XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PESQUISA E EDUCAÇÃO JURÍDICA

CARLOS ANDRÉ BIRNFELD

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P472

Pesquisa e educação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birnfeld; Horácio Wanderlei Rodrigues; Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-460-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Educação. 3. Análises jurídicas.

4. Reflexão. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PESQUISA E EDUCAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Em mais um Encontro do CONPEDI, tivemos a honra e prazer de coordenarmos mais uma vez o Grupo de Trabalho m - GT, cujos artigos aqui apresentamos.

Nesta versão do GT, tivemos a apresentação de 25 artigos, as quais foram intercaladas com debates após cada cinco artigos.

Aqui nos Anais do Evento, iniciamos com o artigo das autoras Hadassah Laís de Sousa Santana e Liziane Angelotti Meira, cujo título é A COMPREENSÃO E CONSTRUÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA AÇÃO DOCENTE DO PROFESSOR DO CURSO DE DIREITO A PARTIR DA COMPLEXIDADE E DA TRANSDISCIPLINARIDADE. O artigo analisa conteúdos de relatos de professores que refletem sobre a formação do professor de Direito a partir da complexidade e da transdisciplinaridade. Aborda o desenvolvimento e o envolvimento da atividade de pesquisa voltada para uma prática reflexiva, a partir da epistemologia transdisciplinar e a subsequente transformação dos sujeitos do grupo de discussão.

Em seguida, Priscila Petereit De Paola Gonçalves apresenta o artigo intitulado A FORMAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL REPUBLICANO: ASPECTOS DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO, no qual se utilizando de diferentes áreas do conhecimento busca apreender a formação jurídica no Brasil na Primeira República. Pretende interrogar se a crise do ensino jurídico seria atualmente uma depressão passageira numa formação outrora de excelência.

Vânia Ágda de Oliveira Carvalho e Émilien Vilas Boas Reis, pesquisaram sobre A NECESSIDADE DA RELEITURA DA AÇÃO EDUCATIVA PRESENTE NA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO PRÉ-REQUISITO AO ALCANCE DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. Constatam a necessidade de releitura da ação educativa presente nos pilares da educação ambiental, concluindo que os fundamentos da Paideia junto à análise dos pilares para além do ambiental corroboram para a releitura da ação proposta.

No artigo A SUPERAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO DE DISSECAÇÃO DE CADÁVERES: UMA PROPOSTA ARGUMENTATIVA ACADÊMICA RUMO À

EFETIVAÇÃO DE DIREITOS, Rogério Piccino Braga e Claudio José Amaral Bahia apontam que a superação do Estado “boca da lei” tem início nos bancos acadêmicos, com a formação de profissionais aptos e adequados à prática argumentativa do direito, o que enfrenta o problema da ausência da Teoria da Argumentação nas disciplinas de matriz das ciências jurídicas.

Por sua vez, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Luiz Manoel Andrade Meneses escrevem s obre A TÉCNICA DO COCHICHO NA DOCÊNCIA JURÍDICA. O artigo analisa as possibilidades de utilização da técnica do cochicho na metodologia de formação jurídica no Brasil e reforça a necessidade de superação da metodologia meramente expositiva hegemonicamente utilizada.

Na ANÁLISE SÓCIOJURÍDICA DO ESTUPRO A PARTIR DO ESTUDO DE UM FATO OCORRIDO NO INTERIOR DE SERGIPE OITOCENTISTA, as autoras Acácia Gardênia Santos Lelis e Renata Ferreira Costa Bonifácio apresentam a análise sociojurídica do estupro a partir de um fato ocorrido nos idos de 1883, no interior de Sergipe. Buscam analisar a historicidade cultural que envolve o estupro e avaliar o contexto sociojurídico sobre esse tipo de crime, especialmente no que concerne à percepção social do abuso sexual de crianças.

Com a finalidade de cotejar os efeitos da aplicação das metodologias ativas no ensino jurídico e o método tradicional expositivo, Wilton Boigues Corbalan Tebar e Mauricio Kenji Yonemoto apresentam o artigo APONTAMENTOS SOBRE OS EFEITOS DAS METODOLOGIAS ATIVAS NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZADO JURÍDICO: SUPERAÇÃO DO VETUSTO MÉTODO EXPOSITIVO. Na pesquisa os autores apontam que o processo de ensino e aprendizagem na época em que vivemos reclama uma nova forma de ensino jurídico para otimização e máxima efetividade deste processo educacional.

No artigo AS ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUE TUTELA O ENSINO MÉDIO E SEUS REFLEXOS NOS CURSOS JURÍDICOS: FOMENTO DA CRISE JÁ INSTALADA, Patricia Vieira De Melo Ferreira Rocha e Alicio De Oliveira Rocha Junior, analisam o impacto nos cursos jurídicos decorrentes das alterações sofridas pela legislação que tutela o ensino médio, demonstrando que delas decorreram o agravamento da crise que àqueles cursos superiores vem atravessando.

Adriana De Lacerda Rocha e Horácio Wanderlei Rodrigues relacionam, no âmbito da Educação Jurídica, o Professor Reflexivo, o Ciclo da Práxis Pedagógica (Ciclo) e o Planejamento Educacional no artigo intitulado CICLO DA PRÁXIS PEDAGÓGICA

REFLEXIVA E PLANEJAMENTO EDUCACIONAL. Buscam, a partir desses referenciais, demonstrar a necessidade do professor refletir sobre sua prática pedagógica, utilizando para isso o Ciclo, e planejar suas atividades didáticas, transformando o conhecimento acadêmico-profissional em conhecimento ensinável-aprendível.

No artigo intitulado CLASSIFICAÇÃO DAS PESQUISAS APRESENTADAS NO GRUPO DE TRABALHO SOBRE ENSINO DO DIREITO NOS EVENTOS DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), Mariana Moron Saes Braga e Rodrigo Maia de Oliveira avaliam e classificam as pesquisas apresentadas no grupo de trabalho sobre ensino do direito nos dois eventos promovidos pelo CONPEDI nos últimos cinco anos. Os resultados evidenciaram que as pesquisas produzidas neste grupo de trabalho são em sua maioria bibliográficas e de natureza qualitativa.

Em seguida Letícia da Silva Almeida e Thaís Campos Maria escrevem sobre o DESIGN DE APRESENTAÇÕES NO ENSINO JURÍDICO, no qual buscam discorrer sobre passos que um bom apresentador ou qualquer pessoa que deseja passar uma informação ou ideia precisa saber para atrair a atenção e olhares de seus telespectadores.

Maria Claudia Maia, por sua vez, apresenta o artigo EDUCAÇÃO JURÍDICA: AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DE ANTONIO GRAMSCI, no qual trata da educação jurídica no Brasil, sua crise e as possíveis contribuições do pensamento de Antonio Gramsci para sua crítica. Conclui que a educação jurídica, na grande maioria dos cursos se limita à formação tecnicista e dogmática e os ideais de Antonio Gramsci podem contribuir para a educação para a transformação social.

