

O CARÁTER MEDIADOR DO DIREITO NA CONSTRUÇÃO E AMPLIAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO

Luciana Vargas Netto Oliveira *

Sumário: Introdução; 1. A noção de espaço público em Hannah Arendt; 2. O declínio do espaço público na modernidade; 3. O direito e seus paradigmas de interpretação; 4. A realização da justiça através da desconstrução do Direito; 5. O caráter mediador do direito na construção da esfera pública; Conclusão; Referências.

Resumo: O estudo objetiva compreender a noção de espaço público, utilizando-se para tal da obra de Hannah Arendt, e o declínio dessa esfera na Modernidade, com a concomitante emergência do social. Enfatiza o papel do Direito, como ele foi e tem sido entendido por autores clássicos e contemporâneos em relação à sua interpretação e aplicação, bem como procura analisar quais as consequências das decisões judiciais para a construção, ampliação ou limitação do espaço público. Destaca-se a importância do Direito, seu compromisso com a busca da justiça e com a consolidação da democracia, uma vez que este tem sido cada vez mais chamado a dar soluções para os conflitos oriundos das desigualdades econômicas e sociais vivenciadas no Brasil.

Palavras-chave: espaço público; direito; interpretação; justiça; democracia.

Abstract: The present study intends to understand the concept of public place, using for this purpose Hannah Arendt's work, and the deterioration of the public place in modern era, with the concurrent growing of social place. It gives special emphasis to Law's role, how it had been and has been understood for classic and contemporary authors in relation to its interpretation and application, as well as the study tries to analyze what are the consequences of the judicial decisions for the construction, extension or limitation of the public place. Finally, it accentuates the importance of the Law and its compromise with justice and democracy, therefore the Law has been called everyday more to give solutions for the conflicts coming from the social and economic inequalities of Brazil.

Keywords: public place, law, interpretation, justice, democracy.

* A autora é mestranda em Direito Cooperativo e Cidadania pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), bacharel em Direito pela Universidade Paranaense, *campus* de Toledo, PR, e graduada em Serviço Social pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP. É docente efetiva do Curso de Serviço Social da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), *campus* de Toledo, PR.

Introdução

A discussão sobre a noção e a construção do espaço público vem ganhando corpo no Brasil nas últimas décadas tendo em vista a consolidação e expansão da democracia, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988 e da conquista de maiores espaços de participação dos diferentes grupos e movimentos coletivos. Nesse sentido, o presente trabalho visa, num primeiro momento, compreender a noção de espaço público, utilizando-se para tal, da fundamentação teórica em Hannah Arendt.

Essa compreensão é também um dos temas importantes para o direito contemporâneo, pois as tendências de interpretação e aplicação do direito influenciam e são influenciadas pelas concepções de esfera pública e de esfera privada, desde seu sentido clássico até suas perspectivas na pós-modernidade. Desse modo, através dos pontos de vista de autores clássicos e contemporâneos, o segundo momento da reflexão objetiva compreender o caráter mediador do direito na construção e consolidação do espaço público. Destaca-se em especial que o direito tem sido cada vez mais exigido e chamado a dar soluções para os crescentes conflitos oriundos das desigualdades econômicas e sociais, bem como a dar respostas aos problemas gerados a partir da complexidade das sociedades atuais.

1. A noção de espaço público em Hannah Arendt

A reflexão de Hannah Arendt ¹ sobre os aspectos essenciais da condição humana culmina no que ela denomina de *vita activa*.² Segundo a autora, essa expressão pretende designar três atividades humanas fundamentais, que correspondem cada uma às condições básicas mediante as quais a vida foi dada ao homem na Terra: o labor, o trabalho e a ação.

O labor corresponde ao processo biológico, do qual deriva, e às necessidades vitais do ser humano. É resultante da luta do homem contra a necessidade, pois o labor não deixa qualquer vestígio ou obra digna de ser

1 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

2 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 15

lembrada, e seus esforços são consumidos quase que imediatamente após sua produção. Preocupa-se basicamente com a produção e reprodução da “vida”. Por estas características, que podem ser compartilhadas com os animais, a autora denomina esse homem de *animal laborans*.³

O trabalho corresponde ao artificialismo da existência humana. Pelo trabalho, o homem, *homo faber*, se relaciona com a natureza, transformando-a de modo a ter maior conforto e segurança, fabricando uma infinidade de coisas destinadas ao uso. Para Hannah Arendt, “*O trabalho e seu produto, o artefato humano, emprestam certa permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano*”.⁴

O terceiro aspecto da *vita activa*, a ação, corresponde à condição humana da pluralidade, sendo pressuposto da vida política. A ação ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas. Para ser realizada, a ação necessita do discurso, pois as palavras, gestos e sinais são o meio através do qual as idéias são comunicadas.

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais [...]. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender.⁵

A vida ativa, ou seja, a vida humana que se empenha ativamente em fazer algo, tem raízes permanentes num mundo de homens ou de coisas feitas pelos homens. Nenhuma vida humana é possível sem um mundo que testemunhe a presença de outros seres humanos, por isso a ação não pode ser realizada fora da sociedade dos homens: é prerrogativa exclusiva do homem.

Dentre os aspectos que a autora destaca, o labor não requer a presença de outros homens, pois um homem que trabalhasse e construísse um mundo habitado somente por ele mesmo seria um “fabricador”, mas não um *homo faber*, pois teria perdido sua qualidade especificamente humana.

