitas vezes se esquece, como se esse não fosse mais do que o direito-príncipe, como era ao tempo do direito codificado liberal e burguês. A propriedade é certamente um dos direitos da pessoa do Título II da Carta, mas é precedido do direito à liberdade e à segurança, do direito à proteção dos dados pessoais, à liberdade de pensamento, de consciência, de religião, de expressão, de informação, do direito à educação. O ponto crucial, portanto, não é o individualismo proprietário. A supernorma, se realmente olharmos para ela, é a mesma das Constituições nacionais e está centrada na pessoa, na sua segurança, na livre disposição de si mesma, do próprio pensamento e, por fim, também nos próprios bens.

Mas não se limita a isso. E não há apenas as normas do Título IV sobre a solidariedade, a que já nos referimos, mas também aquelas sobre as condições de trabalho justas e equitativas (art. 31) ou sobre a assistência social (art. 34). Normas que, por outro lado, testemunham como na coleta e consolidação das chamadas “tradições constitucionais comuns dos Estados-membros” – pois é o

que foi feito com a Carta de Nice – não foi possível se esquecer da matéria social, que de modo bastante forte caracteriza a tradição europeia em seu complexo. O que queremos enfatizar é a evolução da matéria de direitos fundamentais que se está realizando pela Europa. Preocupa-se a Carta mais uma vez com a matéria social, sob dois perfis.

O primeiro está contido de modo particularmente claro no artigo 15 da Carta de Nice: “Toda pessoa possui o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceita”. Esse artigo não deve ser lido com os olhos voltados para o passado, para o tempo da Comunidade econômica e do valor exclusivo da livre circulação, não só das mercadorias, mas também dos homens e das profissões, mas com os olhos voltados para o futuro, para uma nova estação dos direitos da pessoa que se está abrindo. Queremos dizer que este artigo fornece uma leitura não administrativa, não estatalista, do célebre direito ao trabalho do artigo quarto da nossa Constituição. O direito ao trabalho se afirma diretamente, assim, como direito da pessoa, consideradas e avaliadas as suas inclinações, as suas escolhas livres. Não é uma providência obtida do alto, do Estado-aparato, como pensava Tocqueville em 1848 – como vocês se lembrarão – quando via no próprio direito ao trabalho a perigosa raiz de um Estado que se estendia demasiadamente no campo das relações econômicas. Assim, o princípio europeu retroage sobre o princípio constitucional nacional, esclarecendo definitivamente aquilo que já se sustentava em parte: que a República que nosso artigo quarto chama a promover as condições que tornam efetivo o direito ao trabalho não é, em primeiro lugar, o Estado-aparelho com a sua administração, mas sim o Estado-ordenamento, ou seja, o conjunto dos poderes publicamente relevantes, não importa se de matriz institucional ou associativa, pública ou privada. Em suma – e aqui está a raiz da evolução em curso – os direitos em matéria social, como é o direito ao trabalho, os direitos referentes ao desenvolvimento de políticas sociais atuadoras dos princípios constitucionais, mas ainda nas mãos dos partidos políticos, dos parlamentos e dos governos – terreno que não se deve abandonar, mas não é mais exclusivo – tendem a fazer surgir posições jurídicas subjetivas do indivíduo enquanto pessoa e como tal destinado, mais cedo ou mais tarde, a buscar satisfação pela importante via de jurisdição.

Enfim, como segundo aspecto não se pode não recordar dos artigos 24 e seguintes da Carta de Nice, inseridos no Título III, sobre a Igualdade, dedicados aos direitos dos menores, dos idosos, das pessoas com deficiência. Na Europa tem continuidade, assim, a tendência já presente nas Constituições nacionais, de não entender a igualdade apenas como proibição de discriminação entre aqueles que

a própria Constituição considera iguais, mas também entendida como promoção, através de medidas diversas, do acesso aos bens fundamentais de existência a todos aqueles que deles são desprovidos. Pode-se dizer: direitos concebidos para aqueles que são mais fracos. E é significativo o fato de que essa tendência, na passagem do plano das Constituições nacionais à Europa, longe de se atenuar, se estenda: dos direitos dos trabalhadores, parte fraca por excelência na tradição das Constituições nacionais, aos outros sujeitos fracos, aos menores, aos idosos, às pessoas com deficiência.