No artigo ENSINO JURÍDICO, CURRÍCULO E FORMAÇÃO DOCENTE: REFLEXÕES SOBRE AS POSSIBILIDADES EMANCIPATÓRIAS E CRÍTICAS NO/DO MOVIMENTO “DIREITO ACHADO NA RUA”, os autores Éverton Neves Dos Santos e Adeneele Garcia Carneiro, apresentam uma análise do modelo reducionista segregante, perpetuado no ensino jurídico, pautado no legalismo e no tecnicismo, fazendo com que o trabalho docente tenha sido entendido como a transmissão mecânica do conhecimento, o que não contribui para a formação integral de futuros operadores do direito, rumo à autonomia, à liberdade e ao espírito crítico.

Sérgio Pessoa Ferro e Maria Luiza Caxias Albano no artigo intitulado EPISTEMOLOGIAS DISSIDENTES NO PENSAMENTO DO DIREITO defendem que nenhuma interpretação

dos direitos humanos permanece descolada de um posicionamento por seu/sua enunciador/a e que é necessário à estruturação de métodos que permitam a construção de um discurso de direitos humanos deslocado de suas premissas modernas.

No artigo NANODEGREE COMO SOLUÇÃO COMPLEMENTAR PARA MELHORIA DA PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU NO ENSINO JURÍDICO, Glenda Margareth Oliveira Laranjo, constata que os cursos de pós-graduação lato sensu no Brasil foram criados com o intuito de capacitar profissionais em competências específicas para o mercado de trabalho, mas no formato atual não são efetivos. A autora propõe pelo método dedutivo uma reflexão para melhoria dos cursos lato sensu em Direito através do modelo dos cursos de nanodegree.

Gianmarco Loures Ferreira e Rebecca Forattini Altino Machado Lemos Igreja, em artigo que leva o título NARRATIVAS COMO METODOLOGIA CRÍTICA PARA O ESTUDO DAS RELAÇÕES RACIAIS NO DIREITO, propõem discutir as propostas metodológicas da Teoria Crítica da Raça - TCR no âmbito das pesquisas sobre as relações raciais no Direito, em especial as que se baseiam no uso de narrativas pessoais e biografias.

No artigo O CONSEQUENCIALISMO E A EXPERIÊNCIA, Ivan Kaminski do Nascimento, reflete que havendo falta de critérios objetivos na análise do consequencialismo com base na experiência, não se pode afirmar categoricamente que a experiência garante uma análise consequencialista precisa, sendo esta mais provável somente com a consideração de aspectos multidisciplinares.

Com o objetivo de verificar como a utilização de metodologias participativas no bojo específico do ensino do controle de constitucionalidade pode contribuir amplamente para o desenvolvimento das diversas habilidades e competências necessárias para o desenvolvimento dos alunos, Emanuel de Melo Ferreira apresenta o artigo O ENSINO PARTICIPATIVO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. Ao final, o autor demonstra como o processo de aprendizado dos mais variados temas do controle de constitucionalidade pode ser potencializado a partir do uso de tais técnicas.

Fruto de uma pesquisa empírica, Eduardo Pordeus Silva apresenta o artigo OXIGENAÇÃO E EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA FACULDADE DE DIREITO DE SOUSA – PARAÍBA: ANÁLISE DO PERFIL DOCENTE DO CURSO. A pesquisa realiza o mapeamento da realidade acadêmica da Faculdade de Direito de Sousa na Paraíba a partir da qual propõe uma reflexão crítica em torno da educação em e para os direitos humanos no ensino jurídico brasileiro.

No artigo intitulado o PAPEL DO DIREITO: RESPONSABILIDADE ÉTICA DE PROJEÇÃO COMUNITÁRIA, Elany Almeida de Souza, alerta para a análise crítica do cenário em que o Direito enquanto ciência está inserido na atualidade, buscando compreender como o sistema estabelecido ora se utiliza dele em sua natureza instrumental, ora como fim em si mesmo reduzindo-o a ótica do estrito legalismo.

Ao questionar POR QUE FAZER PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO, Jose Lucas Santos Carvalho e Márcia Carolina Santos Trivellato, apontam que a realização da pesquisa é um desafio para o pesquisador do Direito, pois exige habilidades que a formação acadêmica tradicional não oferece.

Valeria Jabur Maluf Mavuchian Lourenço e Vladmir Oliveira da Silveira utilizando o método hipotético dedutivo e pesquisa bibliográfica para analisar o trabalho Exame de Ordem em Números, apresentam o artigo QUALIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS EDUCACIONAIS. No artigo analisam a efetividade do direito à educação de maneira a questionar se o graduando nos cursos jurídicos tem sido contemplado com ensino de qualidade e de forma satisfatória para habilita-lo à aprovação no exame da Ordem.

Naiara Cardoso Gomide da Costa Alamy apresenta REFLEXÕES SOBRE A CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE NO ENSINO JURÍDICO A PARTIR DA OBRA DE PAULO FREIRE. No artigo, a partir do estudo das obras Educação como Prática de Liberdade (1964), Pedagogia do Oprimido (1968) e Pedagogia da Autonomia (1996), de Paulo Freire, a autora conclui que o ensino jurídico, como uma das manifestações do direito à educação, consiste em instrumento para a concretização da igualdade, sendo necessária a atuação concreta do Estado por meio das políticas públicas.

Deise Brião Ferraz e Carlos André Birnfeld apresentam REFLEXÕES SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO DO SÉCULO XXI PARA O DIREITO EDUCACIONAL. No artigo objetivam a investigação das principais contribuições do novo constitucionalismo latino-americano para o Direito Educacional, a partir de três de seus principais campos: o direito à educação, o direito de educar e o dever de educar. Tem por foco especificamente as Constituições de Equador (2008) e Bolívia (2009).

Por fim em artigo intitulado UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PROCESSO DE CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL, Fernanda Diniz Aires e Giovanna Rosa Perin De Marchi abordam o ensino jurídico do período imperial até o início da

república, pretendendo demostrar que o processo inicial de surgimento dos cursos jurídicos no Brasil ocorreu de acordo com os propósitos definidos pelas elites brasileiras, com forte intervenção estatal e eclesiástica, o que levou a consolidação de um ensino voltado aos interesses da minoria dominante. Por fim, destacou-se a necessidade de reflexão e formação crítica dos profissionais do direito, vinculadas à realidade social e aos anseios da sociedade.

Esperamos que tenham todos uma boa e produtiva leitura.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Imed)

Prof. Dr. Carlos André Birnfeld (FURG)

Profª. Drª. Samyra Haydêe Dal Farra Naspoli (Uninove)

PAPEL DO DIREITO: RESPONSABILIDADE ÉTICA DE PROJEÇÃO COMUNITÁRIA.

ROLE OF LAW: ETHICAL RESPONSIBILITY OF COMMUNITARY PROJECTION.

