

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS- UNISINOS
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

**A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONHECIMENTO JURÍDICO: EM
BUSCA DE UMA NOVA CULTURA PARA O DIREITO**

SAMUEL MÂNICA RADAELLI

ORIENTADOR: JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS

São Leopoldo-RS, Dezembro de 2006

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS- UNISINOS
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

**A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONHECIMENTO JURÍDICO: EM
BUSCA DE UMA NOVA CULTURA PARA O DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do Vale do
rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em
Direito.

SAMUEL MÂNICA RADAELLI

ORIENTADOR: JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS
São Leopoldo-RS, dezembro de 2006

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

R124f Radaelli, Samuel Mânica
A função contitucional do conhecimento jurídico: em busca de
uma nova cultura para o direito / por Samuel Mânica Radaelli. --
2007.
148 f. ; 30cm.

**Dissertação (mestrado) -- Universidade do
Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito,
2007.**

**“Orientação: Prof. Dr. José Luiz Bolzan de
Morais, Ciências
Jurídicas”.**

1. Ensino do direito - Constitucionalismo. 2. Conhecimento

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS- UNISINOS

Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Direito

A dissertação intitulada: “A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONHECIMENTO JURÍDICO: EM BUSCA DE UMA NOVA CULTURA PARA O DIREITO” elaborada pelo aluno Samuel Mânica Radaelli foi julgada e aprovada pelos membros da Banca Examinadora, para obtenção do título de Mestre em Direito.

São Leopoldo, Dezembro de 2006.

Prof. José Luis Bolzan de Moraes
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação

Apresentada à banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Luis Bolzan de Moraes.

Membro: Dr. Albano Marcos Bastos Pepe

Membro: Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender

Ao meu irmão Sandro parceiro na vida e no sonho.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Sergio e Inês e meus irmãos Idiane e Sandro, pelo apoio e o carinho.

À Débora pelo amor e pelo companheirismo.

Aos professores do mestrado, pela dedicação e pela aprendizagem, em especial ao meu professor orientador José Luis Bolzan de Moraes, por todo estímulo e pela atenção dispensada.

Ao PPGD pela formação dada e oportunidade de acessar sofisticados conhecimentos jurídicos e humanistas.

À Unisinos pela Concessão da Bolsa de Filantropia, e pela estrutura acadêmica que possibilitou minha formação.

Aos tios Tânia e Roque Radaelli, pelo apoio e o estímulo de sempre.

Ao amigo Cladir Neuhaus, pelo auxílio desde a minha chegada ao Vale dos Sinos.

Há quinhentos anos que os juristas tomam parte em todos os movimentos da sociedade política européia. Algumas vezes foram instrumentos das autoridades políticas, outras vezes fizeram daquelas autoridades instrumentos seus. Homens que fizeram estudos essenciais das leis e dali derivaram hábitos de ordem, um gosto pelas formalidades e um amor instintivo pela concatenação regrada das idéias são natural e fortemente opostos ao espírito revolucionário e às paixões da democracia. Escondido no fundo do coração de um jurista encontram-se os gostos e hábitos da aristocracia. Compartilham sua preferência instintiva pela ordem e seu amor natural pelo formalismo, como ela, cultivam um grande desprezo pelo comportamento das multidões e secretamente desprezam o governo pelo povo. Sempre que os nobres quiseram que os advogados dividissem com eles alguns de seus privilégios, as duas classes encontraram muitas coisas que facilitaram seu acordo e, por assim dizer, concluíram que pertencem à mesma família. (Aléxis de Tocqueville, A Democracia na América)

Resumo

As transformações ocorridas no Direito, provocadas pelo constitucionalismo contemporâneo estabelecem novas funções ao jurista, em razão destas novas funções, o jurista prescinde de novas habilidades, que o tornem apto ao exercício destas novas funções.

O desenvolvimento destas habilidades, por meio do ensino jurídico, o qual necessita adotar um caráter transdisciplinar, disposto a consolidar uma formação que desenvolva no bacharelado um horizonte teórico que possibilite a ele a construção de uma nova prática, constitucionalmente adequada.

Neste intuito, a produção de conhecimentos jurídicos pode ser um instrumento importante, a medida que colabora na construção de uma nova cultura jurídica, embasada pela dinâmica constitucional, sua proposta ético-política e seu projeto de sociedade. Esta nova cultura jurídica de orientação constitucional, evoca uma nova prática jurídica, a qual irá refleti-la no cotidiano da vida jurídica.

Em razão deste esforço em trazer a Constituição para a atuação prática, é que a produção de conhecimentos jurídicos, precisa voltar-se para a formação das habilidades subjetivas do bacharelado.

Palavras-chaves;

Constitucionalismo- ensino do Direito- cultura constitucional- Teoria do Direito- conhecimento jurídico.

Abstract

The occurred transformations in the Law, provoked for the contemporary constitutionalism establishes new functions to the jurist, in reason of these new functions, the jurist dispense with new abilities that become it apt to its exercise of these new functions.

The development of these abilities, by means of legal education, which needs to adopt a transdiscipline character, prepared to consolidate a formation that develops in bachelor a theoretical horizon that makes possible it a construction of a new practical, constitutionally adjusted.

In this intention the production of legal knowledge can be an important instrument, the measure that of its contribution in the construction of a new legal culture, based for the constitutional dynamics, its proposal ethical-politics and its project of society. This new legal culture of constitutional orientation evokes a new legal practical, which will go reflect it in the daily of the legal life.

In reason of this effort in bringing the Constitution for its effectiveness, it is that the production of legal knowledge needs to turn itself toward the formation of the subjective abilities of bachelor.

Word-keys;

Constitutionalism - education of the Law - constitutional culture - theory of the Law - legal knowledge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A TRAJETÓRIA DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL E A CRÍTICA EPISTEMOLÓGICA	15
1.1 A TRAJETÓRIA DO ENSINO JURÍDICO	15
1.1.1 A influência portuguesa	16
1.1.2 A construção da universidade brasileira e a consolidação Estado Nação (1827-1930)	18
1.1.3 As reformas e a disseminação da universidade (1930-1961)	22
1.1.4 A disseminação da universidade e dos cursos de direito como estratégias de desenvolvimento e a mercadorização do conhecimento jurídico (1961 até atualidade)	24
1.1.5 O quadro atual da formação jurídica no Brasil	27
1.2 EPISTEMOLOGIA JURÍDICA NO CONTEXTO DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO	33
1.2.1 A Teoria Pura e a definição científica do Direito	33
1.3 CRÍTICA A PUREZA METODOLÓGICA, REVISÃO EPISTEMOLÓGICA E DOGMÁTICA	39
1.3.1 Crítica à dogmática e revisão de suas possibilidades	41
1.3.2 Constitucionalismo e a redefinição epistemológica do Direito	49
2 AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E DO DIREITO: AS NOVAS FUNÇÕES DO JURISTA	54
2.1 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	54
2.1.1 Estado liberal	54
2.1.2 Estado social	57
2.1.3 Estado democrático de direito	59
2.2 CONSTITUCIONALISMO E REALIZAÇÃO DO DIREITO	63
2.2.1 A Afirmação histórica do constitucionalismo	63
2.2.2 A dimensão político -normativa da Constituição	66
2.2.3 O constitucionalismo dirigente	70

2.2.4 Concretização constitucional: novas funções à jurisdição e ao jurista	75
3 A FORMAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: OS CONHECIMENTOS E AS HABILIDADES NECESSÁRIAS À ATUAÇÃO DO JURISTA	88
3.1 RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL E AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS AO ENSINO JURÍDICO	88
3.1.1 Cultura Constitucional : o imaginário dos juristas desafiado	90
3.1.2 Ensino do Direito para a Constituição	102
3.2 TRANSDISCIPLINARIEDADE E PRODUÇÃO DE CONHECIMENTO NO DIREITO	106
3.2.1 Transdisciplinariedade e as (novas) DCNs para os cursos de Direito	110
3.3 UM NOVO JURISTA!	115
3.3.1 a condição intelectual do jurista	117
3.3.2 Por um novo imaginário dos juristas: reforma do pensamento e a redescoberta da sensibilidade pela alteridade	122
3.3.3 formação jurídica e produção de subjetividades	126
3.3.4 Por um Habitus republicano	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	139

INTRODUÇÃO

O Direito na atualidade requer uma nova compreensão, pois os conhecimentos que embasam as instâncias regulativas de nossa sociedade passam a exigir um novo dinamismo, pautado pela constitucionalização da vida jurídica, tarefa que revela o atual protagonismo dos juristas.