3 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 31.

4 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 16.

5 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 188.

A característica de vida em sociedade é o que o homem tinha em comum com os animais, por necessidades da vida biológica. No pensamento grego, a capacidade de organização política não apenas difere, mas é diretamente oposta a essa associação natural (casa e família como centro). A cidade-estado era uma segunda vida: o *bios politikos*. No mundo grego só havia duas atividades consideradas políticas: a ação (*práxis*) e o discurso (*lexis*).⁶ Desse modo, Hannah Arendt fundamenta-se teoricamente nas tradições grega e romana para definir o espaço público, que seria o espaço político por natureza.

Na Grécia antiga, a vida na *polis* significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através da força e violência, que eram características da vida no lar e em família. O domínio absoluto e incontestado do chefe da família sobre as pessoas e os escravos na esfera privada era totalmente contrário ao que ocorria na esfera pública.

O espaço privado se restringia às atividades econômicas necessárias à reprodução da vida, não havendo sociabilidade nem interação entre os indivíduos.

A polis diferenciava-se da família pelo fato de somente conhecer iguais, ao passo que a família era o centro da mais severa desigualdade. Ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida, nem ao comando do outro e também não comandar.⁷

Segundo Hannah Arendt, a noção de espaço público se configura como o espaço no qual a ação e o discurso de cada um, que estão vinculados à pluralidade humana, contribuem para a construção de um “mundo comum”, entendido como uma trama feita de fatos e eventos que constroem as referências cognitivas e valorativas de um horizonte comum e uma interlocução possível – é uma forma específica de sociabilidade que só o espaço público pode instituir. O espaço público é o espaço do aparecimento e da visibilidade, que constroem a realidade. É um campo de relação e de convívio de experiências, onde liberdade e igualdade são pontos-chave para promover as deliberações conjuntas sobre os interesses também coletivos.

⁶ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 34.

⁷ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 41.

O conceito de igualdade na esfera política pressupunha a existência de desiguais e significava viver entre pares. Segundo Raquel Raichelis,⁸ *“para os antigos, portanto, igualdade e liberdade eram conceitos essencialmente políticos, pois só na polis o homem poderia ser livre, e a liberdade era a essência da cidadania”*. A essas características do espaço público, acrescenta-se uma de fundamental importância: **sua dimensão política**.

Enquanto lugar em que a ação se torna reconhecível na sua capacidade de ‘iniciar um novo começo’ e enquanto lugar que ‘preserva a ação do esquecimento’ e funda uma tradição, é que o espaço público deixa revelar sua dimensão propriamente política (destaques no original).⁹

2. O declínio do espaço público na modernidade

Com o advento da Modernidade,¹⁰ a razão instrumental substituiu os paradigmas anteriormente existentes para compreensão do mundo. De acordo com Max Weber,¹¹ ocorreu o “desencantamento do mundo”, pois a religião, a tradição e a autoridade já não são mais referências para fundamentação da vida. Weber utiliza-se da expressão “desencantamento do mundo”, primeiramente, para significar a “eliminação da magia enquanto técnica de salvação”; depois, para designar a “depreciação do religioso sobre as representações gerais que os homens fazem do mundo de sua existência”; significa ainda o “produto do processo de intelectualização [racionalização] que acompanha a formação do ocidente moderno”. O desencantamento do mundo não é apenas a negação da interferência do sobrenatural sobre este mundo, mas também a ausência do sentido.

Para Hannah Arendt, a sociedade moderna promoveu o esvaziamento do espaço público e o declínio do homem político, oportunizando o

8 RAICHELES, R. **Esfera pública e Conselhos de Assistência Social**: caminhos da construção democrática. São Paulo: Cortez, 1998. p. 47.

9 TELLES, V. da S. Política e espaço público na constituição do “mundo comum”: notas sobre o pensamento de Hannah Arendt. In: **Direitos sociais**: afinal do que se trata? Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1999. p. 53.

10 Entendida sob o paradigma da tematização do sujeito: o sujeito é condição de possibilidade de todo o resto, cuja racionalidade é única.

11 Análise feita por COLLIOT-THÉLENE, Catherine. **Max Weber e a história**. Trad. Eduardo Biavatti Pereira. São Paulo: Brasiliense, 1995.

surgimento de uma sociedade despolitizada e atomizada pela competição e por uma instrumentalização do mundo.¹² Na modernidade, entendida como herança do projeto iluminista fundado na razão, nada permanece como valor e limite para uma ação que transforma tudo em meros fins para seus objetivos, ocorrendo uma inversão histórica entre as esferas pública e privada: a primeira passa a ser a esfera da liberdade e a segunda a da necessidade, perdendo o seu sentido essencialmente político.¹³

Isso ocorreu porque as dimensões transcendentais da condição humana, ou seja, ação, trabalho e labor, perderam o sentido na modernidade. A primazia do trabalho significa que os imperativos da necessidade invadiram a esfera pública de forma que esta se desfigurou apenas em função da economia, bem como em relação aos movimentos de expropriação e acumulação de riqueza. A valorização do trabalho em prejuízo da ação e da obra descaracterizou a ação, que passou a ser concebida em termos do fazer e do fabricar.