Elany Almeida de Souza [1]

Resumo

O presente artigo alerta para a análise crítica do cenário em que o Direito enquanto ciência está inserido na atualidade, buscando compreender como o sistema estabelecido ora se utiliza dele em sua natureza instrumental, ora como fim em si mesmo reduzindo-o a ótica do estrito legalismo. Reflete-se acerca da autonomia normativo-intencional do Direito perante a mera legalidade, retirando-o do contexto em que é convertido em instrumento a serviço de imperativos de poder em detrimento da essência primeira: o bem coletivo. O papel do Direito, está intrinsecamente ligado ao seu sentido autêntico e requer responsabilidade ética e de projeção comunitária.

Palavras-chave: Papel do direito, Responsabilidade ética, Poder, Projeção comunitária

Abstract/Resumen/Résumé

This article alerts to the critical analysis of the scenario in which law as science is inserted at the present time, trying to understand how the established system now being used it in its instrumental nature, either as end in itself reducing the optics strict legalism. Reflect for normative-intentional autonomy of law before the mere legality, removing it from the context where it is converted into an instrument of the power requirements of service over the first essence: collective good. The true role of the Law, is intrinsically linked to their true meaning and requires ethical and community projection responsibility.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Role of law, Ethical responsibility, Power, Projection community

[1] Doutoranda em Ciências Militares- ECEME. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria-UFSM. Advogada e Internacionalista. Correio eletrônico: elanyalmeidas@gmail.com.

INTRODUÇÃO

> "Os grandes inovadores éticos não foram homens que soubessem mais que os outros; foram homens cujos desejos eram mais impessoais e de maior âmbito que os homens comuns. A maioria dos homens deseja a sua própria felicidade; considerável percentagem deseja a felicidade de seus filhos; poucos desejam a felicidade da nação; e apenas alguns desejam a felicidade de toda humanidade."
>
> Bertran Russel

Compreender o Direito e os paradoxos decorrentes da atuação do mesmo como norteador da sociedade traz alguns desafios, sobretudo desvendar qual é seu real papel nos dias atuais. Busca-se questionar se as deficiências decorrentes da atuação do Direito e das frustrações de algumas expectativas geradas tanto em relação ao ensino do mesmo nas academias, bem como na sua função precípua, de proporcionar segurança coletiva em primeiro plano e a paz como fim último, podem ser revistas a partir de uma reforma ou refundação da jurisdição.

É inegável que o ensino jurídico para além da formação acadêmica e profissional é um processo educativo, cultural e científico e que deve ser desenvolvido de forma direta e inseparável da pesquisa e da extensão. É também instrumento de promoção do bem coletivo na medida em que por se tratar de processo emancipador proporcionado pelo conhecimento dos direitos e deveres do indivíduo, modifica a realidade local e global de acordo com o seu alcance, em especial por meio de ações edificadoras entre universidade e sociedade, além daquelas em que o Direito necessariamente permeia, isto é, atos e fatos que fazem pano de fundo para as relações sociais.

O ensino jurídico, por sua natureza específica, é uma via de mão dupla, onde o conhecimento que capacita tecnicamente também é aquele que irá emancipar o adquirente direto e a todos aqueles que o circundam. A sociedade pode ser campo fértil de desenvolvimento do conhecimento adquirido pela comunidade acadêmica, bem como oportunidade de troca de saberes. A desinformação e a dificuldade de acesso tem privado com grande freqüência a sociedade de participar ativamente no processo de distribuição de justiça, quer seja pleiteando o que lhe é devido ou exigindo o que lhe é assegurado.

Essa oportunidade pode ser oferecida pela comunidade acadêmica e ampliada para outros espaços públicos, sendo ela portanto, a porta de entrada para esse mundo de

ideias e transformações, e a extensão universitária a chave que lhe dá acesso.

A humanização do ensino jurídico pode ser sim uma forma eficaz de se alcançar um Direito ético e de projeção comunitária, na medida em que a abertura de espaço para um aprendizado baseado na troca de saberes, que permita a interculturalidade, o conhecimento e reconhecimento do próprio espaço e do espaço do outro através da história da sua origem, desenvolvimento e perspectivas de futuro, promove a construção de uma sociedade baseada na empatia pela existência de tudo aquilo que é externo ao seu próprio interesse, de maneira a se almejar uma sociedade que combata qualquer ato violador dos direitos humanos e forme assim cidadãos que tenham consciência de seus direitos e garantias fundamentais e sejam capazes de exercer sua cidadania.

A metodologia adotada segue o trinômio Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica, que se imbricam de forma sistêmico-complexa, proporcionando abordar o Direito em hamornia com outras áreas do saber, como as Ciências Exatas, Sociais Aplicadas e Ciências Humanas, o que reclama por via reflexa uma recriação do pensar jurídico-político e econômico, de modo a fomentar não só a refundação de sentido do Direito, mas também uma emancipação social, na mesma sicronia.

O presente artigo apresenta-se em três momentos estruturais. Primeiramente, a abordagem consiste em melhor entender o papel do Direito na sociedade, questionando se o problema está na sua estrutura ou função, tendo por base as lições de Norberto Bobbio e Castanheira Neves. Em um segundo momento, discutir-se-á à luz de Ovídio Baptista, acerca da formação jurídica e as relações de poder decorrentes do empoderamento do ensino jurídico. Em um terceiro ponto, demonstrar-se-á como o papel do Direito tem se dissolvido em simulacro à serviço do poder e como isso interfere necessariamente na concretização das garantias fundamentais, refletindo conjuntamente acerca do real sentido do Direito e da Jurisdição e sua responsabilidade ética de projeção comunitária.

1. O papel e sentido do Direito na sociedade – um problema de estrutura ou função?

Discutir se o problema do Direito está na estrutura ou na função, exige perquirir os ensinamentos acerca da teoria pura do direito de Hans Kelsen, etapa fundamental da

história do Direito, porém criticada e vista pelos jusnaturalistas, como limite último e protótipo do positivismo jurídico; para os realistas, como resultado do formalismo; e para os juristas soviéticos, como resultado da jurisprudência burguesa. A crítica mais pesada, vê também na teoria pura do direito, o resultado de todas aberrações de uma "...ciência que intenta substituir a metafísica, caindo no agnosticismo; nua empiria, condenando-se à esterilidade; a ideologia, sendo ela mesma uma ideologia mascarada." (BOBBIO, 2007, p. 183).

Contudo é imperioso reconhecer que a teoria pura do direito trouxe contribuições precípuas e de passagem obrigatória no estudo da teoria do direito, sobretudo traços essenciais quanto ao método, tanto com relação à perspectiva do objeto quanto à implantação teórica da disciplina. A dicotomia kelseniana reside exatamente na contraposição entre dois sistemas de representação da realidade, um fundado em relações de causalidade e o outro em relações de imputação (BOBBIO, 2007, p. 184 -185).