As transformações ocorridas no Direito ao longo do século XX, apresentam por um lado a dimensão epistemológica do positivismo que afasta a possibilidade do conteúdo ético do Direito, ser condição determinante para sua validade. Diretamente oposta a esta perspectiva, a evolução do constitucionalismo reafirma a dimensão ético-política da esfera jurídica, propondo cada vez mais, conteúdos que afirmam o valor da vida humana como sendo o bem superior, o qual torna-se o centro e a finalidade da ação estatal. Contudo, ainda em nosso país o constitucionalismo não assumiu totalmente a sua dimensão normativa, fator que impede sua eficácia, negando a sua inserção permanente em nossa sociedade, estando ainda distante do modo de fazer justiça, no cotidiano dos juristas, possuindo um caráter retórico e pouco efetivo, principalmente para as camadas mais distantes da dignidade humana.

Em razão de não aderir ao paradigma proposto pela Constituição, a comunidade jurídica é marcada pela pobreza do imaginário dos juristas, os quais ainda não conseguem construir reflexões que motivem atitudes mais inovadoras, adequadas à realidade que os envolve. Diante desta falta de atitude, há necessidade do jurista contemporâneo livrar-se do enleio legalista, que o torna atento aos procedimentos, mas descuidado aos desafios éticos impostos à civilização contemporânea, sob pena de arriscar o sentido contemporâneo do seu labor.

A capacidade de produzir conhecimentos que vão além da repetição das letras da lei, promotores de uma nova prática é condição fundamental, para que o Direito contemporâneo assuma um sentido histórico prospectivo, e não seja um fator de promoção do anacronismo e do sectarismo. A capacidade de reconhecer a existência de novos elementos, os quais atravessam diversos níveis de análise científica é condição

indispensável para que se possa desenvolver conhecimentos aptos à constitucionalidade, e as possibilidades que ela traz a sociedade.

Os obstáculos à Constituição são também, um conjunto de teorias justificadoras de sua inaplicabilidade. Tais teorias têm uma função conservadora importante, na medida em que percebem as mudanças que o texto constitucional traz a realidade social, política e econômica, mas tão a estas alterações, denominações como “desequilíbrio social”, “insegurança jurídica”, “risco de instabilidades”. Em geral compreendem como função do Direito a pacificação social, para qual exige-se a estabilidade, termo que acaba por tornar-se sinônimo de anacronismo e engessamento. O Direito possui funções éticas e políticas, diferentes das moldadas pelo liberalismo e ocultadas pelo positivismo.

A ciência e os conhecimentos jurídicos têm justamente a função de revelar quais são estas funções, definindo-as no paradigma a ser consolidado. Assim, apresentam-se novas tarefas ao jurista.

Este trabalho trata de dois desafios, que se solucionam cruzando-se mutuamente: primeiro, a pouca efetividade do constitucionalismo e a sofisticação da sua proposta, o segundo, é a pobreza do pensamento dos juristas, os quais sedimentam um imaginário orientado por um ideário pautado na repetição das versões estabelecidas, por uma dogmática engessada e hermética. Por conseguinte, os problemas são um decorrente do outro, ou seja, a Constituição não se vivifica em razão de uma cultura jurídica pobre, na mesma ordem, o pensamento jurídico não se atualiza, pois evita ser potencializado pela adesão ao Constitucionalismo contemporâneo.

Desta forma, cabe assinalar a reforma do pensamento jurídico, por intermédio da reinvenção subjetiva dos juristas, como alternativa a pouca efetividade da Constituição.

Em relação a este quadro de pouca efetividade apresenta-se a reforma no pensamento jurídico como alternativa a não consolidação da Constituição. O ensino do Direito tem uma função constitucional fundamental: a de preparar o espírito dos juristas para serem agentes do constitucionalismo.

Há também um avanço do Estado Social, a proposta de Estado Democrático de Direito, prima pela transformação social. As políticas públicas se solidificam constitucionalmente, passando a prática jurídica a transcender a resolução de querelas individuais.

Este cenário torna-se extremamente inquietante e desafiador para a ciência jurídica, afinal como fica o Direito na ordem constitucional contemporânea ? Qual o papel do jurista em tal ordem Constitucional? Resposta a estas perguntas pressupõe resposta sobre a função do conhecimento jurídico e o papel do ensino do Direito.

Este trabalho, na sua primeira parte, aborda a trajetória do ensino do Direito e os desafios do conhecimento jurídico, buscando inquirir como desenvolveu-se no país, demarcando as exigências constitucionais da ciência do Direito. Na segunda parte, apresenta as transformações ocorridas no Direito, a partir da dimensão prospectiva do constitucionalismo, o qual exige uma nova postura do jurista, havendo um novo sentido para sua atuação.

Na última parte pretende-se elencar alguns elementos capazes de colaborar para uma nova prática, constitucionalmente adequada. Para isto exige-se a reinvenção do jurista, por meio de uma formação que desperte novas habilidades, até então não encontradas no modo de ação destes bacharéis, haja vista a Constituição exigir novas atitudes destes profissionais.

Por isso este trabalho vê a formação jurídica incumbida de uma tarefa constitucional importante, o desenvolvimento intelectual e subjetivo do jurista tornando-o apto para a atuação constitucional. Desta forma, o ensino jurídico encontra-se incumbido produção de subjetividades que desencadeiem novas práticas no âmbito da realização constitucional do Direito.

1 A TRAJETÓRIA DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL E A CRÍTICA EPISTEMOLÓGICA

1.1 A trajetória do ensino jurídico

Como aponta Alberto Venâncio Filho a compreensão do ensino do Direito no Brasil deve começar por Portugal¹. É lá que se encontra a base da cultura jurídica brasileira e sua influência terá um papel determinante na moldagem de nossas instituições, na formação do embasamento político da sociedade brasileira. Contudo, se o horizonte teórico tinha origem portuguesa, devem-se ressaltar as atribuições absolutamente peculiares dadas ao Direito, e aos juristas, no Brasil. Assim tem-se as propostas teóricas lançadas no seio da comunidade acadêmica e sua relação, jamais neutra ou gratuita com os interesses e o cotidiano político.

Pode-se distinguir o ensino do Direito brasileiro, para fins de nosso estudo em 4 fases: I) a influência portuguesa, II) a construção da universidade brasileira e a consolidação estado nação (1827-1930); III) as reformas e a disseminação da universidade (1930-1961); IV) a disseminação da universidade e dos cursos de direito como estratégias de desenvolvimento e a mercadorização do conhecimento jurídico (1961 até atualidade).

Na trajetória da formação jurídica no Brasil, vai a história política social e econômica de nosso país, a qual se reflete nas mais variadas circunstâncias de nossa história, que ainda persegue um mal desenhado ideal republicano. Ideal este que deveria nutrir o imaginário dos juristas e consolidar um novo *habitus*, capaz de redimir o Direito do papel estático e opressor, e voltar-se para o compromisso com temáticas relativas à expansão da democracia e consolidação dos direitos humanos, as quais são contemporaneamente trazidas ao Direito pela Constituição.

¹ VENANCIO FILHO, Alberto. Das arcadas ao bacharelismo. São Paulo: Perspectiva. 1982 p. 01.

1.1.1 A INFLUÊNCIA PORTUGUESA

A universidade portuguesa, particularmente Coimbra, foi de vital importância para a formação da intelectualidade, bem como do corpo técnico do Brasil. No Brasil sua influência se dá pelo dimensionamento de nossas primeiras universidades, a ponto de existir uma grande discussão com relação a que medida se daria a adoção dos seus estatutos, junto à nascente universidade brasileira, prevalecendo a idéia da implementação parcial dos mesmos.²

A modernidade traz a técnica como marca primordial de todos os processos sociais, os quais se complexificam e apostam na ciência, como forma de tornar previsível e submisso o mundo que nos rodeia. Desta forma, o conhecimento científico passa a influir nos modos de gestão e desenvolvimento da sociedade, passando a universidade a ser o local destinado à formação dos quadros dirigentes da sociedade, haja vista as instituições que dela se originaram. Neste contexto a universidade possui um papel político destacado. No caso da consolidação de nosso perfil historiográfico, a universidade de Coimbra particularmente, tem um significado importantíssimo, à medida que vai marcar profundamente nossa cultura política, ao dar elementos fundadores aos construtores de nosso Estado-nação.

Assim sendo, ela será destacada pela maneira como determina nossa identidade política, tornando-se uma fonte robusta de significados para nossa cultura moderna. Gilberto Freyre já apontava a contribuição da universidade de Coimbra na promoção da unidade cultural de nosso país, segundo ele “a sombra das tradições de Coimbra tiveram no Brasil uma função de unificadora da cultura e da sociedade em formação. O desempenho dos egressos se fez sentir em muitas funções e ações que foram fundamentais para a construção da sociedade e da cultura brasileira”³. Havendo também, para Freyre, uma influência negativa: o bacharelismo exagerado que se impõe de maneira alienígena à cultura local.⁴

²Idem p. 32.

³ FREYRE, Gilberto. Em torno de um novo conceito de tropicalismo. In: um brasileiro em terras portuguesas. Lisboa: Coleção Livros do Brasil, S.D. p.130.