Como forma de substituir os espaços público e privado, diluídos em função dessas transformações, ocorre a ascensão do “social”, esfera através da qual todos os membros da sociedade consideram tudo o que fazem como modo de garantir a vida.

Para sustentação da esfera do social surge a sociedade de massa, entendida por Hannah Arendt¹⁴ como a sociedade mantenedora de empregos, sustentada em formas burocráticas de governo. Nesse sentido, a contradição público-privado se resolve com o surgimento do social, que amplia o espaço da solidão humana e altera a lógica que fazia a distinção entre a ação, o trabalho e a obra.

O Estado Moderno, por meio de seus mecanismos, pôde subtrair dos indivíduos o direito de participar diretamente na constituição do mundo público, introduzindo a democracia de massas.

Em conseqüência, a perda do espaço comum entre os homens compromete a capacidade de discernimento que a compreensão e o julgamen-

12 TELLES. *Op. cit.*, p. 38.

13 CASTRO, A. T. B. Espaço público e cidadania: uma introdução ao pensamento de Hannah Arendt. **Serviço social e sociedade**, São Paulo, ano XX, n. 59, p. 9-23, mar. 1999.

14 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 78.

to exigem; a própria capacidade de pensamento fica comprometida, dando lugar à alienação. Desse modo, percebe-se a “fragilidade dos negócios humanos”, de acordo com Arendt.¹⁵

O isolamento, consequência da perda do espaço que articula os homens num mundo compartilhado de significados, se traduz como uma forma de vida radicalmente privatizada. Reduzidos à vida privada, no sentido de privação, os homens se tornam prisioneiros de sua própria existência singular, fragmentada e sem significação para o mundo dos homens. Como só no espaço público a singularidade de cada um é reconhecível e pode ser reconhecida, ocorre a perda da capacidade de agir e falar, a perda do senso comum, da imparcialidade e da memória.

O homem se torna privado de ser visto e ouvido, pois somente no lugar da visibilidade e do aparecimento, através da ação e da palavra, o homem se torna singular naquilo que o difere dos demais e ao mesmo tempo se reconhece no outro, construindo uma “história comum”.¹⁶

Para Hannah Arendt, a vida privada não tem necessariamente um sentido negativo, pois equivale a ter um lugar no mundo. Sua reflexão pretende estabelecer o seu lugar e definir as fronteiras entre duas formas distintas de existência social: ambas se diluíram no mundo moderno, significando a perda dos critérios de diferenciação entre aquilo que tem como medida a vida de cada um e aquilo que é comum.

No sentido político, a perda do espaço público significa a ausência de um espaço reconhecido de ação e opinião, significa a perda de liberdade que exige, para sua efetivação, um espaço politicamente organizado. Apenas na experiência da pluralidade humana o mundo pode se constituir como medida que transcende a vida pessoal de cada um e somente nessa interação entre os homens é que um mundo plenamente humano pode se constituir.

Como resultado da ausência da esfera pública, para o indivíduo, o “outro” pouco importa e pouco conta, sua existência não faz a menor diferença, o que pode tender ao uso da violência. A falta do espaço pú-

15 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 201.

16 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 51.

blico traduz a perda de um espaço no qual a ação e a palavra podem se manifestar enquanto poder; ocorrendo uma incapacidade de elaborar uma “história comum” e uma impotência equivalente à perda da própria noção de liberdade, perde-se a noção da diferença entre a tirania política e a liberdade pública.¹⁷

Quando os princípios que caracterizam a esfera pública – ação, poder, política, liberdade e pluralidade – se retraem em função daqueles intrínsecos à esfera privada – trabalho, violência, economia, necessidade e uniformidade –, ocorre um descarte da sociabilidade e do sistema comum. [...] As manifestações políticas passam a ser parametradas pelos rudimentos privados, tendo em vista o alcance de objetivos imediatos.¹⁸

Dessa forma, ocorre a perda de um mundo comum, que desfaz a estrutura das atividades públicas e seus produtos: o senso comum, o julgamento, a imparcialidade e a memória.¹⁹ A perda dessas qualidades reduz o homem e a vida ao seu ciclo mais rudimentar: apenas a produção e reprodução da vida.

3. O direito e seus paradigmas de interpretação

Entendendo a noção de esfera pública como espaço comunitário politicamente organizado, baseado no reconhecimento do direito de todos à participação na vida pública, na qual se permite tornar visíveis os conflitos, os confrontos e as negociações em busca de uma condição de vida melhor para todos, destaca-se o papel da interpretação e da aplicação do direito, especialmente a partir do Poder Judiciário, cuja atuação pode contribuir para ampliar ou restringir o espaço público e, conseqüentemente, o exercício da democracia.

Numa breve retrospectiva histórica, encontra-se na obra de Hans Kelsen,²⁰ uma importante contribuição na tentativa de “purificar” a ciên-

17 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 38-40.

18 CASTRO, *Op. cit.*, p. 13.

19 ALMEIDA, M. H. T. Hannah Arendt ou os caminhos de um pensamento inquieto na busca de uma vida pública. *Serviço social e sociedade*. São Paulo, ano XXI, n.º 62, p. 169-187, mar. 2000.

20 KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

cia jurídica de influências das demais ciências. Sua pretensão era livrar a doutrina jurídica dos elementos metajurídicos e reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los coerentemente: a dimensão normativa. Desse modo, Kelsen propõe uma ciência jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o seu aspecto normativo, reduzindo-os a normas ou a relações entre normas.