Kelsen ao estudar os motivos racionais e não racionais que determinam a conduta do homem em sociedade, na mesma linha de Max Weber, preconizou a separação entre pesquisa científica e programas políticos, bem como o impedimento de que os juízos de valor corrompessem a pura pesquisa, eis que ambos acreditavam que em uma sociedade dominada por forças irracionais, a ciência fosse a única

> "empreitada humana em que o domínio e a orientação da razão deveriam manter-se incontestáveis; e que, cabia ao homem de ciência a responsabilidade de preservar o saber científico das fés individuais e coletivas, dos sentimentos das concepções de mundo que não eram racionalmente, mas apenas praticamente, justificáveis (BOBBIO, 2007, p. 188-189).

A ideia de elevar a ciência do direito ao patamar das outras ciências, primando pela "objetividade" e a "exatidão" foi concomitante a um pensamento irracionalista dos valores, onde o anseio pela construção de uma teoria universalmente válida afastou qualquer possibilidade de juízo de valor que interferisse no âmbito do racional, sob pena, do contrário, ver fracassada a empreitada científica, haja vista que esta só é possível quando avalorativa. (BOBBIO, 2007, p. 191).

Nesse sentido, a teoria pura do direito defendida por Kelsen, rechaçando qualquer ideia de atribuição de valor ao estudo do Direito, defende que a justiça, como valor a ele relacionado, não é passível de ser submetida a qualquer forma de controle empírico ou racional, pois é um ideal irracional, daí a dificuldade de se definir objetivamente o que é justiça (BOBBIO, 2007, 191).

É exatamente nessa fronteira que mora o descompasso entre o direito que deve ser e o direito como de fato ele é, isto é, uma desconexão com a realidade do tempo e do espaço. Assim, a teoria pura do direito enquanto ciência, não responde o que é justo ou injusto tanto com relação à norma, quanto no que se refere a todo um ordenamento, pois se assim o fizesse, implicaria em adotar algum juízo de valor e assim comprometeria seu estudo enquanto ciência.

É nesse ponto que Kelsen critica severamente o jusnaturalismo, denunciando-o não como uma teoria científica, mas como uma ideologia, a racionalização póstuma de uma necessidade fundamental, que é no mais das vezes, a de conservar o *status quo*, sustentar, justificar e tornar absoluto o direito positivo, ou seja, a autoridade do Estado (BOBBIO, 2007, p. 192-194).

Nesse diapasão, Kelsen vê o direito não como um elemento dissociado do todo normativo, eis que não se reduz a uma característica afeta a uma ou a outra norma, mas sim na característica do conjunto de normas que perfazem o ordenamento jurídico, eis que "... direito (...) não é uma única norma, mas, sim, um sistema de normas, um ordenamento social, e uma norma particular deve ser norma jurídica apenas na medida em que pertence a tal ordenamento." (BOBBIO, 2007, p. 197).

A análise da totalidade funcional e da totalidade estrutural do direito estudada por Kelsen, perpassa por uma revisão e consideração da teoria dinâmica do ordenamento jurídico, ou seja, a análise da estrutura e da função são colocadas em contraponto. O ordenamento jurídico é um sistema dinâmico, uma vez que suas regras estão interligadas pelo modo como são produzidas e não pelo conteúdo, como ocorre em um sistema estático.

Em um sistema dinâmico, a norma pertence ao sistema quando é produzida de acordo com a norma fundamental e esse é o ponto de partida para a análise da estrutura do direito. Essa racionalização dos processos de produção jurídica evidencia a estrutura piramidal do ordenamento e a ratificação de que o Estado é o próprio ordenamento jurídico, eis que o poder é legalizado e apresenta certo grau de organização, isto é, a existência de órgãos, aparatos especializados, como o judiciário e o administrativo, que agem nos limites de regras gerais e abstratas postas pelo sistema (BOBBIO, 2007, p.198-204).

A análise estrutural do direito feita por Kelsen, não está nos conteúdos normativos, mas no modo pelo qual as normas estão interligadas umas às outras no sistema, restando evidente que a análise estrutural se deu em prejuízo da análise funcional.

Para Kelsen, o direito é forma de controle social, trata-se de uma concepção instrumental, de acordo com o relativismo ético e o irracionalismo de valores, o que demonstra que não importa o fim do ordenamento jurídico, pois sua natureza é de meio. O direito é técnica de organização social, dotado de meios coercitivos que induzam os membros de um grupo social a fazer ou não fazer algo, o direito é portanto, mecanismo coativo, que recorre, em última instância, à força e seus objetivos decorrem de um contexto ou circunstância (BOBBIO, 2007, p. 204-205).

A análise funcional do direito é variável e dinâmica, pois como meio e não como fim em si mesmo, dependerá do fim social a que se destina, e esse fim, segundo Kelsen, é um problema histórico, não um problema que possa interessar à teoria do direito, por essa razão, a análise funcional do direito logo se exauriu. Kelsen, porém, acaba por enfrentar a funcionalidade do direito quando afirma que o objetivo do direito é a segurança coletiva e a paz social e como essa busca pareceria aos seus olhos, inalcansável, assevera que tratar-se-ia de um fim mínimo, intermediário, ou seja, o direito tem um fim de valor instrumental, já que é condição preliminar para atingir outros fins (BOBBIO, 2007, p. 206-207).

Convém observar dessa análise de Kelsen, que a função exclusivamente protetivo-repressiva do direito por ele eleita, não caminha só nesse sentido, haja vista que atualmente o Estado não mais é indiferente à complexidade das relações em sociedade, que são influenciadas por diversos fatores, como a Economia, onde o Estado passa a assumir um papel também promocional, na medida em que não só controla o desenvolvimento econômico, mas também o dirige, seja com uma sanção negativa contra aqueles que transgridem ou ainda uma sanção positiva (incentivos) em favor daqueles que se adequam ao sistema. “Trata-se de passar da concepção do direito como forma de controle social para a concepção do direito como forma de controle e direção social.” (BOBBIO, 2007, p. 208-209).

Essas mudanças na função do direito não implicam em anular a análise da validade estrutural, eis que a construção do direito como sistema normativo dinâmico que é, não é abalado pelas revelações que dizem respeito ao fim do direito, pois reprimir ou promover determinado comportamento não tem qualquer relevância com a estrutura do ordenamento jurídico, pois a especificidade deste em relação a outros ordenamentos sociais permanece sendo a estrutura e não a sua função, eis que realiza-se na forma que é própria a um ordenamento dinâmico, pois como referido suas regras estão interligadas pelo modo como são produzidas (BOBBIO, 2007, p. 209-210).

O sentido do Direito e sua compreensão vai além da ideia jusnaturalista, que vê no direito a única lógica, como uma necessidade ontológico-antropológica, evidente resultado de uma perspectiva ahistórica. Sob o viés histórico, o direito é uma função histórica, função culturamente condicionada, não distingue a diversidade e adota, na mesma medida que o jusnaturalismo, a universalidade como solução. Na perspectiva da historicidade, propõe compreender a universalidade do problema do direito e a diversidade histórica de suas soluções (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 837-841).