⁴Idem. p.132.

O grande desafio enfrentado pelos egressos de Coimbra de um modo geral, mas principalmente os juristas, foi o de dar conta da identidade brasileira, dentro da pluralidade arquitetada pela política portuguesa de miscigenação. Assim, há que se compreender o quadro em que se estabelecia a sociedade brasileira:

A sociedade brasileira movimenta-se dentro de um quadro de valores onde o relacional sobrepunha-se ao individual; a família constituía-se no centro de todas as relações; o poder patriarcal sobrepunha-se ao Estado e o clientelismo mediava o conjunto das relações sociais. Este conjunto de valores marcou o universo simbólico de nossas relações. O patriarcalismo como tendência autonomista perante o Estado teve seu primeiro impacto, no sentido de perder seu poder descentralizador, após as reformas de 1772, com alterações na filosofia do Direito dos cursos jurídicos da Universidade de Coimbra, que embasaram as reformas jurídicas e administrativas introduzidas por Pombal no Brasil colônia. Através dessas reformas iniciou-se no Brasil “a razão de Estado”, que passou a abalar o pátrio poder, que havia crescido pela ausência de Estado. Para além desse aspecto, o problema dos egressos de Coimbra constituía-se na sua própria autonegação. Eles eram antes de mais nada, os mestiços do Brasil. Essas questões, no nosso entender, são fundamentais para se discutir a influência de Coimbra na nacionalidade brasileira. Mesmo para aqueles cujas características físicas revelavam pureza de sangue, o simples fato de ter nascido na colônia, implicava o estigma da mestiçagem. No mundo moderno, as culturas nacionais em que nascemos se constituem em uma das principais fontes da identidade cultural. A construção da cidadania organizou as diferenças étnicas, culturais, religiosas, políticas econômicas, através da vinculação desses cidadãos que representavam a diferença a um universo homogêneo. A unificação brasileira, que foi fortemente marcada por uma história nem sempre pacífica e igualitária, caracteriza-se pela heterogeneidade de lógicas sociais.⁵

A legislação e a construção das instituições tinha a função de dar novas respostas ao novo mundo tropical e mestiço⁶. A direção espiritual dos grupos dominantes foi a tarefa inicial dada aos bacharéis egressos Coimbra, havendo uma estreita ligação deles com a administração colonial.

⁵ GAUER, Ruth Chittó. A construção do Estado –nação: a contribuição dos egressos de Coimbra. Curitiba: Juruá, 2001, P. 61.

⁶ No plano da legislação, Coimbra esteve presente desde os primórdios da ocupação. A legislação aplicada na colônia foi muitas vezes estudada e transmitida através da antiga Universidade; mesmo antes de formarmos nossos primeiros doutores, a Universidade de Coimbra se fazia presente no Brasil. Sua presença data o início da ocupação portuguesa; ela acompanhou a edificação de nossa nacionalidade através da normatização dos costumes e da aplicação das leis desde os primeiros núcleos de povoamento até a consolidação do Estado-nação. A metrópole estendia-se até a colônia por meio da vigência das leis na malha da administração pública. As leis disciplinaram a vida da colônia e normatizaram as instituições da família ao município, dos governos gerais aos vice-reis”. Idem. P. 41.

Até a sua expulsão, a educação ficou predominantemente a cargo dos jesuítas. Esta congregação deu uma colaboração ímpar, por meio de seus colégios, eram repassados a forma de pensar e os conhecimentos ditados pela metrópole. Em razão disto, é possível afirmar que os jesuítas preparavam os alunos para estudarem em Coimbra

Não há dúvida ao se afirmar que a formação coimbrinense permitiu acessar os conhecimentos científicos determinantes da época. Tal fato, possibilitou à colônia permanecer menos distante do acesso às teorias que circulavam na Europa na época.

Um marco na educação portuguesa, com enorme reflexo para a colônia, foi a reforma elaborada pelo Marquês de Pombal, realizada em 1772. Ela serviu para separar o conhecimento da sua influência religiosa, abandonando a Escolástica medieval, em favor do racionalismo moderno e assim inseriu Portugal na Europa “iluminada”.⁷ Dessa forma, ela foi um marco na evolução cultural portuguesa.

1.1.2 A CONSTRUÇÃO DA UNIVERSIDADE BRASILEIRA E A CONSOLIDAÇÃO ESTADO -NAÇÃO (1827-1930)

O período 1822-1930 marca a consolidação institucional e econômica do Brasil. Neste período se consolidam as características que definem o nosso perfil social, político e econômico. Neste espaço de tempo se manifestam os intentos da construção de uma nação independente, com soberania e a busca pela implantação do ideal republicano, este ideário, de certa forma ainda mantém seu espectro presente no nosso imaginário político.

Embaladas pelo espírito proclamador da independência, deram-se as discussões acerca da implantação do ensino superior no Brasil, as quais desencadearam um acalorado debate político, principalmente com relação à localização geográfica dos cursos. Os cursos jurídicos no Brasil deveriam ser instalados de maneira a evitar disparidades regionais. Outro fator importante era fazer com que fossem fora da corte, para evitar a existência de uma relação viciada entre o poder político em universidade. Considerando também outros fatores como os climáticos e a logística, foram escolhidas

⁷ Idem p.135 e ss.

São Paulo e Olinda como as mais adequadas para instalação dos primeiros cursos universitários do país.⁸

O funcionamento destas instituições principiou em instalações religiosas, em São Paulo no convento de São Francisco, em Olinda obtiveram o prédio dos religiosos de São Bento. Em relação ao corpo docente o quadro era paupérrimo, muitos deles eram portugueses, sendo que em 1828 não puderam ser realizados exames por falta de professores. Os registros acerca da atuação dos professores, revelam não ter havido demonstrações de muito apego à ciência, nem muita vocação ao magistério.⁹

O ideário político da época imperial e da primeira república foi movido pela ação dos bacharéis. As escolas de Direito da época muniam seus alunos e a comunidade política em geral, com os ideais políticos vindos de além-mar. Esta estratégia de importação cultural permitiu ao Estado nascente, acessar o ideário político da época, principalmente as idéias republicanas.

Contudo, o bacharelismo¹⁰ brasileiro esteve neste período político, atrelado ao patrimonialismo. Nesta perspectiva, por meio das escolas jurídicas permitiu-se a unificação da elite patrimonial, com elite burocrática, com influência dos bacharéis nos rumos do Estado. Os bacharéis da época profissionalizaram a política,¹¹ muitos dos bacharéis formados no século XIX obtiveram mais sucesso em atividades políticas que nas judiciais.¹² O título de bacharel representava uma oportunidade de ascensão social,

⁸ ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p.37 ss.

⁹ VENANCIO FILHO, Op. Cit. p. 36-49.

¹⁰ “Entende-se por bacharelismo a situação caracterizada pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país. Diversamente do que se poderia depreender sem mais aquelas, não se trata de invenção tupiniquim. Historicamente, é uma espécie de fenômeno, político-social que, entre nós, deita raízes em Portugal, tendo sido significativa a participação de juristas nos conselhos da coroa desde os primeiros passos da estruturação do Estado português. Obra de juristas foi a justificação da posse do trono ao mestre de Avis, cabendo também a eles delimitar as fronteiras entre os bens do príncipe e a coisa pública, com forte no Direito romano. A exemplo de outros países, também no Brasil, os bacharéis de direito tiveram um papel fundamental na estruturação do Estado, ocupando os mais importantes cargos públicos e espraiando-se por todos os poderes, seja no Império, seja na República.” KOZIMA, José Wanderley. Retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, ANTONIO CARLOS (ORG.). Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: del Rey, 1996, p. 240. .

¹¹ ADORNO, Op. Cit. p.78.

