

EDITORIAL

Este número da Revista de Direitos e Garantias Fundamentais é contemporâneo aos 25 anos da Constituição de 1988. Trata-se de um marco considerável de existência, que merece algumas considerações.

Embora reflita um longo período de amadurecimento e conservação, talvez não seja esse o motivo principal para comemorarmos, pois já tivemos cartas mais longevas, a exemplo da imperial, que se sustentou por mais de seis décadas. Também não inovamos em muitos outros aspectos, pois ao longo da sua vida institucional, o país experimentou momentos democráticos e autoritários, tivemos cartas outorgadas e promulgadas, apresentou um quadro de expansão e de retração de direitos etc. Por outro lado, a ela não foi outorgado o título de “Constituição-Cidadã” sem razão. A Carta tem motivos claros para tanto, delineados no longo catálogo de direitos fundamentais e no desenho institucional da Nação em um formato que privilegia o princípio democrático de direito. O espaço é demasiado curto para justificar a minha assertiva. De qualquer forma, parece-me que o essencial não está na busca por um modelo correto, mas de um processo eficiente: uma Constituição que efetivamente constitua, uma pauta de valores que valha de verdade.

De fato, países recém-egressos de regimes autoritários buscaram purgar a mora em que incidiam no campo do respeito aos direitos humanos, inscrevendo-os nas suas cartas constitucionais, a fim de outorgar-lhes essa posição de preeminência, gravando-os com “cláusulas de eternidade”.

Deixando para trás um vergonhoso passado autoritário, a Carta de 1988 foi tocada por essa sensibilidade, reproduzindo a prática de incorporar ao seu texto essa extensa pauta, sem que, com isso, lograsse

romper com a sua tradição de inefetividade nesse campo, tal como o confirmam as precisas palavras de Bittar¹:

É evidente aos olhos a incapacidade do ordenamento jurídico brasileiro, e do Estado brasileiro, absorver todas as demandas por direitos humanos (incluídos na expressão os significados pertinentes aos direitos de primeira, segunda e terceira geração), ou torná-las razoavelmente administradas dentro de um contexto de francas desigualdades e cruéis diferenças sociais. A consequência imediata é a existência de um choque de brutais proporções entre o preconizado e o praticado, entre o prometido e o oferecido, entre a letra da lei e os fatos, entre a lógica do sistema formal e a lógica das ações sociais.

A trajetória dos direitos humanos no Brasil é o reflexo de um aparente contraste: de um lado, um ambiente desajustado, governado por elites oligárquicas que se sucedem no poder; e, de outro, um arcabouço teórico-normativo que parece paradoxalmente regular uma sociedade completamente distinta, rica em direitos e cidadania (com alguns momentos de flutuação, é bem verdade, mas sempre uma estrutura presente, sobretudo, no que tange aos direitos civis). Constituições semânticas é o que são. Desferem conteúdos que não sobrevivem na práxis social, “mimetismos teóricos e institucionais quase sempre divorciados da realidade vivida”². Esse descompasso repercute negativamente na sociedade, alimentando uma circularidade de descrença e renovações que nada renovam, favorecida por uma estratégia semântica dos direitos fundamentais.

O Direito na pós-modernidade é esse Direito em crise, que (re) clama por efetividade. Nesse matiz pós-moderno, instala-se a consciência da crise, mas procura-se superá-la dentro das amarras de um modo de agir e de pensar tradicionais.

1 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 287.

2 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 323.

Em que pese até aqui não haver qualquer novidade, o que surpreende é que a práxis dos tribunais e o academicismo de nossa (de) formação ainda se veem sustentados por essa dogmática. Insistem as cortes na utilização do método subsuntivo, que confunde a norma com o seu texto, como se fosse possível, pelos discursos de validade, compor um plexo de sentido, magicamente doado àquela entidade denominada lei, a abarcar a realidade, que é assim, capturada pelo enquadramento prévio de um sentido que não lhe pertence. Esse sequestro metafísico da realidade pelo positivismo de índole formalista, emblematicamente o denominou Streck de “exorcismo da realidade”³.

Esse modo de pensar submete o conhecimento a dois estratos distintos: o sujeito que conhece e o objeto conhecido. Ele depura a matriz metafísica, encaminhando o pensamento por um endereço supostamente seguro, único meio de ascender à essência “pré-dada” das coisas. Por tal via, desconsidera-se o papel construtivo do Direito, fixa-se um “horizonte de sentido” estatizante, que modela o raciocínio lógico-jurídico com base em arquétipos valorativos ideologicamente postos. Os sujeitos de direitos e aqueles encarregados da produção científica do Direito se inserem nesse contexto, sem percebê-lo. Aderem ao “senso comum teórico dos juristas”⁴, que passa a exercer o papel normativo, ideológico, retórico e político. Sufocam-se assim as possibilidades interpretativas, mascarando a crítica e o processo dialético, através da fixação de um horizonte de sentido pré-determinado. Essa realidade cede espaço ao poder da violência simbólica, que não coage o intérprete, mas o neutraliza, consagrando o universo do silêncio, silêncio eloquente, porque travestido de linguagem.

Por isso mesmo o método é o recurso de que necessitam os formalistas para poupar o advogado ou o juiz de um difícil confronto com a realidade empírica⁵. Não há sensibilidade para o apelo daquilo que se mostra, enquanto tal. Parece que se esquecem da advertência de Husserl para que se voltem às coisas mesmas.

3 STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: _____. (Org.). **Olhares hermenêuticos sobre o direito**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 329.

4 Cf. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto alegre: Sergio Fabris Editor, 1995.

5 Cf. POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 41.

A sensibilidade para o problema enceta o primeiro passo a caminho de uma nova postura, porquanto é dessa percepção que poderemos romper com esse estado de letargia dogmática⁶. E a partir daí é preciso que se dê maior alcance ao papel dos sujeitos no discurso linguístico, transmitindo a ideia de que é necessário ficar atento à superação do modelo substancialista do conhecimento, que restringe o papel da linguagem a uma função de permeio entre o homem e o objeto cognoscível, para ver nesse processo de significação, de que ela – a linguagem – é o centro, a própria expressão do ser e do mundo.

Já não há mais espaço para uma vontade da lei ou do legislador, como paradigma interpretativo. O foco agora é o sujeito, inserido na relação comunicacional. Estar atento a essa virada representa o meio pelo qual se poderá romper com o que aqui se denominou de silêncio eloquente, permitindo a abertura de um horizonte promissor para a compreensão dos direitos fundamentais e a sua efetiva realização.

Esse desiderato jamais será conseguido sem o concurso de uma reflexão apurada sobre o tema, que permita reencaminhar os seus fundamentos em meio a uma comunidade discursiva aberta, papel esse para o qual a Revista de Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória tem contribuído sobremaneira.

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Juiz Federal

Doutor em Direito Público (PUC-MG)

6 Convém recordar as palavras de Hölderlin e repetidas por Heidegger: “Wo aber Gefahr ist, wächst das Rettende auch”, ou seja, “No entanto, onde está o perigo, cresce também a salvação” (HEIDEGGER, Martin. Die Frage nach der Technik. In: **Vorträge und Aufsätze**. 2. ed. Gesamtausgabe 7. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2000. p. 29).