As condições constitutivas da emergência do direito, perpassam pela condição mundanal, "O mundo é um e os homens nele são muitos", isto é, os homens compartilham o mundo uns com os outros e uns através dos outros, eis que o homem não ususfrui do mundo sem a mediação dos outros, daí a perspectiva de justiça a partir da existência de intersubjetividade e alteridade, onde o homem existe coexistindo, sobretudo porque a relação social postula a mediação pelo mundo e o Direito pressupõe a correlação entre vários sujeitos, é portanto uma bilateralidade atributiva. (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 841-844).

Essa mediação do comum mundanal da existência social aponta no sentido de que o princípio da moral está nos deveres, ou seja, no ponto de vista do outro ou no rosto do que o outro interpela (Levinas), enquanto que o princípio do direito está no ponto de vista do "eu", bem como nos deveres a partir do ponto de vista do outro e dos outros. Entender o homem, a complexidade que envolve suas relações e onde e de onde desenbocam o direito e suas especificidades, requer também compreender que o homem e sua vivência está compreendida num arcabouço de sentidos, sejam eles culturais, de ação, de uma vida ativa ou contemplativa (Arendt), sua abertura ou não para o mundo, sobretudo porque o homem é um ser que transcende e se transcende (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 844- 846).

Considerando que as sociedades podem ser pensadas tanto pelo modelo de equilíbrío e integração, bem como pelo modelo do conflito e de alteração, sob a concepção do "eu pessoal" ou do "eu social", tem-se que a coexistência comunitária revela uma sociedade em rede, que só se realizará na medidade em que os participantes comuniquem e constituam entre si algo de comum, existencial, social, manifestando uma específica e integrante unidade. E é exatamente na unidade que surge o problema na coexitência comunitária, eis que frente a "insociável sociabilidade" (Kant), os conflitos aparecem, vez que o comunitário se vê ameaçado pela ruptura e dispersão, divergência e

separação, e no aspecto macro, contradição e conflito no que respeita ao nível de interesse na fruição do mundo (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 854-857).

Nesse sentido, há que se ponderar que nem todas as ordens sociais são ordens de direito. O direito não é uma qualquer institucionalização, mas a instituconalização de uma certa índole, uma condição ética. O direito além de remeter à uma normatividade, também preconiza indisponibilidade e exigências onde os homens se reconhecem como sujeitos de direito e como sujeitos de direitos, passando do plano antropológico para o mundo da coexistência ética, eis que o ser humano só se personaliza quando ele se reconhece reciprocamente como pessoa, dotada de respeito e dignidade, e esse reconhecimento ocorre por meio de um diálogo ético (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 860-866)

Assim, embora o direito não seja ética, tem dimensão ética, pois funda a partir do reconhecimento do outro o princípio da igualdade, o que permite concluir que no plano ético, a liberdade e a igualdade são compatíveis e implicam uma à outra, em uma noção de responsabilidade (integração comunitária) chamada inclusive a responder por seus deveres em termos comunitários. Só se possui o direito portanto, com a instituição de uma validade e não como mero instrumento social de organização e institucionalização. A condição limite para que o Direito seja uma "alternativa humana" é que a realidade político-econômica constituída ou constituenda respeite os valores fundamentais, reflexos da índole histórica, da estrutura e dos conteúdos concretos da comunidade, reponda aos anseios da sociedade, sob pena de ordens sem que sejam ordens de direito. Imprescindível para isso que a pessoa humana tenha "direito a ter direitos" (Arentd), sendo este o capital e último direito fundamental do homem (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 866- 871).

A seguir, discorrer-se-á como a formação jurídica tem sofrido influência direta das relações de poder decorrentes do empoderamento do ensino jurídico e dos reflexos econômicos que influenciam as decisões e os moldes em âmbito acadêmico, e como esse sistema tem corrompido o verdadeiro sentido e papel do Direito.

2 – A formação jurídica e as relações de poder decorrentes do empoderamento do ensino jurídico.

Desvendar a complexidade que envolve a formação jurídica e as relações de poder decorrentes do empoderamento do ensino jurídico, reclama uma compreensão a priori dos vínculos existentes entre o sistema e as fontes européias de onde se alimentaram.

Essa busca se torna ainda mais essencial quando defronta-se com o paradoxo entre os sistemas teóricos e a prática forense, isto é, o direito que se pratica e o direito reproduzido pelas cátedras universitárias (BAPTISTA, 2004, p. 35).

Na *common law* os grandes doutrinadores são na sua maioria, magistrados, enquanto que no sistema continental europeu, a doutrina nasce da obra de teóricos e professores universitários. Some-se a isso, alguns pressupostos culturais como a formação do Estado na Europa que se deu através da doutrina da "separação de poderes", com a substituição dos direitos costumeiros medievais pelo direito produzido exclusivamente pelo Estado, antes pelos monarcas e posteriomente pelo Poder Legislativo (BAPTISTA, 2004, p. 35).

A separação entre a teoria e a prática trouxe para as classes dominantes tanto a sujeição do magistrado aos desígnios do poder, verdadeiro servo da lei, como também a centralização no que diz respeito a produção da norma, reservada exclusivamente ao legislativo, afirmação reiterada no sentido da perspectiva racionalista de alcançar a certeza do direito, soberanamente criado pelo poder (BAPTISTA, 2004, p. 36).

A busca por segurança jurídica advinda do racionalismo dos filósofos do século XVII por meio da metodologia das ciências da natureza ou da matemática, origem do normativismo moderno, transformou o ensino universitário e a doutrina vazia de "casos", porém cheia de "norma", com eliminação do "fato", mesmo havendo a plena consciência de que o Direito como ciência da compreensão, exista no "fato", interpretado hermeneuticamente. O ensino do "direito puro" apenas como norma, como axioma, não como problema, oculta do aluno a dimensão essencial da problemática do Direito, retira pois a oportunidade de conhecer para além das tradicionais respostas "certas", do processo da compreensão dialética, é consagrado mais uma vez o metódo matemático em toda sua crueza (BAPTISTA, 2004, p. 36-37).

A abstração dos manuais é sinônimo de "pureza" do direito, enquanto que a abordagem de experiência prática macula-o e foge do dogmatismo. O estudo da problematicidade, a partir da hermenêutica típica da ciência da compreensão representa um risco de ruptura com todas as falsificações da realidade inerentes aos baluartes do dogma, dentre eles a fantasia da doutrina de "separação de poderes" do Estado. (BAPTISTA, 2004, p. 37).

Consoante ensinamentos de Savgny, tem-se a geometrização do Direito, que pressupõe a renúncia à sabedoria da experiência e a atenção às diversidades dos casos individuais, não é por acaso a sistemática dos julgamentos de demandas repetitivas e em

bloco e a rechaça da análise da especificidade do caso e das questões probatórias, são reduzidas assim a uma simples operação de lógica dedutiva semelhante ao raciocínio matemático, da generalização do caso para a regra. (BAPTISTA, 2004, p. 39-40).