¹² “mas havia uma outra classe muito especial de advogado da qual faziam parte Nabuco de Araújo, Saldanha Marinho, Franklin Dória (barão de Loreto), Rui Barbosa, Francisco Ignácio de Carvalho Moreira (barão de Penedo) Francisco Octaviano, Tito Franco, Francisco Ge de Acayaba Montezma (barão de Jequitinhonha), Machado Portela, Perdígão Malheiro e tantos outros figurões do império (e também da república). Da lista é razoável inferir que o prestígio deste homens era função menos de sucessos no exercício da advocacia do que da atividade política, em particular das funções as quais foram eleitos ou dos cargos que ocuparam na alta administração do estado, senado ou Câmara, via de regra esses

pois “no final do império, ser bacharel era um ideal de vida. O trabalho rural não seduzia ninguém numa sociedade escravocrata, quando o senhor rural já havia pedido o seu prestígio aos olhos de um juventude urbanizada que se “refinava em seus costumes.”¹³ Dessa vinculação subordinada, entre o poder econômico e a produção (disseminação) do conhecimento jurídico, revela-se uma outra face das universidades da época, ou seja, a sua colaboração para a reprodução das estruturas de dominação.¹⁴

As universidades colaboravam para a forte presença do discurso liberal sobre a sociedade brasileira no século XIX. Naquela época, o importante era permitir a expansão do ensino. A liberdade deveria imperar e sua única regulação seria a “seleção natural” do próprio mercado. Os cursos de Direito e a produção legal de um modo geral, impingiram em nossa cultura jurídica, uma forte identificação com o liberalismo da época¹⁵. Há que se ressaltar que o liberalismo brasileiro não teve o mesmo caráter do europeu de ideologia revolucionária:

como resultado de nossa estruturação sob a influencia do patrimonialismo português, falta-nos, ainda hoje, um Estado racional e despersonalizado, decorrendo daí, de um lado, a distinção precária entre o público e o privado, com a apropriação dos cargos e funções públicas (tomados como coisa particular) pelos seus respectivos detentores, de outro, a precariedade da segurança do indivíduo perante as possibilidades da atuação estatal, podendo-se falar em expectativas não estabilizadas. Assim, dinamizando a teoria, o que se verifica é a superposição do estado a uma sociedade civil desarticulada e dependente para a qual o exercício da cidadania é ainda um arremedo de experiências liberais-democráticas de outros países. Estas e muitas outras características vão marcar a incompatibilidade brasileira com o espírito capitalista-Liberal.¹⁶

No intuito de qualificar o ensino do Direito no Brasil e desenvolver a universidade brasileira, ocorre a reforma do ensino livre em 1870, liberando a criação,

advogados notáveis tinham o escritório de advocacia como uma estação inicial de onde embarcavam para a aventura da política, plataforma de baldeação entre dois ramais políticos ou administrativos e estação terminal no poente da vida pública. Seja como for, o que se conhece sobre a advocacia do século XIX refere-se a estes cavalheiros, os quais pelas razões expostas, não eram profissionais acessíveis a qualquer bolsa, ou pelo menos da bolsa popular. Em uma ação de liberdade estariam certamente a serviço do senhor de escravos, embora fossem muitos deles abolicionistas.” COELHO, Edmundo Campos. As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro 1822-1930. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 92.

¹³ PAULO FILHO, Pedro. O bacharelismo brasileiro: da Colônia a república. Campinas: Bookseller, 1997, p. 53.

¹⁴ ADORNO, Sérgio. Op. Cit. p.92.

¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 102.

¹⁶ KOZIMA, José Wanderley. Op.cit. p. 240.

direção e a organização do ensino no Brasil. Havia no seu bojo um conteúdo liberal, moldando um ensino baseado na livre iniciativa, propiciada pela desregulamentação do ensino.

Até esta época as faculdades de Direito não eram o centro do debate cultural do meio jurídico. Isto acontecia no Foro ou na Corte, os cursos de direito padeciam de muitos vícios, como a desídia dos professores, pistolagem, pouco incremento científico. A qualidade dos juristas dependia quase exclusivamente do autodidatismo.¹⁷ ou, como considera Bastos, o período da “Ilustração Brasileira”, cujo foco era a crença de que a educação era a força inovadora da sociedade a ser expandida: “Afastem-se os entraves à criação de escolas, de cursos, de faculdades e estas florescerão vigorosas. O princípio de seleção natural encarregar-se-á de ‘fiscalizar’ a escola, só sobrevivendo os mais aptos, os melhores. O próprio ensino oficial só terá a lucrar com isto, a concorrência das escolas particulares obrigando-o a manter um ensino elevado.”¹⁸

A idéia de liberdade de ensino, baseada na matriz americana, pressupunha três liberdades: de investigação científica, de ensino a universidade, por fim a liberdade de palavra e ação fora da escola. O amplo conjunto de liberdades, proposto ao ensino pressupunha de um sistema de avaliação pautado por duros exames.¹⁹

Na prática, a implantação do ensino livre foi uma catástrofe, não conseguiu qualificar o ensino, muito menos possibilitou avanços para a sociedade. Esta reforma propiciou apenas mudanças superficiais, como a ampliação de possibilidades de abertura de cursos, os quais reproduziam os problemas qualitativos da época.²⁰

Proclamada a República, a cultura jurídica brasileira assume um novo momento com a influência deste evento, passando as instituições a serem orientadas pelo modelo americano, com influência teórico-política do positivismo de origem francesa e o evolucionismo social, combinados ao liberalismo presente no discurso dos bacharéis.²¹

¹⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. O Direito na História: lições Introdutórias. 2º ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 343.

¹⁸ BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p.75.

¹⁹ VENANCIO FIIHO, Alberto. Op. cit.,p. 83.

²⁰ Idem p.89.

²¹ LOPES, José Reinaldo Lima. O Direito na História: lições introdutórias. Op. Cit. p. 369-370.

Novas perspectivas se estabelecem sobre os cursos jurídicos, principalmente com a inclusão das disciplinas de Filosofia do Direito e História do Direito (1891)²². Diante da nova realidade que se punha às escolas de Direito, como reflexo da separação entre o Estado e a Igreja, a disciplina de Direito Eclesiástico foi excluída do currículo das duas academias de Direito da época.

1.1.3 AS REFORMAS E A DISSEMINAÇÃO DA UNIVERSIDADE (1930-1961)

Neste período histórico, iniciava-se uma nova fase que iria perdurar até 1964, registrando-se acontecimentos e fatos marcantes a nossa educação. De forma especial, os Cursos de Direito, após a Reforma Francisco Campos, em 1931, passaram a conviver com a concepção ideológica à época dominante, sofrendo, inclusive, alterações na grade curricular, com o fim de reerguer, aos olhos do Estado, os cursos jurídicos brasileiros.

A busca pela industrialização ocorrida, atenuou a importância do bacharel na vida nacional. Profissões como a engenharia e a economia passaram a ter maior importância. O apogeu do bacharelismo cedia espaço às novas modalidades da profissão. Ao final de 1930, "como forma de garantia de sobrevivência política e de emprego", a advocacia foi encarada como profissão autônoma, desvinculada do Poder Público como a única fonte de sobrevivência dos bacharéis. Neste cenário, foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil, implicando na regulamentação definitiva da profissão do advogado, limitando-se ao exercício da profissão aos que possuísem formação universitária.²³

A revolução de 1930 empenhou-se em dar um salto de modernidade ao Brasil, afastando-o das parcas estruturas da república velha, junto disso, havia embutida uma preocupação social. Neste contexto deu-se a criação do Ministério do Estado dos Negócios da Educação e da Saúde Pública, com Francisco Campos a frente da pasta, e

²² LOPES, José Reinaldo Lima. Op.cit. p. 373.

²³ OLIVEIRA, José Sebastião de. O perfil do profissional do direito neste início de século XXI. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 26/07/06.

desse período são editadas duas importantes legislações os decretos 19.851 e 19.852 em 1931.²⁴

As reformas expostas por Francisco Campos tinham por objetivo “equipar tecnicamente as elites profissionais do país e de proporcionar ambiente propício às vocações especulativas e desinteressadas, cujo destino imprescindível à formação da cultura nacional é o da pesquisa, da investigação e da ciência pura.”²⁵ Neste projeto a estruturação da universidade tinha por base os cursos de Direito, Medicina, Engenharia, Educação, Ciências e Letras.

Destas medidas, duas deram grande contribuição ao incremento da cultura jurídica no país, a inclusão no currículo de Direito da disciplina de Introdução à Ciência do Direito e a Livre-Docência de fundamental importância para a expansão da pesquisa e da docência.²⁶

Se até então os cursos de Direito eram orientados pela matriz liberal, a emergência do Estado social, reorienta as diretrizes educacionais do ensino jurídico. As primeiras críticas ao discurso hegemônico liberal ocorreram a partir da constatação da massificação ocorrida pela expansão dos cursos de Direito, conforme os padrões da época. Surgia o ilustrativo termo “fábricas de bacharéis”.²⁷

Criado potencialmente em alusão ao modelo “fordista” de produção industrial em série, o termo “fábricas de bacharéis” descreve o aumento indiscriminado de vagas ocorrido no Ensino Jurídico Brasileiro, sem notícias históricas de quaisquer modificações qualitativas. Desse modo, em 1927, no primeiro centenário da criação dos cursos de Direito no Brasil, a República Velha aproxima-se de seu encerramento com um saldo de 14 cursos de Direito e 3200 alunos matriculados.²⁸

Neste período, os cursos de Direito, foram desdobrados em graduação e pós-graduação em nível de Doutorado, com objetivo de formar professores para a área jurídica, reforçando uma estrutura acadêmica, precária desde a fundação dos cursos jurídicos, em 1827. Infelizmente, os cursos de doutorado acabaram não atingindo os objetivos pelos quais foram criados. Foi um período de grandes conflitos políticos entre

²⁴ VENANCIO FILHO, Alberto. Op.cit , p.34.