Na descrição do próprio Kelsen, ele pretendia “desenvolver uma teoria que ele denomina ‘pura’, ou seja, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural”.²¹ Seu objetivo era alcançar uma ciência jurídica objetiva, exata e sujeita à comprovação de veracidade. Sofreu influência do positivismo lógico, também chamado neopositivismo, cujo principal expoente foi Ludwig Wittgenstein, com a obra “Tratados lógico-filosóficos”.²² Wittgenstein fazia parte do chamado “Círculo de Viena”,²³ cujos integrantes sustentavam que a lógica, como ciência formal da representação simbólica, é autônoma em relação às ciências empíricas e que só estas poderiam proporcionar informações sobre a realidade.

O objeto de investigação filosófica para os neopositivistas seria a verificação lógica das proposições das ciências, eliminando as proposições aparentes baseadas em enunciados metafísicos não demonstráveis. Para isso, os rigores científicos exigiam uma linguagem artificial, diversa da linguagem natural, privilegiando uma análise sintática e semântica dos enunciados normativos.

Sob estes pressupostos, a Teoria Pura do Direito destina-se a conhecer o objeto do direito: as regras jurídicas. O importante para Kelsen não era analisar os valores em que se embasam as regras jurídicas ou avaliar como essas regras deveriam ter sido construídas, mas sim o que é e como é o direito.

Segundo Miguel Reale,²⁴ a primeira contribuição de Kelsen se deu no sentido de melhor determinar a natureza da norma jurídica, entendi-

21 KELSEN. *Op. cit.*, prefácio.

22 Anotações realizadas na disciplina de Teoria Geral do Direito, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, ministrada pela Prof.^a Dr.^a Kátia Kozicki, no dia 25 mar. 2003.

23 Integrado pelos alemães Moritz Schilick e Rudolf Carnap e o austríaco Otto Neurath, dentre outros.

24 REALE, M. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

da por ele como uma entidade lógico-hipotética, capaz de qualificar ou constituir juridicamente a experiência social. A norma jurídica não deve ser confundida com a lei elaborada pelo Estado ou regra posta pela jurisdição e o costume, mas deve ser entendida como um enunciado lógico que se situa no plano do dever ser. Kelsen afirma que a leitura da norma jurídica em si deve ser neutra, já que o processo de construção da norma é impregnado de valores.

Destarte a importância histórica e teórica da obra de Hans Kelsen, percebe-se que a pretensa neutralidade exigida do intérprete e aplicador do Direito é impossível de se realizar, pois a norma positivada, ao ser interpretada, traz em si uma série de possibilidades e análises possíveis, de modo que a escolha de uma opção entre várias não é neutra.

Para Miguel Reale,²⁵

[...] seu apego [de Kelsen] a construções lógico-formais corresponde a um relativismo filosófico fundamental, a certa incompreensão dos valores da existência concreta, apresentando a sua teoria, rigorosamente travada, um caráter de abstração ou de a-historicidade, que parece ter sido sentida pelo próprio autor na fase mais recente de suas pesquisas fecundas.

Outro teórico importante para desvendar a complexa questão da interpretação e aplicação do direito foi Herbert L. A. Hart²⁶ e seus estudos sobre o significado lingüístico e ontológico do direito. Como membro da Escola de Oxford, sofreu influência da Filosofia da Linguagem Ordinária, subsidiada na obra do “segundo Wittgenstein”.²⁷

Nessa segunda fase, Wittgenstein identifica a existência de “jogos de linguagem”, de múltiplos usos que se faz das palavras e expressões, das formas de vida em que se inserem e de seus contextos de comunicação. Com esses estudos, promoveu o que se denomina de “virada pragmática”,

25 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 456-457.

26 HART, H. L. A. **O conceito do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

27 Depois de publicar “**Tratados lógico-filosóficos**”, em 1921, Wittgenstein desinteressou-se pela filosofia e passou a trabalhar como professor primário na Áustria. Seus estudos da segunda fase foram publicados postumamente e rejeitam suas concepções antigas. (**Nova Enciclopédia Barsa**. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações, 1998. v. 14. p. 459).

privilegiando a análise da relação dos usuários com a linguagem, conferindo importância ao contexto onde ocorre a situação comunicacional.²⁸

Dessa forma, as palavras e os enunciados lingüísticos têm um significado de base, mas adquirem um sentido de acordo com o contexto histórico e social em que são produzidos. Com esse embasamento teórico, Hart insere o paradigma hermenêutico no direito, preocupando-se com o significado da linguagem jurídica e sua relação com o contexto, ressaltando a importância de uma análise pragmática dos enunciados normativos, relevando o papel do intérprete para a correta apreensão dos significados do direito.

Hart ressalta ainda que, como a linguagem natural possui indeterminações, causa uma “textura aberta do Direito”.²⁹ Segundo Warat,³⁰ as incertezas em termos da linguagem natural ocorrem devido à vagueza e ambigüidade dos termos gerais: um termo é vago quando não há uma regra específica para sua aplicação. Desse modo, a linguagem do direito possui uma zona de luminosidade positiva, outra de luminosidade negativa e uma zona de nebulosidade, onde o problema da vagueza se manifesta.