Essa crise não se dá apenas no âmbito da prática forense, mas também nas academias, há portanto, uma crise da metodologia universitária do Direito, onde em especial o processo civil, foi condenado a tornar-se ciência de medir, pesar e contar e o ensino do Direito transformou-se em um "mandarinato imperial de bacharéis" que mantém estreitos vínculos com o Poder, fazendo da ciência do Direito uma atividade mercantil (BAPTISTA, 2004, p. 40).

Carvalho (1893 apud BAPTISTA, 2004) ao distinguir o "verdadeiro advogado" do "obscuro humilde jurisconsulto" assevera que o primeiro "no silêncio de seu gabinete, estuda os meios de realizar a regra abstrata nas aplicaçõs concretas da vida" enquanto que esta ciência do Direito não encontra qualquer ligação com

> "a falsa ciência dos práticos que se crêem grandes jurisconsultos por serem muito entendidos em pequeninas fórmulas de processo e em todas as argúcias e estratégias forenses. Esses conhecedores dos cantos e recantos das salas dos passos perdidos da justiça e das câmaras e antecâmaras dos tribunais sempre existiram em todos os tempos, corvejando no meio das nobres pelejas dos que combatem pelo direito"(CARVALHO, 1893 apud BAPTISTA, 2004, p. 42).

Na mesma toada, Joaquim Nabuco (apud BAPTISTA, 2004) denuncia

> "... fazem-se contratos perfeitamente válidos, sem nenhum requisito moral; o direito mais puro pode ter razões impuríssimas, formar-se como a transparência do gelo sobre a água estagnada; há uma grande parte nele, em que a ética social manda atender à manutenção da lei, antes que à honorabilidade do fato" "(NABUCO, apud BAPTISTA, 2004, p. 43).

Michel Foucault (1976 apud BAPTISTA, 2004) ao denunciar os vínculos entre o Direito e o Poder chama atenção para o fato de que desde a Idade Média, a elaboração do pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do poder real e a ressurreição do Direito Romano foi "...efetivamente um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista." (FOUCAULT, 1976 apud BAPTISTA, 2004, p. 43).

Dessa relação estreita com o poder, resultaram algumas características como o isolamento do magistrado, o sufocante sistema de controle administrativo e recursal, a perda da legitimidade social dos juízes e o encastelamento do Poder Judiciário, que também inseriu-se no poder burocrático, próprio do Estado contemporâneo. Tratam-se portanto, de relações promíscuas de dominação e não de soberania, onde na academia há a resistência à autonomia científica.

A busca por um ideal burocrático de uma ciência jurídica uniforme, preocupada com estatísticas de produção científica, constitui em verdade um mecanismo de exclusão social com o fim de servir à preservação de interesses das elites profissionais, em nada contribuindo para a formação de autênticos juristas, reduzindo-se a fonte produtora de "cientistas" do Direito com aptidão única de servir de instrumento ao sistema, reproduzindo a lógica que justifica a relação estritamente dependente entre Direito e Poder (BAPTISTA, 2004, p. 45-47).

Reconhecer que esse paradigma encontra-se esgotado, implica em uma transformação, onde a Universidade deve preparar para "uma grande variedade de condições subsequentes imprevisíveis" dada a complexidade das transformações sociais em detrimento de um treinamento específico para uma tarefa que no futuro não mais exista, ou seja, ensinar a pensar e não conservar o passado (BAPTISTA, 2004, p. 49).

Sair do racionalismo servil de um normativismo grosseiro onde a redução metodológica elimina do currículo o caso e por consequência o fato, como elemento constitutivo do jurídico, é como dito alhures, deixar de sonegar aos estudantes a dimensão problemática inerente ao fenômeno jurídico.

A mudança do paradigma que reduziu o Direito à norma, próprio da cultura moderna e de seu pensamento geométrico exige conviver com a diferença e as incertezas indesejáveis ao racionalismo e reconhecer que não há imutabilidade, não há segurança jurídica. É desmistificar a ilusão outrora crível de um Direito despido de valores para trazer à tona e convocar a uma consciência dos compromissos sociais, onde o conhecimento consiste no fazer e não em ouvir o que os outros fazem, subvertendo a lógica dominante do Direito produzido pela vontade do soberano e consumido pela nação (BAPTISTA, 2004, p. 49-51).

A funcionalização dos juízes por meio da subordinação hierárquica e a tecnização do juízo jurídico, refletem como visto, no cientificismo, na sistematicidade, conceitualismo, abstração, formalismo e purismo, fazendo as vezes de aparelho ideológico do Estado, o que se concretiza na impermeabilidade dos juízes à mudanças.

É nesse viés que a Universidade tem seu papel de reformular essa realidade e abandonar sua função viciada de represadora de inovações, romper com a visão de uma ciência como braço do moderno império totalitário e reiteradora da formação do espírito do capitalismo . (BAPTISTA, 2004, p. 52-54).

A democratização da produção do direito pressupõe uma aproximação da realidade social e de seus problemas, requer uma nova maneira de lidar com as aporias, tais como justiça, utilidade, certeza, prudência, legitimidade, dentre outras que a experiência tanto do âmbito judiciário como da academia, permitindo assim uma verdadeira "aquitetônica jurídica". É imperioso reconhecer que os problemas do processo civil, como de todo o Direito decorrem da cultura do "capitalismo desorganizado" e arraiga-se na crise de legitimidade da democracia representativa. (BAPTISTA, 2004, p. 56).

Combater o individualismo, pilar da modernidade, e produto do impiedoso neoliberalismo, é também enfrentar a crise do Direito que teve seus institutos e um conjunto de categorias concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais, é desmistificar a dificuldade em lidar com direitos supra-individuais, com as ações coletivas, onde as categorias tradicionais estão esvaziadas e inaptas para esse fim.

3. Direito, um simulacro à serviço do poder e obstáculo para a concretização das garantias fundamentais.

A teoria geral do garantismo como modelo de direito e respeito à dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos fundamentais, sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, fazem parte de uma complexidade contemporânea, onde o Estado Democrático de Direito deve se sobrepor a mera democracia formal em busca uma democracia material. Para isso necessário diferenciar direitos e garantias (elemento garantidor e implementador), eis que é condição para a compreensão do modo com o qual o Constitucionalismo moderno, bem como as Declarações de Direitos Humanos delineiam o modelo de Estado, suas práticas e reflexos na sociedade (ROSA, 2009, p. 15-17).

Os direitos fundamentais são expectativas positivas ou negativas, que correspondem obrigações de prestação ou proibição de lesão, são as garantias primárias. Por outro lado, a reparação ou sancionamento judicial são garantias secundárias, que decorrem da violação das garantias primárias. Assim, em não ocorrendo garantias para a

efetivação dos direitos estar-se-á diante de uma lacuna que torna os direitos declarados inobservados.