²⁵ VENANCIO FILHO. Op. Cit. p.36.

²⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito, Literatura Ética. Florianópolis: OAB, 2005. P 31.

²⁷ BASTOS, Aurélio Wander. Op. Cit p. 194.

²⁸ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Manual de educação jurídica. Curitiba: Jura, 2002, p. 130.

juristas e educadores, entre os grupos considerados conservadores, em que estavam Francisco Campos, Haroldo Valadão e Gustavo Capanema e os de vanguarda, os quais consubstanciam ideais progressistas, no qual estavam Anísio Teixeira, Hermes Lima, Levi Carneiro e San Tiago Dantas. O que vale dizer, os que davam sustentação à ditadura Vargas, imposta a partir do golpe de Estado de 1937 e os que se confrontavam contra ela, visando o retorno a um Estado de Direito.²⁹

Estabelecia-se um confronto entre o ensino conservador, marcado pela universidade estatal burocratizada defendida pelo regime autoritário e o moderno ensino reflexivo que se voltava ao desenvolvimento do pensamento, que buscava contemplar os problemas da época. Este período marcou o ensino jurídico como uma fase com grade curricular fechada e inflexível, a ponto de ainda formar um profissional do direito moldado nos antigos padrões, ou seja, por mais que a história tivesse recorrido em favor aos novos tempos e mesmo após o fator maior, fomentado pela proclamação da república, anos passaram-se, mas o profissional do Direito, ainda, sujeitava-se às concepções ideológicas do Estado, baseados em pensamento retrógrado e ultrapassado. A formação do jurista continuava dissociada dos problemas e da realidade social de seu tempo. Da mesma forma, não tinham as faculdades de Direito a liberdade de elaborar um currículo que pudesse atender aos anseios das necessidades da evolução da sociedade, tendo em vista que imperava o modelo do currículo fechado, imposto pelo Estado.³⁰

1.1.4 A DISSEMINAÇÃO DA UNIVERSIDADE E DOS CURSOS DE DIREITO COMO ESTRATÉGIAS DE DESENVOLVIMENTO E A MERCADORIZAÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO (1961 ATÉ ATUALIDADE).

A edição da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº. 4.024/61, veio a definir os princípios educacionais básicos, substituída pela atual LDB, a Lei n. 9.394/96. Em 1972, estrutura-se um novo currículo mínimo para os cursos de Direito por meio da Resolução nº. 3, do Conselho Federal de Educação, que vigorou até o advento da Portaria nº 1.886, em 1994, e que permitiu ao ensino jurídico, pela primeira

²⁹ BASTOS, Aurélio Wander. Op. Cit.. 259.

³⁰ Idem p. 259.

vez, desde 1827, a flexibilização da grade curricular, proporcionando adequação às necessidades do mercado de trabalho e às realidades locais e regionais.

Em contraponto ao baixo índice de formação universitária no país, o Ministério da Educação e Cultura, passa a ter como meta elevar o índice educacional do Brasil. Entre as políticas adotadas, uma maior flexibilidade para abertura de novos cursos superiores, com o intuito de elevar o índice de acadêmicos nas faculdades brasileiras. Entretanto, este posicionamento deixou à parte a preocupação com a qualidade dos cursos.³¹

Neste período, ocorreu uma ampliação na quantidade de novos cursos, especificamente, os jurídicos. O Estado, ao estipular o crescimento por si só, sem preocupar-se às condições que o cercam, não garantiu a efetividade do ensino. O aumento abusivo do número de faculdades de Direito no Brasil reflete, ao que se tem nos dias de hoje, como crise do ensino jurídico. Foi aos poucos deixando esquecidos os procedimentos e os métodos que pudessem contribuir à qualificação da formação jurídica, importantes não só aos acadêmicos, mas como consequência, a toda uma sociedade.

Este período é marcado dentre outros fatos, pela construção da Universidade de Brasília (UNB), esta instituição de ensino superior, traduzia o esforço de construir uma proposta de ensino autônoma, com liberdade científica, vinculada à sofisticação teórica da época, e comprometida com o desenvolvimento nacional.

Ao vincular universidade ao desenvolvimento, deu-se uma outra dimensão ao ensino jurídico, possibilitando uma ruptura na sua estrutura tradicional, a qual se dava até então de maneira estanque. Em razão disto, avançou com mais percuciência e alcance, nos intentos da Reforma Francisco Campos, procurando relacionar o Direito à economia política, preocupava-se com uma proposta filosófica que fugisse da fundamentação jusnaturalista, mas contudo, não perdeu suas bases epistemológicas.

A UNB, refletia a preocupação com o desenvolvimento, característico daquele período:

A questão da relação entre universidade e desenvolvimento era um fato novo no início dos anos 60. Em estudo universitário pioneiro que

³¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. O perfil do profissional do direito neste início de século XXI. Jus navegandi. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 26/07/06.

desenvolvemos em 1967 e 1968, observamos que até 1962 prevaleciam no Brasil duas linhas de interpretação do tema. Para a primeira destas concepções na educação era uma espécie de subproduto natural, necessário, e fator do próprio desenvolvimento. A educação sucede ao desenvolvimento. Colocado o problema nestes termos não se trataria de fazer nada, mas de tudo esperar setores produtivos confiando que do amadurecimento da economia surgiria, fatalmente, o sistema educacional necessário e adequado ao país. A segunda concepção admite que a precocidade do sistema educacional [da época] constitui seguramente o principal ponto de estrangulamento do desenvolvimento nacional. A Universidade de Brasília nasce desta concepção: ao desenvolvimento e a universidade, necessariamente, provocou a questão das correlações entre ensino e Direito e o desenvolvimento que, se não foi o tema que prosperou na discussão do currículo jurídico da UNB, nem do CFE (Conselho Federal de Educação) de 1962, determinou e foi o tema central as discussões que antecederam o currículo jurídico do CFE de 1972.³²

Isto se deu também pela proposta de vinculação e mútua convivência entre alunos de vários cursos. Enfim, A UNB representava uma proposta de universidade em prol de uma visão nacionalista, proposta que padeceu aos influxos do pós -64. Aí então o quadro de perseguição política restringiu nossa elite intelectual, e impediu a expansão da mesma a partir das iniciativas e dos caminhos já trilhados.

A partir dos anos 70, concomitante ao processo de abertura política, o ensino jurídico vê o advento de uma perspectiva crítica, do movimento "crítica do direito" francês, construindo movimentos que desafiavam o cenário jurídico conservador, com objetivo de reavaliar o ensino e a realização do direito. A ALMED (Associação Latino Americana de Mediação e Ensino de Direito) foi um deles; outro, foi a Nova Escola Jurídica Brasileira, capitaneada por Roberto Lyra Filho, da UNB, que com sua perspectiva "dialética" sobre o direito, fortemente influenciada pelos trabalhos de Marx, teve grande recepção junto ao movimento estudantil. A revista "Direito & Avesso", da qual apareceram apenas uns poucos números, veiculou as idéias da Escola. Seguindo a linha crítico-emancipatória, pode ser classificado o movimento surgido em fins dos anos 80 com a designação de "Direito Alternativo" e "uso alternativo do direito", os quais consubstanciavam várias das vertentes "críticas". Estes movimentos reuniam, além de

³² BASTOS, Aurélio Wander.op.cit, p. 248.

professores e pesquisadores, vários operadores jurídicos e apresentou uma produção bibliográfica importante.³³

1.1.5 O QUADRO ATUAL DO ENSINO DO DIREITO NO BRASIL

No Brasil atualmente existem mais de 900 Cursos de Direito, que contribuem para o cenário de crise, em que o descompasso entre a qualidade e ensino, contribui, a passos largos, ao desmerecimento das profissões jurídicas. A profissão de advogado, à distinção dos tempos imperiais, foi substituída pela marginalização profissional. Passou a ser função urgente do estudante de Direito reconstruir o seu papel na sociedade. Daí dizer o quanto é necessário adaptar o ensino jurídico à realidade e, então, efetivar a reconstrução não só do ensino, mas também do próprio Direito.

Partindo de uma nova conjuntura, iniciada com a Portaria nº. 1.886, editada em 1994, tem-se buscado readequar os cursos jurídicos a realidade social brasileira, já integrada à globalização e aos novos recursos tecnológicos. As Mudanças ocorridas dentro da sociedade atingem uma velocidade tão grande que as instituições de ensino superior apenas tentam adequar-se a elas, não conseguindo acompanhá-las em tempo hábil.