6. Estamos agora prontos para lidar com a parte final, em que vamos tentar oferecer uma resposta às perguntas que fizemos e, em particular, àquela principal: Em que tipo de democracia vivemos? O que propõem as Constituições contemporâneas como modelo de relacionamento entre Público e Privado? Por uma parte do itinerário que percorremos estivemos dedicados, mais que qualquer coisa, a remover os obstáculos, os dados de muitos preconceitos: não é verdade que as soluções presentes nas Constituições nacionais, como a italiana, são de tipo “estatalista”, assim como não é verdade que a Europa representa, a respeito desse alegado caráter das Constituições nacionais, uma revanche do tipo proprietário e liberal. É bem verdade, historicamente, que uma grande transformação – uma só, em vários níveis – teve início em meados do século passado, expressando-se, em primeiro lugar, nas Constituições do pós-guerra, passando, em seguida, por sua difícil implementação e, por fim, através da atual e difícil passagem da Europa. É um movimento único, com altos e baixos, e não a sucessão esquizofrênica de soluções opostas.

Mas, acima de tudo, é uma transformação ainda em curso e que, para mim, tem uma importância não inferior àquela que a precedeu. O que estamos testemunhando é uma luta pela afirmação de um novo tipo histórico de democracia, a *democracia constitucional*, fundada sobre os direitos da pessoa, que, por sua vez, fundam-se na supremacia da Constituição. É uma luta dura porque a supremacia da Constituição tira poderes, reduz arbítrios, impõe obrigações e, sobretudo – como nós vimos – tende a impor-se a todos os poderes, públicos e privados. É compreensível, assim, que se trate de uma supremacia a que fortemente se opõe. Em suma, que tem muitos inimigos.

Porém, a Constituição existe. Existe no plano nacional e está se formando no plano supranacional. Os direitos da pessoa são firmados de modo claro. Enquanto houver violações das esferas das pessoas e de sua dignidade, ou enquanto houver pessoas privadas dos bens essenciais, existirá um problema de implementação da Constituição. Desse dilema as democracias contemporâneas não podem se

livrar, pelo menos até quando existir a Constituição. E, por outro lado, “sair da Constituição” significa realmente abandonar o modelo de relação entre Público e Privado por essa desenhado, e que limita ambos: o primeiro não pode mais se expressar com a linguagem do legislador onipotente, pensando que pode *normatizar* todos os aspectos da vida individual e das relações, e portanto, não pode arbitrariamente invadir a esfera dos cidadãos; mas também o segundo não pode ser terreno para o desenvolvimento de poderes desmedidos, sobretudo econômicos, incidentes de modo não menos perigoso sobre os direitos fundamentais da pessoa. A Constituição, em suma, não prega nenhuma virtude, nem do Estado, nem do mercado, simplesmente porque pensa que tanto um quanto o outro podem violar os direitos da pessoa. E, assim, é cautelosa em relação a ambos, especialmente quando um ou outro tendem ao excesso, a exorbitar.

A partir daqui, dessa raiz, surge finalmente a resposta à pergunta que colocamos: o modelo constitucional de relação entre Público e Privado é, em última análise, o da *dupla limitação* e, portanto, do *duplo valor da Constituição*, que se opõe sempre a um e a outro se ela mesma, e os direitos fundamentais nela consagrados, todas as vezes que as razões de um e de outro tornam-se imoderadas, sejam as razões de um Público que pretende invadir a esfera dos indivíduos, ou a de um Privado que, em razão de sua potência econômica, pretende dominar a cena pública. Pode-se dizer também: a Constituição socorre sempre o mais fraco, o Público quando é invadido arbitrariamente pelo Privado, e vice-versa. Abandonar esse modelo significa, portanto, correr riscos gravíssimos para os dois lados.