Os direitos fundamentais são inclusivos e formam a base da igualdade jurídica, são indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, intransigíveis, personalíssimos e verticais, enquanto que os direitos patrimoniais são exclusivos, singulares e excludente dos demais, disponíveis, negociáveis e horizontais. Os direitos fundamentais são normas, já os direitos patrimoniais são regulados por normas. Os direitos fundamentais tem caráter publicista, do indivíduo para com o Estado, está na esfera do indecidível e os direitos patrimoniais são disposições de não lesão entre os particulares. (ROSA, 2009, p. 18-19).

Nesse aspecto, a Constituição ocupa importante papel na ampliação da esfera pública de direitos, conquistas e rupturas, eis que aponta limites e obrigações. A Constituição norteia o caminho da jurisdição e do discurso jurídico democrático na reinterpretação do Direito à luz dos princípios nela contidos, dá a concepção de validade e justiça evitando a arbitrariedade no campo da interpretação, bem alerta ao discurso que apenas conforta e transforma o sujeito um simulacro/objeto, sem capacidade de discussão de seu destino e à mercê dos detentores do poder.

A lei sem as orientações constitucionais carrega o perigo da legitimidade inscrita no simbólico e dos elementos que constituem esse símbolo. Nesse sentido, verifica-se que o jurista que atende apenas aos ditames da lei, sob a perspectiva especialista e sem buscar na constituição os parâmetros, acaba por ignorar que está a propagar a submissão de uma manipulação universal para a ordem da lei, ou seja, de um estratagema manejado para a construção de uma ilusão coletiva, verdades sociais marcadas pelo poder (ROSA, 2009, p. 20-28).

A crítica está exatamente no fato de que dada a complexidade das relações sociais, políticas, econômicas e seus reflexos no Direito, não é possível entender a partir de um “amontadoado de leis” (Zizek) a estrutura básica do mundo, sobretudo porque se dão em um espaço e tempo cambiável e sofrem inevitavelmente uma violência simbólica (Bourdieu) decorrente do poder estabelecido. Por essas razões, as discussões sobre as possibilidades científicas do Direito na prática judical, não podem ser verificadas e decididas por um ato e conhecimento isolado, desprovido da compreensão de toda essa complexidade, pois assim estar-se-ia diante mais uma vez a ciência jurídica “com seus métodos hermenêuticos de produção de verdade” reiterando a banalização interpretativa, a valorização do ritual, passível de manipulações ideológicas. (ROSA, 2009, p. 28-29).

Não há portanto, silogismo perfeito. Logo, as decisões não podem ser frutos de um positivismo lógico, embora seja por ele fortemente influenciado. O ator jurídico não pode estar alheio ao desenrolar ideológico e das armadilhas dele advindas, precisa sobretudo compreender o papel e a força de cada elemento simbólico e de poder, situar-se e situar o objeto de análise no espaço e no tempo de origem e desenvolvimento de cada um, a fim de compreender a partir de uma percepção própria e não por um paradigma de sujeito universal, mas sim de perspectivas. (ROSA, 2009, p. 30-34).

3.1 Vínculo entre Direito e Política - As relações diretas, necessárias e dependentes entre o legislador, sociedade e o juiz: ativismo judicial?

O ativismo judicial no Brasil teve seu crescimento e intensidade a partir da Constituição de 1988, momento de ruptura com um regime ditatorial, ambiente democrático e propício na busca pela concretização dos direitos dos cidadãos, anteriormente não contemplados. Inaugurava-se assim uma noção de constitucionalismo democrático onde a atuação do judiciário passa a ter uma perspectiva ativista a fim de concretizar direitos, isto é, a concepção do ativismo judicial como característica própria da jurisdição (TASSINARI, 2013, p. 25-26).

Entender o fenômeno do ativismo judicial, implica diferenciar ativismo judicial e judicialização da política. Nesse sentido, é preciso analisar a interação entre Direito, Política e Judiciário, eis que o constitucionalismo traduz-se como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), que se realiza por meio das Constituições (TASSINARI, 2013, p. 28-30).

A judicialização do sistema político também foi reflexo de outras externalidades ocorridas em escala mundial, como por exemplo a constitucionalização do Direito no pós segunda guerra, a legitimação dos direitos humanos, bem como as influências dos sistemas norte-americanos e europeus que já haviam trilhado o mesmo caminho. A América Latina em geral não acompanhou na mesma cadência e simultaneidade esse rearranjo e forma de conceber o Direito, pois estava imersa em regimes ditatoriais, ocorrendo apenas com o fim destes.

E é exatamente em razão da passagem da concepção de Estado Social para o Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário, que exurge uma forte judicialização da política e um ativismo judicial. Verifica-se portanto, nesse contexto, uma maior interferência e participação do

Estado na sociedade, como numa reação à inércia dos demais Poderes, onde a jurisdição passa a suprimir as lacunas deixadas, ou seja, o Judiciário assume então o papel de definir padrões a serem respeitados (TASSINARI, 2013, p. 31-32, 40-41).

A mudança dessa judicialização como questão social não está relacionada necessariamente com o desejo ou a vontade do órgão judicante, eis que é consequência e não causa. Pressupõem medidas que envolvem o comprometimento de todos os poderes constituídos em garantir os direitos constitucionalmente reconhecidos, retirando-os do viés apenas programático e implementando-os, de maneira que diminuam as litigiosidades advindas de uma sociedade de massa que judicializa as relações sociais, busca a tutela de direitos coletivos e difusos, mas em contrapartida, busca por efetivação predominantemente pela via do litígio individual. (TASSINARI, 2013, p. 31-32, 44-47).

A crítica reside no fato de que não deve o Judiciário assumir as funções do governo, de controle incidente sobre as políticas de ação social deste. Compreender a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política, preconiza considerar: a) existe sim um vínculo entre Direito e Política, que contudo, não autoriza por si só a existência de ativismos judiciais; b) judicialização da política é um fenômeno contigencial, eis que surge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de tribunais e juízes, enquanto que o ativismo judicial tem relação direta com a postura do Judiciário para além dos limites constitucionais (TASSINARI, 2013, p. 35-37).

A judicialização da política é fenômeno contigencial, enquanto que o ativismo judicial traduz-se na conduta do Judiciário de extrapolação de seus poderes. A judicialização não é portanto, um fruto do sistema jurídico, não é próprio do Direito, é um problema que não pode ser evitado mormente se for considerado que a sua superação não depende de uma estratégica de controle e reformulação jurídica, pois tem viés social e político, desponta de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia na implementação desses direitos fora da jurisdição, questões que tem relações diretas, necessárias e dependentes. (TASSINARI, 2013, p. 54-56).

3.2 O sentido do Direito e da Jurisdição - responsabilidade ética de projeção comunitária.

O poder judicial e sua função, bem como a jurisdição tem sido estudado nos últimos anos como um problema central no âmbito jurídico. A recompreensão e valorização do poder jurisdicional e do papel do juiz reclama uma nova perspectiva face

a modernidade, sobretudo pelo sentido e as consequências que a mesma trouxe à sociedade.