É preciso destacar a necessidade de se estabelecer o conhecimento do conteúdo específico do curso de Direito, mas um novo perfil requer habilidades múltiplas, pertinentes às exigências do século XXI. Assim, nos tempos atuais, é difícil estabelecer um perfil do ideal, que sempre limitaria essa generalidade que caracteriza os cursos e atende à demanda de sua clientela, o acadêmico de Direito. Por fim, “faz parte do perfil do profissional do século XXI as capacidades de: liderança, confiabilidade, comunicação, ousadia, criatividade, trabalho em equipe, conhecimentos técnicos, aprender a aprender, profissional cidadão e empreendedorismo”.³⁴

33 ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA Luciano. O Estado da arte da pesquisa jurídica e sócio-jurídica no Brasil. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/seriepesq04.htm> acesso 02/06/06.

34 NEGRÃO, Sonia Maria Vieira. O perfil do profissional do Século XXI. Maringá: Ensino in Foco, 2002, p. 54.

Com objetivo de estabelecer competências e habilidades que devem pautar a formação do graduando em Direito, entrou em vigor em 29 de setembro de 2004, com a Resolução nº 09/2004 do Conselho Nacional de Educação.

Admitir que as diretrizes curriculares aprovadas, homologadas e publicadas sob a Resolução nº 09/2004 representam uma nova etapa para o Ensino do Direito implica um “dar-se conta”, no que se refere à formação do graduando, do deslocamento da abordagem dos conteúdos mínimos (modelo conteudista) para as *habilidades e competências* (modelo de habilidades e competências). Daí que o desafio posto aos cursos de Direito é o de conceber e implementar projetos de cursos que concretizem, em seu instrumental educativo e pedagógico, as habilidades e competências previstas na Resolução nº 09/2004.

A educação jurídica no Brasil caracteriza-se historicamente, por não oferecer ao estudante o desenvolvimento de uma visão crítica da legislação e do Estado. “O ensino está voltado à perpetuação de uma visão lógica e harmônica do Direito, com a finalidade específica de homogeneizar, ideologicamente, a classe, com base nos interesses estatais”..³⁵

Percebe-se na atualidade que formação jurídica propiciada pelas universidades, não prepara o bacharel para as tarefas contemporâneas, não sendo capaz de dar respostas adequadas aos atuais desafios do Direito. Nem consegue desempenhar de maneira efetiva a administração da justiça e a estruturação do Poder Judiciário. Cabe lembrar que a caminhada rotineira do ensino jurídico teve como grande marco, portador de alguma mudança a proclamação da república, a qual permitiu a deselitização e a desvinculação do ensino com o poder político. Contudo, nunca houve de fato um período marcado pela excelência coletiva das instituições e das políticas voltadas para o setor, apenas atitudes esparsas de esforço crítico.

A expansão exagerada dos cursos de Direito, os quais se proliferam Brasil a fora, formando um contingente enorme de bacharéis, revela algumas conseqüências positivas, como a ampliação do número de pessoas em cursos superiores. Outro aspecto positivo, é que quanto mais democratizado for o acesso ao ensino jurídico, maior é o acesso a

³⁵ FARIA, José Eduardo. A reforma do ensino jurídico. Porto Alegre: 1987, p. 17ss.

justiça, uma vez que os serviços advocatícios tendem a baratear. Contudo, nos quesitos qualidade e sofisticação deixam muito a desejar.³⁶

Nota-se, no meio jurídico que o grande animador da procura por cursos de Direito, é a busca por ascensão social, por intermédio do ingresso em uma carreira estatal, em geral a magistratura, a qual permitiria estabilidade financeira e posição social privilegiada. A realização destes objetivos não mais pode ser oferecida pelas faculdades de Direito, acabando assim por tornarem-se “fábricas de ilusões”.³⁷

Esta “ilusão” é solo fecundo para uma visão mercadológica das instituições de ensino superior, os enormes contingentes de alunos em busca das possibilidades que o curso de Direito poderia oferecer, alimentam a ampliação da oferta de vagas, com intento não de propor uma discussão teórica para a realização da justiça, nem formar um conjunto de profissionais com perfil qualificado. Ao contrário, este contingente de alunos é visto como clientela, e a forma de ensino é orientada, principalmente pela relação custo/ benefício, buscando a maximização dos lucros. O que acaba por prejudicar principalmente o desenvolvimento da pesquisa.³⁸

Com relação, à compreensão do Direito e o seu sentido social, apesar da crítica feita ao longo dos anos 80 e 90, ainda há uma racionalidade presa às respostas previamente estabelecidas pela dogmática tradicional, a qual carece de superação, principalmente pela sobrevida, que tal forma de proceder o Direito recebe nas provas de seleção, elaboradas para o ingresso em carreiras jurídicas, nos concursos e exames da

³⁶ JUNQUEIRA Eliane Botelho. *Faculdades de Direito ou fábricas de Ilusões?* Rio de Janeiro: Ides/Letra Capital, 1999, p. 99.

³⁷ *Idem* p. 103.

³⁸ “O problema é que lucro e pesquisa em direito não parecem combinar muito bem. A pesquisa é dispendiosa, o investimento no suporte material e na formação de um pesquisador devidamente habilitado custam fortunas, mesmo nas ciências humanas. O empresariado, por definição objetivando lucro, precisa de um balanço positivo em sua contabilidade. As possibilidades de lucro aumentam com a redução dos gastos e aqui começam os problemas da chamada área de humanidades no Brasil. Com algumas exceções, o ensino dessas disciplinas e a formação profissional na área acomodam-se a uma infra-estrutura material mais simples e barata. A falsa idéia, extremamente difundida, de que o mercado de trabalho para a área jurídica oferece oportunidades a todos, faz com que os cursos de direito ocupem lugar de destaque no número de vagas oferecidas no terceiro grau, pois a demanda social cria mercado para as fábricas de bacharéis. Certamente sempre foi mais fácil e barato fundar um curso de direito, tradicionalmente estruturado em aulas-conferência, cujo único material permanente é a sala de aula e cujos materiais de consumo resumem-se a giz, quadro-negro e apagador. Não são necessários laboratórios, computadores, estufas ou instalações especiais. Como se fosse possível separar ensino de pesquisa. Em suma, a pesquisa não é desejável nem necessária”. ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA Luciano. *O Estado da arte da pesquisa jurídica e sócio-jurídica no Brasil*. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/seriepesq04.htm> acesso 02/06/06.

OAB, nelas- adota-se a dogmática tradicional como referência para avaliação. Estes concursos, principalmente o exame da OAB, passam a ser parâmetros informais de avaliação da qualidade das instituições de ensino superior e influenciam os conteúdos a serem estudados, dessa forma ocorre uma “colonização dos cursos de Direito pelo mercado”³⁹, causando “uma grande confusão na área jurídica sobre a função da academia e a formação profissional.”⁴⁰

Tem-se agora, na prática jurídica, o desafio de enfrentar as influências, ainda presentes no imaginário dos juristas, do positivismo que marcou a filosofia jurídica, e do liberalismo balizador da construção das instituições jurídico-políticas⁴¹. Estas influências na prática, revelam-se no cotidiano pela incapacidade do jurista em resguardar os interesses coletivos e perceber o conteúdo e a função política de sua atuação, características inerentes ao constitucionalismo atual.

O estudo do Direito, efetua-se a partir de diferentes pontos de vista. Por conseguinte, torna-se objeto de análise de estudo da Antropologia, da História, da Economia, bem como da sociologia. Tradicionalmente, nos cursos de Direito se ensina o conjunto de normas jurídicas que formam o direito positivo de uma determinada sociedade e os diversos subconjuntos, elaborados para a compreensão da matéria.

De uma maneira geral, desta prática docente resulta abismal o atraso demonstrado pelos juristas no que diz respeito à teoria e prática da “realização” do Direito, devido à insistência na tradicional perspectiva de que um texto normativo para interpretar é um documento unívoco, dentro de um sistema autônomo (o ordenamento jurídico) pleno e hermético, e que somente lhes cabe determinar o seu sentido “exato” pelo entendimento dos respectivos conceitos, termos e enunciados normativos ou pela busca de sua finalidade.

Entre as conseqüências fundamentais da hegemonia do positivismo normativista, enquanto fundamento paradigmático constitutivo dos cursos jurídicos, está o de que todo

³⁹ TAQUARI, Carlos. Caminhos da graduação. Revista de Ensino Superior. Jun 2005. São Paulo: segmentos. 2005.

⁴⁰ SCAFF, Fernando Facury. Ensino, pesquisa e profissões jurídicas. Disponível em: www.leniostreck.com.br. acesso 11 de outubro de 2005.

⁴¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O direito errado que se conhece e se ensina: a crise do paradigma epistemológico na área do direito e seu ensino. In: FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo. Florianópolis: OAB, 2004, p.94 e ss.

o Direito deve ser transmissão do conjunto doutrinário estabelecido pela dogmática jurídica. Isto gera na prática do Direito, a busca pela afirmação destas, sem ser aferida a viabilidade e as conseqüências das mesmas. As funções criativas ou especulativas, tão importantes para a formação do estudante, são deixadas à categoria de disciplinas introdutórias, predominando, de forma nocivamente desproporcional, as disciplinas cuja função é menos a de formar o imaginário dos alunos, em favor da transmissão de conhecimento técnico tradicional, desdenhando como é típico do positivismo, as implicações éticas e políticas, inerentes a este processo.

