

EDITORIAL

O PAPEL TRANSFORMADOR DO DIREITO E AS POSSIBILIDADES DE SUA COMPREENSÃO ADEQUADA

Lenio Luiz Streck
Professor Titular da Unisinos e da Unesa

O século XX foi generoso com o Direito e a Filosofia. No Direito, o Segundo Pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um plus (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro.

Nesse novo paradigma, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política, isto é, a (quase) plenipotenciabilidade da política produziu um elevado déficit de direitos fundamentais. Essa circunstância engendrou a construção de um novo modelo de Direito e de Estado. Mais do que um remédio contra maiorias – e veja-se que nem para isso o constitucionalismo de antanho havia servido, bastando, para tanto, pensar nas experiências fascista e nazista –, a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou, em outras palavras, “fazer democracia por meio do Direito”. A Constituição passou a ser estatuto jurídico do político, com acentuado grau de dirigismo.

Já na Filosofia, o *linguistic turn* (invasão da filosofia pela linguagem) operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da compreensão (hermenêutica). A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa “interposta” entre um sujeito e um objeto, passa ao *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Esse giro hermenêutico, que pode ser denominado também giro ontológico-linguístico, proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo.

À revelia dessa revolução paradigmática, as pesquisas sobre a interpretação do direito em terras brasileiras continua(ra)m atreladas, de um modo ou de outro, aos cânones do esquema sujeito-objeto. Nesse contexto, a linguagem tem sido vista como um terceiro elemento que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Essa questão, aliás, levou Gadamer a fazer uma crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como um produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é: primeiro, conheço; depois, interpreto, para somente, então, aplicar).

Mais do que um *linguistic turn* – afinal, também o neopositivismo, com todas as suas insuficiências, enquadra-se nessa primeira viravolta –, ocorreu um giro ontológico-

-ontológico. Essa alteração radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas objetivista e subjetivista. Não há dúvida de que o conceito de mundo (ser-no-mundo) veio trazer a radical inovação de um *a priori* novo, que precede qualquer discurso, em lugar da ideia da objetividade e da subjetividade como elementos transcendentais/estruturantes de qualquer discurso (observe-se a dimensão dessa questão no plano do discurso jurídico, por exemplo). Trata-se, a toda evidência, de um conceito que descreve um acontecer que já/sempre envolve quem fala e aquele de quem se fala e que pode ser explicitado em seu funcionamento prévio (eis a introdução do mundo prático).

Essa autêntica revolução copernicana não foi apenas relevante para o Direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade. Aliás, quando falo em ruptura, quero acentuar um deslocamento daquilo que era pretendido nos e pelos paradigmas anteriores, cujos propósitos foram transformados em um mero elemento objetificador das condições de possibilidade que, apesar de terem seu sentido em uma epistemologia, labora(ra)m no equívoco do qual são o fundamento último, desconhecendo que há sempre um acontecer de uma compreensão prévia compartilhada em todas as formas transcendentais da metafísica. A partir daí, já não se fala em *fundamentum inconcussum absolutum veritatis*, e sim no compreender e nas suas condições de possibilidade.

É nesse sentido e no conceito de mundo que está a superação dos dualismos metafísicos. É por ele que entra o “modo-de-ser-no-mundo”. É por ele que os “conceitos plenipotenciários” do Direito sangram. Em outras palavras: penso que o Direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa! Ele não é uma mera racionalidade instrumental, como sempre quiseram as posturas positivistas e seus sucedâneos. Isso implica reconhecer que fazer Filosofia no Direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas deste estejam na mera interpretação dos textos jurídicos. Isso seria subestimar tanto essa ciência quanto a capacidade reflexiva dos juristas preocupados com um Direito que, fundamentalmente, possui um sentido prático-normativo.

Há vários modos de se captar-recepcionar essa fenomenologia. A teoria do discurso habermasiana, a teoria dos sistemas (Luhmann), as teorias argumentativas (com todas as diferenças que se possa ter em relação ao problema da ponderação, por exemplo), as teorias analíticas *stricto sensu*, a teoria integrativa dworkiniana e a hermenêutica filosófica. De um modo ou de outro, todas pretendem fornecer as condições para que essa revolução copernicana ocorrida no Direito possa bem ser compreendida.

Há, de certo (ou de todo) modo, um “inimigo comum” para essas novas teorias ou posturas antes delineadas. Com efeito, em um universo que calca o conhecimento em um fundamento último e no qual a epistemologia é confundida com o próprio conhecimento, não é difícil constatar que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do Direito no Brasil (perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como um (mero) saber operacional. Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na ideia de que “o processo/procedimento interpretativo” possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o

“exato sentido da norma”, “o exclusivo conteúdo/sentido da lei”, “o verdadeiro significado do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica”, etc.

O pensamento dogmático do Direito continua acreditando na ideia de que o intérprete extrai o sentido da norma, como se este estivesse contido no próprio texto da norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. Sem pretender simplificar o problema, é possível dizer que o saber dogmático-jurídico ainda continua refém de uma metodologia que não ultrapassou nem sequer a filosofia da consciência. O conjunto de técnicas trazidas pela expressiva maioria da doutrina tende a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito na sociedade, que faz soçobrar, com isso, a força normativa da Constituição. Isso sem falar na velha dualidade *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, sobre a qual não é necessário desperdiçar energias nessa quadra da história.

Ou seja, transformado em uma mera instrumentalidade formal, o Direito deixou de representar uma possibilidade de transformação da realidade, à revelia do que a própria Constituição estatui: a construção do Estado Democrático (e Social) de Direito. À toda evidência, essa circunstância produzirá reflexos funestos no processo de compreensão que o jurista terá acerca do papel da Constituição, que perde, assim, a sua substancialidade. Veja-se, a propósito, a dificuldade que os juristas têm em lançar mão da jurisdição constitucional; veja-se, por tudo, a inefetividade da Constituição, passados 25 anos de sua promulgação!

Não há como negar que a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma do Estado Democrático de Direito se torna fator decisivo para a inefetividade dos valores constitucionais. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista, e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os juristas (compreendidos *lato sensu*) não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora. Dizendo de outro modo: ocorreu uma verdadeira revolução copernicana na Filosofia, no Direito Constitucional e na Ciência Política, que demanda um conjunto de posturas aptas a desvelarem esse fenômeno.

É essa a tarefa da comunidade jurídica, mormente a dos meios acadêmicos. Por esse fato a importância das publicações qualificadas, periódicos que devem fomentar a pesquisa e a discussão. Por isso, a importância da Revista de Direitos Fundamentais, Espaço Jurídico Journal of Law (EJLL).