Em relação à ambigüidade dos termos, ocorre quando um termo apresenta um conjunto de significados possíveis e suscita dúvidas sobre qual a classe a que pertence. A partir desses problemas, infere-se que o sentido dos enunciados jurídicos somente pode ser compreendido a partir do contexto comunicacional em que está inserido.

Nessa direção, Hart destaca que

[...] na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. [...]. O juiz tem que escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente significa.³¹

Como embasa sua teoria nos “jogos de linguagem”, através dos quais é preciso conhecer e aceitar as regras para poder “participar do jogo”,

28 WARAT, L. A. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

29 WAISMANN apud WARAT. *Op. cit.*, p. 77.

30 WARAT. *Op. cit.*, p. 76-78.

31 HART. *Op. cit.*, p. 16-17.

Hart sugere que na interpretação e aplicação do direito é preciso conhecer as regras e aceitá-las. Para a hermenêutica, o conhecimento só ocorre de fato com a aceitação, significando que houve apreensão da norma, ou seja, o compartilhamento do significado comum da norma.

Além disso, o autor está vinculado a postulados epistemológicos de base do positivismo, como a separação entre o ser e o dever ser, e a concepção do direito como um mecanismo de regulação e absorção de conflitos. Por isso, Hart é denominado positivista institucional ou convencionalista, em contraste com Kelsen, representante do positivismo descritivo, também chamado positivismo de estatuição.

Para Hart, existe um ponto de vista interno e um externo na compreensão do fenômeno jurídico. O membro do grupo que aceita as regras e as usa como guia de conduta parte do ponto de vista interno. Com a expressão “ser obrigado a”, Hart explica que há internamente uma afirmação psicológica motivando a ação, independentemente da existência de um conteúdo normativo.

Por outro lado, o ponto de vista externo é o do observador que não aceita ele próprio as regras, mas, mesmo sem aceitá-las, refere-se ao modo como o grupo está afetado por elas, de um ponto de vista interno, ou pode simplesmente observar as regularidades de comportamento, prevendo que o desvio será seguido de sanção.³² Hart caracteriza esse ponto de vista com a expressão “ter a obrigação de”, que pressupõe um contexto institucionalizado, independentemente de motivações psicológicas.

Katya Kozicki,³³ ao comentar a construção teórica de Hart, revela que o ponto de vista interno exige uma atitude crítico-reflexiva:

o elemento cognitivo [atitude reflexiva] manifesta-se na descoberta da correlação entre certos atos (e suas conseqüências) e o conteúdo da regra de conduta. Essa correlação dá origem a padrões de conduta em consonância com a norma. Já o elemento volitivo [atitude crítica] refere-se ao desejo ou preferência de que este padrão se mantenha, para o sujeito que formula o enunciado e para os outros.

³² HART. *Op. cit.*, p. 99.

³³ KOZICKI, Katia. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 134.

A contribuição maior de Hart verifica-se na mudança radical da matriz de interpretação do fenômeno jurídico. A compreensão via hermenêutica procura estudar e sistematizar os processos a serem aplicados para fixar o sentido e o alcance nas normas jurídicas, cotejando-as com o contexto em que elas se inserem, privilegiando o ponto de vista do participante do sistema e não o meramente observacional.

Outra contribuição teórica relevante parte de Ronald Dworkin,³⁴ considerado um dos mais importantes estudiosos do Direito contemporâneo, cuja base teórica se encontra no sistema da *common law*. Para ele, as teorias semânticas, ou positivistas, pressupõem que advogados e juizes usem basicamente os mesmos critérios para decidir as proposições jurídicas em termos de falsas ou verdadeiras. Essas teorias vêem o direito como simples questão de fato, ou seja, as divergências existentes são empíricas e não teóricas.

Segundo ele, há duas principais vertentes nas teorias positivistas:³⁵ uma na qual a proposição jurídica é verdadeira para uma sociedade política, desde que transmita corretamente o comando precedente de alguma pessoa ou grupo que ocupe uma posição soberana (soberano no sentido de ser aquele a quem se obedece, mas não se subordina a ninguém). Essa é a teoria proposta por John Austin e foi alvo de inúmeros debates, mas a idéia central de que o direito revela-se nas decisões tomadas por aqueles que detêm o poder político não perdeu totalmente sua força na doutrina.

A outra corrente, que reformulou essa idéia, é representada por Herbert Hart, já comentada. Para Hart, os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação de uma regra fundamental, que ele chamou de “regra de conhecimento”, pela comunidade como um todo. Essa comunidade atribui a um grupo de pessoas a autoridade para elaborar as leis, que são obedecidas devido às convenções sociais pré-estabelecidas. Apesar de muito contestadas, suas idéias conquistaram ampla aceitação.

Dworkin critica as teorias positivistas, pois a idéia fundamental de sua obra é que “o direito autoriza o uso da força” e para que isso ocorra é neces-

34 DWORKIN, R. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
35 DWORKIN, R. *Op. cit.*, p. 41-43.

sário que o direito tenha legitimidade. A idéia da auto-purificação do direito é negada por Dworkin, porque para ele o conceito de direito o vincula à justificativa de força coercitiva, vinculando-o a uma prestação jurisdicional: “o direito é uma questão de direitos defensáveis no tribunal”.³⁶

De acordo com esse autor³⁷ e sua tese da integridade do direito, um juiz, ao considerar que duas interpretações se ajustam ao caso concreto, deve ampliar seus estudos para incluir outras áreas do direito a fim de determinar qual das duas opções se encaixa no âmbito mais abrangente, sem, contudo, desconsiderar a prioridade da área do direito da qual surge a questão jurídica imediata. Na sua visão, a interpretação é uma prática historicamente situada no contexto institucional da comunidade em que se insere.