Nesse sentido, importante analisar que a função judicial, tornou-se um objeto, fim em si mesmo "É como se o próprio apelo e importância atribuídos à jurisdição em geral viesse a revelar na jurisdição existente a falta da jurisdição para que se apela". Verifica-se que embora não se possa negar os problemas estruturais, é forçoso reconhecer que trata-se principalmente de um problema de sentido da jurisdição (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 1-2).

Dado esse cenário, cogita-se estar-se diante de uma crise do juiz e uma crise da justiça, fruto da reflexão moderna quanto à razão, que por atuar em um palco de consumação histórico-cultural de um sistema posto, sofre a perda contextual de sentido e referências, tendo por esgotado o paradigma. Por essa razão, mais uma vez se afirma, que o problema não encontra-se na estrutura, mas no sentido, pois a primeira tem o papel de organizar e permitir o funcionamento, porém só o sentido é capaz de fundar e sustentar o aspecto constitutivo da essência.

Reclama-se nesse viés, uma crítica que reflita uma refundação de sentido, uma realização do direito em sentido normativamente material e não apenas lógico dedutivo formal, isto é, mostrar-se adequado concretamente ao mérito problemático dos casos decidendos justificando-se nos valores axiológicos normativos (valores e princípios) que conferem sentido normativo material ao próprio direito em uma conexão *lex scripta* e *ius nos scriptum*, sobe pena de ver-se diante de uma realidade jurídica que já não corresponde ao seu objetivo intencional, norma obsoleta. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 2-3, 8-9).

Os problemas que devem ser enfrentados são tanto de ordem estrutural/externo como de prisma intencional/interno. Os primeiros são problemas diretamente-político constitucionais, problema institucional (de autogoverno) e de legitimação decisória, o problema estatutário (estatuto dos juízes) e o funcional *ad hoc* (as expectativas culturais, políticas e técnicas que a sociedade tem quanto à atividade jurisdicional). Em segundo plano, mas não de menor importância, são os de âmbito intencional/ interno que é exatamente o problema de sentido que toca a essência e não a forma, por isso é o único de fato decisivo, pois enquantos os primeiros são condições de possibilidade para a jurisdição, é no problema interno/intencional que residem os momentos constitutivos.

A compreensão do direito não pode se reduzir mais a ótica do estrito legalismo, mas deve recuperar sua autonomia normativo-intencional do direito perante a mera

legalidade, pois do contrário corre-se o risco de perder a autonomia intencional e material, convertendo-se em instrumento apto a atender isoladamente interesses de particulares características prescritivas e institucionais, de forças políticas, sociais, culturais e econômicas, transformando-se o direito em mera ferramenta do poder estabelecido em detrimento da essência primeira que é o bem coletivo (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 3-5 e 17).

Consequências estas da modernidade, onde as categorias de ação e do comportamento da relações pessoais e institucionais primam pelo útil, pela funcionalidade, pela eficiência e performance, em detrimento do bem, do justo e da validade axiológica material. Essa radical instrumentalidade sendo ora o direito puramente política no funcionalismo político, ora mera tecnologia ou administração no funcionalismo social e econômico, leva-se a considerar que apenas a opção antropológica-cultural será apta e dela dependerá o real sentido do direito e inclusive a sua própria subsistência autenticamente como direito (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 24-31 e 43).

Essa aptidão a conferir "o direito ao direito"(Arendt), verdadeiro, o último e decisivo direito do homem, reclama que o direito se assuma no seu sentido autêntico, não seja reduzido a imperativo de poder, meio técnico a serviço de estratégias, mas principamente validade em que a axiologia e a responsabilidade do homem se manifestem. Esse o papel do Direito, a responsabilidade ética de projeção comunitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Democratizar o conhecimento acadêmico deve ser também um dos objetivos da educação e sobretudo do Direito, pois através de ações integradas e harmônicas entre os diversos agentes promotores do saber é que será possível desenvolver e aprimorar conhecimentos intelectuais e pessoais de toda a comunidade acadêmica e da sociedade que a circunda. A imersão na realidade local e regional é necessária a todo pesquisador, sobretudo em tempos em que os interesses individuais vem soprepondo o bem coletivo, em total violação ao principio da igualdade gerando uma desoladora desigualdade social.

Diante desse cenário, se torna de grande relevância que a comunidade acadêmica possa dar sua contribuição antes mesmo que seu produto do conhecimento se torne mero objeto de especulação no mercado de capitais, ou seja, que o lucro seja seu único fim. Nesse sentido, se é verdade, como afirmava São Tomas de Aquino, que "a essência da

justiça é a igualdade", é possível então asseverar, que para haver igualdade é necessário dar condições de igualdade, inclusive em todos os seus aspectos, isto é, é preciso dar conhecimento aos cidadãos dos seus direitos e garantias fundamentais, de como execer sua cidadania, e para isso é preciso ter acesso não apenas à educação de base, mas também a espaços que lhe proporcionem a interdiciplinaridade de diversos campos do saber, esse também o papel do Direito.

Não há dúvidas que a comunidade acadêmica possui grande virtude e vantagem face às demais instituições, uma vez que tem a função básica de produtora e socializadora do conhecimento, podendo intervir na sociedade, estimular acordos e ação coletiva entre universidade e população. A universidade deve estar preocupada com a construção de uma sociedade menos desigual, buscando soluções por meio das pesquisas básica e aplicada, fomentando assim o processo ensino e aprendizagem, fazendo a diferença, intervindo e contribuindo para o desenvolvimento da sociedade.

A responsabilidade ética de projeção comunitária do Direito dentro e fora das academias, e de seus operadores está exatamente em fazer dele, o Direito, um instrumento a serviço do bem coletivo. É fazê-lo ferramenta de empoderamento social, apto a combater os sistemas totalitários e e lógicas reprodudoras de poder econômico.

Como instrumento meio que é, não pode satisfazer-se com os fins impostos pelo poder estabelecido, deve, como uma correlação de dependência necessária, atender sim ao seu fim primário que é o bem coletivo, deve sim sobrepor-se aos anseios dos mandatários e prepostos de sistemas totalitários e esmagadores dos direitos fundamentais.

O Direito não deve ser um fim em si mesmo a ponto de reduzir-se a um amontoado de leis que desaba frente ao poder como um castelo de cartas, deve ter autonomia normativo-intencional perante a mera legalidade, deve ser instrumento a serviço do bem coletivo. O verdadeiro papel do Direito, como demonstrado, está instrinsecamente ligado ao seu sentido autêntico e requer uma responsabilidade ética e de projeção comunitária.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2007, p. 181-210.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Os juristas e o poder. In: Processo e ideologia.** Rio de Janeiro, 2004, p. 35-22.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito**: ou as condições da emergência do direito como direito. In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Entre o «legislador», a «sociedade» e o «juiz» ou entre «sistema», «função» e «problema»** – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. LXXIV. Coimbra, 1998. p. 1-44

ROSA, Alexandre Morais da. **Estado democrático de direito, hermenêutica da Constituição e decisão judicial.** In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a law & economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.15-34.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23-64.