Os cursos jurídicos sofrem com a falta de percepção das atuais funções do Direito, bem como, do acesso à sofisticação teórica, reduzindo-se ao especialismo, restringindo os estudantes à dogmática. O que resulta em juristas, incapazes de entender os novos tipos e formas de conflitos e de tensão social, mas com a capacidade necessária para elaborar um esquema estritamente prático-legalista, em aberrante contradição com a atual proposta constitucional de acesso à cidadania.

Disto resultam profissionais com uma paupérrima compreensão dos desdobramentos sociais do Direito, uma vez que o cotidiano passa a ser interpretado pela ótica do legalismo, o qual jamais se ajusta às exigências da realidade. Ao contrário, busca se impor a ela, causando um desajuste ainda maior. Dessa forma é que se faz premente a busca pela compreensão contemporânea do Direito, inserindo ao ensino novas perspectivas, trazidas ao Direito, principalmente pelo constitucionalismo contemporâneo.

As transformações contemporâneas do Direito, das quais destacam-se as promessas constitucionais, levam a uma reconsideração da função do ensino jurídico. No início dos cursos de Direito no Brasil a função do jurista era a realização das tarefas burocráticas do Estado, o que se deu sob a influência do liberalismo, o que levou a valorização da liberdade sobre a igualdade, quando da atuação política dos mesmos⁴². O contexto atual, aponta para o ensino do Direito como possuindo a função de orientar a construção de uma cultura jurídica ativista voltada para implementação da Constituição.

Todavia, algumas características daquele período devem ser reafirmadas. No começo de nosso ensino jurídico havia uma ampla formação política e a compreensão

⁴² ADORNO, Sérgio.op.cit., p. 88-89.

da função teórica e política da qual eram incumbidos os bacharéis. Além disso, as faculdades de Direito, embora as deficiências apresentadas, eram centros de expressão e produção das mais amplas habilidades dos juristas, demonstrando assim o caráter transdisciplinar da formação dada, sendo que registrava-se nas universidades uma ampla produção jornalística, literária e política.⁴³ Tal diversidade de habilidades e de estudos, mas principalmente o ideário republicano, precisam ser recuperados, em razão das novas funções constitucionais dadas aos juristas.

O ensino atual deve superar três desafios: a descontextualização à medida que ignora o atual horizonte constitucional, em decorrência disto o dogmatismo anacrônico e a unidisciplinariedade⁴⁴. O ensino jurídico até produziu um imaginário pobre, a capacidade de transgredir é precocemente tolhida, através de uma cegueira paradigmática⁴⁵ a qual evita que o indivíduo tenha a capacidade de construir conhecimentos e ser artífice da sua emancipação. Tampouco consegue reconhecer determinadas estruturas que norteiam a inserção do conhecimento na vida do sujeito. A capacidade de romper com o paradigma tradicional formal e legalista, faz-se necessária mediante as transformações epistemológicas, impostas pelo constitucionalismo contemporâneo.

⁴³ Idem, p. 91-92.

⁴⁴ PORTO, Inês Fonseca. Ensino jurídico, diálogos com a imaginação: construção do projeto didático no ensino jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000 p. 25-57.

⁴⁵ “o paradigma efetua a seleção e a determinação da conceptualização e das operações lógicas. Designa as categorias fundamentais da inteligibilidade e opera o controle de seu emprego. Assim, os indivíduos conhecem, pensam e agem segundo paradigmas inscritos culturalmente neles”. MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. São Paulo: Cortez, Brasília: Unesco, 2000. p. 25.

1.2 EPISTEMOLOGIA JURÍDICA NO CONTEXTO DAS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO

1.2.1 A TEORIA PURA E A DEFINIÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO

Ao longo do século a delimitação teórica do Direito, bem como, a definição da sua autonomia frente às ciências, rendeu um intenso debate, o qual influenciou o modo como se compreende e se atua no Direito. A pergunta pelo sentido social da ciência do Direito torna necessária a compreensão dos fatores políticos e sociais que engendram o modo como esta ciência se constitui e a compreensão feita por seus operadores.

Para a definição científica do Direito, com estabelecimento de sua autonomia, e a busca pela definição do seu objeto, Hans Kelsen apresenta uma concepção de ciência jurídica com a qual se pretendia finalmente ter alcançado, no Direito, os ideais de toda a ciência: objetividade e exatidão. Para alcançar tais objetivos, Kelsen propõe uma depuração do objeto da ciência jurídica, como medida, de maneira a garantir a autonomia científica para a disciplina jurídica, que, segundo ele, vinha sendo deturpada pelos estudos sociológicos, políticos, psicológicos, filosóficos.

A inovação do pensamento de Kelsen, propondo a superação do jusnaturalismo como teoria explicativa do Direito e pretendendo dar caráter definitivo ao monismo jurídico estatal, fez de Kelsen o alvo preferido das teorias críticas no Direito, inconformadas com os déficits éticos do pensamento jurídico, assim purificado e com o conseqüente desinteresse dos juristas, em realizar cientificamente um Direito atrelado a critérios de legitimidade não apenas formais.

Ocorre que, atuando no marco do paradigma positivista, não poderia ser diferente o projeto kelseneano de uma ciência das normas que atingisse seus objetivos epistemológicos de neutralidade e objetividade. Era preciso expulsar do ambiente científico os juízos de valor, como já o haviam feito as demais disciplinas científicas. O plano da Teoria Pura era, assim, atingir a autonomia disciplinar para a ciência jurídica, essa é a grande importância de seu pensamento, isto é, o seu caráter paradigmático, e se de fato vive-se um novo momento de transição paradigmática, nada melhor do que bem compreender as bases desse paradigma que se transforma.

A relação entre Direito e ciência na Teoria Pura do Direito, de Kelsen começa pela definição do objeto da ciência do Direito, que para tal teoria é constituído, em primeiro lugar pelas normas jurídicas e pelo conteúdo dessas normas, ou seja, pela conduta humana regulada por estas. Os atos de vontade subjetivos transformam-se em atos jurídicos a partir de uma norma jurídica que preveja esta transformação⁴⁶. Do mesmo modo a norma jurídica, pois, segundo Kelsen uma norma para ser tomada como norma jurídica, deve ser prevista por uma outra norma jurídica, “é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de outra norma.”⁴⁷

Kelsen afirma que a norma jurídica é um dever-ser objetivo (o sentido objetivo de um ato de vontade). Se esta afirmação não for mantida, e as normas forem tidas apenas como entidades meramente subjetivas, não se poderá, segundo Kelsen, estabelecer conhecimento sobre elas, pois para Kelsen fatores não objetivos, não podem ser objetos do conhecimento. O que implicaria em ter, segundo os pressupostos científicos de Kelsen, enunciados sem sentido. Dissuadir tal possibilidade é justamente o intento da Teoria Pura, a qual busca proporcionar uma forma racional de compreensão dos instrumentos de coação da sociedade.

Os objetivos de Kelsen são “defender o conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos e defender as possibilidades de compreender os atos de coerção em sociedade de um modo diferente do que a compreensão fornecida pelas ciências da natureza”⁴⁸.

Desta forma, enquanto se estudam as normas reguladoras da conduta, o Direito como um sistema de normas em vigor, fica-se no campo da estática do Direito. Por outro lado, se o objeto do estudo desloca-se para a conduta humana regulada (atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas), o processo jurídico em seu movimento de criação e aplicação, realiza-se a teoria dinâmica do Direito. Esse dualismo, entretanto, é apenas aparente, já que a dinâmica está subordinada

⁴⁶ “ o que transforma um fato num ato jurídico(lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, mas o sentido objetivo que está ligado a este ato, a significação que ele possui, significação jurídica recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que lhe empresta significação jurídica”. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.84.

⁴⁷ Idem p.4.

⁴⁸ MICHELON Jr. Cláudio Fortunato. Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.

à estática por uma relação de validade formal, pois os atos da conduta humana que desencadeiam o movimento do Direito são eles próprios conteúdo de normas jurídicas, e só nesta medida é que interessam para o estudo da ciência jurídica.

Kelsen apresenta o ordenamento jurídico positivo, como uma pirâmide de normas, no qual se apresentam a dimensão estática e a dimensão dinâmica do Direito. A noção de validade formal é o elemento que perpassa esses dois aspectos, pois, nesse modo de compreender o Direito, cada norma tem sua validade a partir de uma outra que lhe é superior, na escala hierárquica do ordenamento jurídico, a sua existência e validade. Assim, por exemplo, no momento em que é criada ou aplicada (dinâmica), para que seja considerada válida a norma, é preciso verificar se as condições de sua produção ou aplicação (capacidade e/ou competência dos agentes, além do procedimento de produção e aplicação) estão previamente contidos nos comandos de outras normas já produzidas e integrantes do ordenamento jurídico (estática). O ponto final dessa cadeia de validade é o que Kelsen chama de norma fundamental, trata-se de uma norma hipotética, uma ficção necessária, a qual funciona como pressuposto lógico do sistema normativo.