Tenha-se atenção, portanto, ao tratar a Constituição como uma simples lei politicamente reformável e emendável. A história da relação entre Público e Privado ensinou que na Constituição é fixado um pilar, um muro de contenção, um essencial ponto de equilíbrio. Sem a Constituição, sem esse tipo de Constituição que começamos a construir na metade do século passado, e sem esse pilar, não temos um problema de democracia, para o mais ou para o menos, mas provavelmente o início da dissolução da forma política democrática, no sentido específico de retorno a um predomínio indiscriminado dos poderes arbitrários, sejam públicos ou privados. A supremacia da Constituição é, portanto, afirmada em primeiro lugar contra o exercício arbitrário desses poderes. E os arbítrios que ela impede ou limita – sejam esses de proveniência pública ou privada, como vimos – têm um invariável objetivo subjacente: proteger recursos que servem para satisfazer imediatamente posições especiais de poder. Se essas tendências parciais fossem deixadas ao desdobramento livre, tornar-se-ia impossível qualquer cálculo sobre as necessidades individuais e coletivas a médio e longo prazo, porque todos os

recursos seriam queimados no curto prazo. A única política possível se tornaria a da maioria do momento. Mas hoje, por motivos que são bastante evidentes, não é possível governar desse modo. Desse ponto de vista, há um núcleo duro nos problemas que temos diante de nós, uma objetividade das coisas destinada a se impor, a menos que não se decida deliberadamente caminhar em direção ao precipício. Que se tratem hoje das necessidades sociais primárias, da alimentação à moradia, da saúde, da assistência, do meio ambiente, chega-se sempre à mesma conclusão: quase nenhuma dessas problemáticas é resolvível se não em um sentido estrutural, enquanto muito pouco se resolve com a política do momento, com a maioria do momento. As Constituições, e aqui também as contemporâneas, como normas pela sua própria natureza predispostas a durar no tempo, são portanto destinadas a desenvolver esta função essencial e imprescindível: catalogar os bens essenciais da pessoa que qualquer maioria possui o dever de proteger, e representar, nesse sentido, a continuidade, a dimensão profunda e duradoura das necessidades sociais que somente a Constituição pode adequadamente *exprimir* no tempo e que se coloca, em sua objetividade, bem distante e acima das meras políticas de maioria, com as quais se chega somente até um certo ponto, insuficiente para um governo sério das sociedades e das democracias contemporâneas.

Há apenas um ponto obscuro na supremacia da Constituição, mas que não é insignificante. Diz respeito ao futuro da sociedade democrática. A sociedade dos nossos Pais Constituintes, na Itália e na Europa, em pleno século XX, era organizada nos partidos. Hoje não temos mais aqueles partidos, naquela mesma forma. A nossa sociedade parece estar, de fato, à procura de novas instituições, de novas solidariedades, em suma, de uma nova identidade. Pode ser que se trate de uma busca que se revelará fértil no transcurso do tempo. É a todos evidente, no entanto, a atual condição de fragilidade e de incerteza. Aqui está o ponto crítico. Isso porque a Constituição pode se defender de modo mais ou menos eficaz em face dos poderes incomensuráveis. Mas não está sozinha. O melhor e mais sólido fundamento da Constituição – de resto, o único possível – é precisamente a consciência de sua necessária dependência de qualquer coisa outra que a precede. Em uma palavra, aquilo que a Constituição pressupõe para se colocar como norma suprema é a própria existência de uma sociedade suficientemente coesa, dotada de instrumentos que a permitam ser uma sociedade política, e não simplesmente uma sociedade de indivíduos dotados de direitos mais ou menos perfeitamente garantidos. E, portanto, não apenas uma simples *societas*, na qual o vínculo basilar é exclusivamente a comum titularidade de direitos, mas também uma *universitas*, ou seja, uma unidade de escopo, à qual se liga por compartilhamento, ligado pelo

entendimento comum de perseguir algumas finalidades fundamentais. Em uma palavra, uma sociedade política e não apenas uma sociedade civil. Essa é hoje a questão na ordem do dia das democracias contemporâneas. Não há supremacia da Constituição sem sociedade política, e não há sociedade política sem instrumentos estáveis de participação e sem a procura, conturbada e problemática, de um princípio de unidade. Sem tudo isso, a Constituição vacila. Em suma, é verdade que podemos contar com a Constituição como protetora dos nossos direitos, como limite à exorbitância de todos os poderes, sejam públicos ou privados, mas não podemos jamais nos esquecer de que também a Constituição, por seu turno, conta conosco.

Recebido: 15/09/2013

Aprovado: 23/11/2013