O direito como integridade possibilita formas de conflito ou tensão substantivos dentro da interpretação, bem como é considerado como um ideal político pelo autor, pois permite uma comunidade governada por uma visão de justiça, equidade e pelo devido processo legal.

A justiça [...] diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão de procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu.³⁸

Em suma, apesar de apresentar pontos passíveis de crítica, a teoria do direito enquanto integridade se configura como contribuição importante para novas possibilidades de interpretação jurídica, pois condiciona o juiz a, dentre todas as alternativas possíveis, escolher aquela que melhor atenda as práticas sociais locais e as políticas da comunidade em que insere, com o objetivo de tornar a comunidade cada vez mais aprimorada.

Para Dworkin, os tribunais não podem se furtrar à prestação da tutela jurisdicional: o juiz é obrigado a julgar de acordo com a lei, pois não há lacunas reais no ordenamento jurídico e não existe a “criação” do

36 DWORKIN, R. *Op. cit.*, p. 478.

37 DWORKIN, R. *Op. cit.*, p. 481.

38 DWORKIN, R. *Op. cit.*, p. 483.

direito pelo juiz, pois o ordenamento possui as respostas para os problemas jurídicos, principalmente ao se considerar a história da sociedade na qual estão inseridos.

Sob este ponto de vista, Dworkin pode ser considerado positivista, mas se diferencia de Kelsen, que representa o positivismo de estatuição, e de Hart, que ressalta a importância da interpretação do direito observando que o magistrado “cria” o direito. Dworkin busca o lugar em que o caso fático se coloca no mundo jurídico para depois verificar sua justificação e sua adequação: sua posição é de um liberal igualitário e sua obra tensiona constantemente os princípios da liberdade e da igualdade.

A visão do direito como integridade em Dworkin importa, para a construção da decisão judicial, em adequação e justificação (...). A decisão deve se adequar aos precedentes que compõem a história institucional da comunidade, ao mesmo tempo em que a justificação da mesma conduz à idéia de que ela possibilite que esta prática se torne a melhor que ela pode ser (o que, por sua vez, conduz à idéia de equidade).³⁹

As contribuições teóricas dos autores estudados nos limites desse trabalho partem de diferentes paradigmas, através dos quais se pode perceber como o direito vem sendo interpretado e aplicado ao longo da história. Cabe esclarecer que a aplicação do direito está mitologicamente impregnada com a idéia de realização da justiça, o que se quer desmistificar a seguir a partir da obra de Jacques Derrida.

4. A realização da justiça através da desconstrução do direito

A justificativa da sociedade para a aplicação do direito freqüentemente recai na busca da justiça, ou seja, o direito existiria com o objetivo de determinar a “decisão justa”.

Para Jacques Derrida,⁴⁰ o direito é dotado de “*enforceability*”, comumente traduzido como “aplicabilidade” ou “aplicação” para a língua

³⁹ KOZICKI. *Op. cit.*, p. 236.

⁴⁰ DERRIDA, J. Force de loi: le “fondement mystique de l’*autorité*”. *Cardozo Law Review*, v. 11, n. 5-6, july/aug. 1990, p. 924.

pátria. Entretanto, não é exatamente esse o sentido que o autor deu à expressão,⁴¹ mas sim significa que o direito tem a possibilidade de ser aplicado pela força autorizada, uma força que se revela já na origem do direito.

Essa força não é somente física e exterior, mas sendo simbólica do direito, é a sua marca instituinte. Para Derrida, o direito não é natural, mas criado pelo homem e, portanto, o ato que o institui é um ato de violência, que não é autorizada, nem desautorizada. A violência do direito se estende ao que “está por vir”, pois a ordem instituída produz os modelos para ler a realidade.⁴²

Nesse sentido, o direito é observado não porque ele é justo, mas porque ele tem autoridade. Como é algo criado e construído pela sociedade, pode ser desconstruído e é exatamente nesse momento de desconstrução do direito que emerge a justiça. A desconstrução traz em si uma idéia de desestabilização daquilo que está posto, isto porque a concepção de justiça em Derrida é que ela não é um caminho, mas sim uma aporia.⁴³ A justiça como uma experiência do impossível, do intangível, como uma aporia, pode ser entendida sob três aspectos, como explica Katya Kozicki.⁴⁴

A primeira aporia refere-se à idéia de *épokhè* e regra, ou seja, à necessidade de desconstrução do tempo presente. O sentido do texto da lei está permanentemente aberto, pois a origem daquilo que se apresenta não pode ser captada integralmente. A interpretação do texto no presente é feita no momento da leitura, mas ao mesmo tempo essa interpretação já está aberta para interpretações futuras, porque todo texto é um “não-texto”. Nesse primeiro aspecto, a justiça como aporia significa “[...] a justiça enquanto algo que **nunca é no presente**, mas resiste sempre enquanto **possibilidade de ser, no futuro.**”⁴⁵ (grifos no original)

41 Observar que Derrida confere grande valor à linguagem, cuja construção é também a construção da história da vida de uma sociedade.

42 DERRIDA. *Op. cit.*, p. 992.

43 DERRIDA. *Op. cit.*, p. 947.

44 KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese de doutorado. UFSC. Florianópolis, 2000. p. 219-224.

45 KOZICKI, Katya. *Op. cit.*, p. 219.

A segunda aporia configura-se como uma variação da primeira em relação à concepção de tempo e é significada pelo “fantasma do indecidível”. Como toda decisão representa uma escolha entre várias interpretações possíveis ou entre sentidos conflitantes, a decisão contém em si uma escolha impossível. A concepção de justiça para Derrida está fundamentada numa infinita responsabilidade ética para com o outro e a decisão se torna indecidível exatamente porque jamais consegue captar completamente a singularidade do outro.

O terceiro aspecto da justiça como aporia relaciona-se com a “urgência que barra o horizonte do conhecimento”.⁴⁶ A justiça é algo que não pode esperar, a necessidade de se tomar uma decisão ocorre no presente. Nesse sentido, a justiça não pode ser vista como um ideal que pode ser alcançado. Ao contrário, a idéia de justiça não se realiza no presente e não está no futuro: ela nunca se apresenta porque se encontra na infinita responsabilidade para com o outro, na verdadeira experiência da alteridade.

É essa ânsia da justiça, representada nessas três aporias, que faz dela um momento desconstrucionista do direito e que busca construir a política e o direito para além de seus prévios limites.⁴⁷

Para Kozicki,⁴⁸

a idéia de algo que está **por acontecer** representa a possibilidade da transformação, um **recriar**, **repensar**, **reformular**. Talvez seja a principal conclusão que se pode retirar da percepção de justiça como aporia, neste autor [Derrida]: a de que o fato de a justiça exceder as fronteiras do jurídico e do político, e o fato de que ela não é um elemento de cálculo, não pode servir como álibi para alguém negar a responsabilidade na busca da transformação das instituições que compõem a sociedade (grifos no original).

Nesse sentido, a interpretação e aplicação do direito têm um papel fundamental de mediação, não na realização da justiça, posto que é uma aporia, mas no compromisso de sua incessante busca.

46 KOZICKI, Katya. *Op. cit.*, p. 222.

47 DERRIDA. *Op. cit.*, p. 970.

48 KOZICKI. *Op. cit.*, p. 223.

5. O caráter mediador do direito na construção da esfera pública

Do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, a interpretação e a aplicação do direito através do estrito apego às normas leva ao positivismo jurídico na sua tríplice dimensão, conforme ensina Celso Lafer:⁴⁹ como modo de estudar o direito (não existe outro que não seja o direito positivo); como teoria (o direito se identifica com o Estado); e como ideologia (o direito é justo, independentemente da análise de seu conteúdo).

Essa postura tende a colocar todas as questões jurídicas como questões dogmáticas, preocupadas com a obtenção dos resultados, partindo do princípio da inegabilidade dos pontos de partida, sem a problematização de seus conteúdos, ou seja, sem levar em conta as questões zetéticas, que partem de premissas abertas e através da pesquisa colocam em dúvida essas premissas. Celso Lafer⁵⁰ afirma que há um risco político nessa atitude, pois pode afetar o espaço público da palavra e da ação, onde a capacidade de distinguir e de pensar é construída.

Para Hannah Arendt não existe nenhum local privilegiado para a ação política, pois existem múltiplas possibilidades de ação, múltiplos espaços públicos que podem ser criados e redefinidos constantemente. Nesse sentido, o modo como os juristas interpretam e aplicam o direito pode servir para manutenção de um certo estado de coisas: o reforço da esfera do social e do mercado, por exemplo; ou para a alteração com vistas à construção e ampliação do espaço público, entendido como espaço democrático de participação e de inclusão.⁵¹

Warat observa que os juristas têm uma compreensão heterônoma das significações do direito, forjando desse modo uma realidade imaginária – o que ele chama de “verdadeiro mundo de faz-de-conta instituído como

49 LAFER, C. O sopro do pensamento, o peso da vontade e o espaço público do juízo: dimensões filosóficas da reflexão política de Hannah Arendt. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 30, n. 114, p. 184-200, 1979.

50 LAFER, C. *Op. cit.*, p. 193.

51 A perspectiva de exclusão deve ser entendida não apenas como uma questão de pobreza material, como a ruptura com o mercado de trabalho (desemprego, sub-emprego, trabalho informal), mas principalmente como uma condição de não-equidade, de ruptura social e de perda de autonomia.

realidade natural do Direito”. Ao mesmo tempo, o autor explica que essa realidade imaginária é imprescindível para a própria configuração do direito na sociedade e pergunta: “como poderia interpretar-se a lei deixando de acreditar no efeito mágico de juízes imbuídos do atributo de neutralidade?”⁵²

Desse modo, a percepção da aplicação do direito como momento da desconstrução do fenômeno jurídico faz avançar o direito no sentido da busca da justiça, tal como Derrida a concebe. O julgamento deve sempre privilegiar o exercício de um direito, seja ele individual ou coletivo. Entretanto, não se pode olvidar que toda decisão escolhida entre as várias possibilidades enseja conseqüências políticas, que têm o poder de contribuir para a ampliação, ou não, do espaço público.

Destaca-se, assim, a necessidade do compromisso do direito com a justiça e a democracia. Para Kozicki,⁵³ o direito só pode dar respostas aos conflitos se for capaz de entender as diferenças intrínsecas ao processo de surgimento e agravamento desses conflitos. Na perspectiva da desconstrução, a justiça é entendida como aporia, o que evita a negação da responsabilidade do juiz através do mito de que o “direito é justo”, pois ao julgador bastaria seguir as normas, repetir ou reproduzir decisões anteriormente tomadas, sem maiores reflexões sobre cada caso em particular e estaria se realizando a justiça.

Ao contrário, ao se pensar a justiça como “a responsabilidade infinita para com o outro”, cabe ao juiz a realização efetiva do ato de julgar e a produção de uma decisão que não seja apenas a reprodução das regras jurídicas, mas que contenha em si um compromisso ético com a realização da justiça.

Ainda para Kozicki,⁵⁴ “o juiz deve assumir a responsabilidade de julgar, descobrindo e reinventando a norma ao mesmo tempo, de maneira que a decisão tente satisfazer ao chamado singular da justiça”.

Em complemento a essas idéias, a autora afirma que a tese da equivalência dos direitos corresponde à tese da equivalência das lutas democráti-

52 WARAT. *Op. cit.*, p. 120.

53 KOZICKI. *Op. cit.*, p. 224.

54 KOZICKI. *Op. cit.*, p. 251.

cas, através da qual deve se pensar todos os direitos e lutas como equivalentes e relevantes, não havendo um direito que seja mais importante que o outro. Nesse sentido, o espaço democrático se explicita no espaço público do discurso e da ação, onde os homens conseguem perceber sua condição de igualdade e, ao mesmo tempo, entender e respeitar suas diferenças.

O direito, através de sua interpretação e aplicação, como se procurou demonstrar, tem um papel decisivo na construção e na ampliação desse “mundo comum”. E no Brasil, palco das mais diversas desigualdades econômicas e sociais, o direito se reveste de especial importância, pois tem sido demandado a solucionar questões cada mais complexas oriundas dessa problemática.

Conclusão

Percebe-se que a perda do espaço público retira do ser humano a capacidade de elaborar sua “história comum”, construída através da possibilidade do confronto de idéias e de ações, numa esfera onde se reconhecem as igualdades e as diferenças, estabelecem-se os conflitos e os consensos, através de um processo dialético que leva à construção da democracia. Essa perda da noção de liberdade pública e o aparecimento de uma esfera onde não há reconhecimento da pluralidade humana podem levar à violência e à necessidade, reduzindo a vida ao seu ciclo mais rudimentar: apenas sua produção e reprodução.

Ao serem demandados a interpretar as normas e aplicá-las aos conflitos reais, os juristas devem estar situados histórica, social e economicamente, considerando o contexto e o processo dialético de geração das diferenças e desigualdades que originaram esses mesmos conflitos que são chamados a solucionar, dado o papel social atribuído ao direito.

Como conseqüência desses aspectos apontados, o direito e sua intrínseca característica de mediação podem servir para reforçar as desigualdades já existentes, ampliando a esfera do social e do mercado ou, ao contrário, contribuir para a busca da justiça e da democracia, alargando o espaço público onde liberdade e igualdade se fazem presentes na realização plena do ser humano.

Referências

- ALMEIDA, M. H. T. Hannah Arendt ou os caminhos de um pensamento inquieto na busca de uma vida pública. **Serviço social e sociedade**, São Paulo, ano XXI, n. 62, p. 169-187, mar. 2000.
- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- CASTRO, A. T. B. Espaço público e cidadania: uma introdução ao pensamento de Hannah Arendt. **Serviço social e sociedade**, São Paulo, ano XX, n. 59, p. 9-23, mar. 1999.
- COLLIOT-THÉLENE, Catherine. **Max Weber e a história**. Trad. Eduardo Biavatti Pereira. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- DERRIDA, J. Force de loi: le “fondement mystique de l’autorité”. **Cardozo Law Review**, v. 11, n. 5-6, p. 920-1045, july/aug. 1990.
- DWORKIN, R. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HART, H. L. A. **O conceito do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KOZICKI, K. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997.
- _____. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. Tese de doutorado. UFSC. Florianópolis, 2000.
- LAFER, C. O sopro do pensamento, o peso da vontade e o espaço público do juízo: dimensões filosóficas da reflexão política de Hannah Arendt. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 30, n. 114, p. 184-200, 1979.
- NOVA ENCICLOPÉDIA BARSA. São Paulo: Encyclopaedia Britannica do Brasil, v. 14, 1998.
- ORTEGA, F. Hannah Arendt, Foucault e a reinvenção do espaço público. **Trans/formação: Revista de Filosofia**, São Paulo, v. 24, p. 225-236, 2001.
- RAICHELIS, R. **Esfera pública e Conselhos de Assistência Social: caminhos da construção democrática**. São Paulo: Cortez, 1998.

REALE, M. **Filosofia do direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TELLES, Vera da Silva. Política e espaço público na constituição do “mundo comum”: notas sobre o pensamento de Hannah Arendt. In: **Direitos sociais: afinal do que se trata?** Belo Horizonte: UFMG, 1999.

WARAT, L. A. **O direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.