A partir da Teoria Pura, a ciência jurídica é uma interpretação normativa dos fatos: "Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas, entre os fatos por elas determinados"⁴⁹. A diferença conceitual entre proposições jurídicas da ciência, que são os juízos hipotéticos os quais enunciam, que de acordo com o ordenamento, sob certas circunstâncias ali previstas, devem ocorrer certas conseqüências também previstas por este ordenamento e normas jurídicas, que não são juízos acerca de uma realidade externa, mas sim mandamentos que encerram comandos, permissões e atribuições de poder ou de competência é então estabelecida pelas funções: descritiva, da ciência e prescritiva, do Direito.

Para Kelsen, a ciência não produz Direito, não possui essa função criadora, pois limitada ao papel de conhecimento do Direito produzido pela autoridade jurídica, isto é,

⁴⁹ KELSEN, Hans. Op. cit., p.80.

por aquele a quem o ordenamento atribui capacidade ou competência para produzir normas jurídicas, na relação entre estática e dinâmica do Direito.

Kelsen situa a distinção entre ciência jurídica e Direito, no plano da validade formal, afastando do campo do Direito as questões relativas à veracidade ou falsidade de seus imperativos de conduta:

"A distinção revela-se no fato de que as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, podem ser verdadeiras ou inverdadeiras, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica - e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos - não são verdadeiras ou inverdadeiras, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são sequer verdadeiros, quer inverdadeiros, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou inverdadeiras."⁵⁰

Ao retirar da ciência do Direito estas questões, Kelsen atrai para as proposições da ciência jurídica a aplicação dos princípios lógicos, uma vez que não sendo as normas jurídicas passíveis de comprovação de sua verdade ou falsidade, não se poderia colocar como problema científico, questões relativas ao conteúdo das regras. A ciência do Direito atém-se preponderantemente aos problemas de validade; no que tange à justificação moral ou política, ela deveria abster-se.

A relação entre validade e eficácia para Kelsen, se dá a medida que as normas necessitam de um mínimo de eficácia para serem aplicadas, do contrário não existem. Deste modo a eficácia é condição de sentido pelo qual um ordenamento jurídico, considerado na sua totalidade, e uma norma jurídica singular não podem mais ser considerados válidos, quando dispensam por completo a eficácia.⁵¹

Não deve confundir condição de validade com fundamento de validade. Fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma. Não há transição do dever ser ao ser. O fundamento último de validade é a norma fundamental. A eficácia, como a estatuição, é apenas uma condição de validade.⁵²

Kelsen propõe na Teoria Pura do Direito uma ciência que se caracteriza pela sua autonomia, na construção de uma compreensão científica liberta-la de elementos alheios

⁵⁰ Idem, p.82.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995, p. 130.

⁵² BARZOTTO, Luis Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross, Hart. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 56-57.

ao seu verdadeiro objeto, a regra. Para tanto, “a ciência do Direito deve apenas construir um conhecimento que tente responder às questões do “que é” e “como é” o direito, sem procurar explicitá-lo, transforma-lo, justifica-lo, nem o desqualificar a partir de pontos de vista que lhe são alheios. Esta é a exigência fundamental que nos define o sentido da idéia de pureza”.⁵³ Dessa forma se dá a diferença entre a ciência do Direito que estuda as regras e a política jurídica, preocupada com quais elementos devem determinar seu conteúdo.

No positivismo jurídico tem-se uma postura científica, pela qual se estuda o Direito como ele é, ele apresenta-se como um estudo do Direito como fato, não como valor. Tem-se por intermédio dele uma definição do Direito pela qual deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal, sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com direito ideal. O romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre o direito “justo” ou verdadeiro e direito injusto ou aparente, cabendo em tal perspectiva até escravidão como um instituto jurídico.⁵⁴

O normativismo Kelseniano dá uma importante contribuição para a definição da ciência do Direito, ao restringir seu objeto ao estudo da regra, e assim, delimitar seu espaço de atuação. Contudo, possibilitou ao Direito uma função conservadora e opressiva, à medida que afastou a aplicação do Direito, dos elementos que o compõem, tornando assim a ciência jurídica uma ciência preocupada com suas condições formais, indiferente ao seu conteúdo⁵⁵.

⁵³ WARAT, Luis Alberto. A pureza do Poder. Florianópolis: editora UFSC: 1984, p.27.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto, op.cit p. 136.

⁵⁵ “Daí resulta que a Teoria Pura, despreocupada em tornar a ciência do Direito Uma arma poderosa a serviço de qualquer interesse político, enfrenta, decididamente, o direito Natural, negando-lhe qualquer valor teórico na produção do campo temático do saber jurídico. WARAT, Luis Alberto. A Pureza do poder. Op.cit, p..28.

A Teoria Pura do Direito refinou a dogmática jurídica, de modo a permitir uma sofisticada construção científica que eliminasse do seu campo de atuação qualquer preocupação ética, política ou qualquer vestígio transdisciplinar⁵⁶. A preocupação de Kelsen foi sempre com uma construção científica voltada para as questões exclusivamente metodológicas.

A compreensão autônoma, hermética, objetivista e puramente metodológica do Direito proposta pela TPD, acaba por ter uma função política e ideológica, a qual determinou a associação do direito ao conservadorismo, sendo como recurso para defesa da do *status quo* econômico e social.⁵⁷

No que tange à concepção coercitiva do direito, pauta-se no direito emanado e instituído pelo Estado. A coação é compatível com a noção kantiana do direito como fundamento da liberdade externa, eis que somente com a coação o indivíduo vê-se constrangido a não praticar um ato de abuso de sua liberdade que atinja a liberdade do outro. Admitindo a coação como uma realização de uma finalidade por meio da subjugação da vontade alheia, entende o direito fundado no poder coercitivo do Estado a fim de garantir as condições vitais da sociedade.⁵⁸

A diretriz positivista acerca da lei como única fonte de qualificação do direito parte do pressuposto da existência de um ordenamento: “A determinação do que é o direito deixa de pertencer à transcendência, muito bem representando mundo terreno por seus epígonos, para estar à disposição da própria criação humana. O crime paulatinamente conquista sua distância do pecado e aproxima-se de visões científicistas.

⁵⁶ “Esta ciência não deve tentar substituir os problemas próprios de uma teoria política ou ética. Seria, pois, errôneo supor que a ciência do direito poderia nos ensinar a resolver os conflitos sociais ou instrumentalizar certos interesses, porque um saber estrito sobre o direito não é teoria política, nem política do Direito. Antes, ele seria uma doutrina dirigida à análise estrutural do direito positivo, e não uma explicação política ou econômica de suas determinações. Idem, p. 41

⁵⁷ WARAT descortina a função ideológica da pureza metodológica: “pretendo indicar que se trata de um processo de recuperação realizado a partir da necessidade de atualização de um saber e, por outro lado, busco assinalar a função ideológica das redefinições epistemologicamente processadas. Este último aspecto resulta muito importante para entender que existem razões extra-lógicas (políticas e ideológicas) as quais governam o processo de reorganização do conhecimento. Desta forma, relacionar a epistemologia com a ideologia e a política é já uma forma de argumentar contra as pretensões de pureza metodológica que não percebem como as tarefas do conhecimento constituem espaços políticos postos a serviço das necessidades de acomodar as significações ideológicas às transformações das condições materiais da vida social. Portanto, convenhamos que as transformações do saber dominante respondem, em última instância, à satisfação de certas exigências ideológicas, sendo a tarefa epistemológica o seu instrumento. idem, p. 35.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. Op. Cit. p. 147.

Mundaniza-se o direito. (...) A busca da chamada segurança jurídica torna-se um imperativo e uma ideologia”.⁵⁹ Jurídico complexo e hierarquizado, isto é, em que há mais de uma fonte do direito, as quais se organizam conforme uma hierarquia. O Estado é a única fonte do direito e a lei é a única expressão do poder normativo do Estado.

1.3 CRÍTICA À PUREZA METODOLÓGICA, REVISÃO EPISTEMOLÓGICA E DOGMÁTICA

O esforço de impermeabilizar o conhecimento jurídico de qualquer forma de manifestação da política, reduz-se em última análise, em não confundir a produção legislativa e as leis com os seus enunciados descritivos. Segundo a Teoria Pura, rompida esta barreira, cairia-se na desordem, tendo-se os discursos científicos como uma legislação. Estando eles a avançar para além do que o Direito realmente estabelece. Assim, estes discursos da ciência jurídica, abandonariam características vitais a uma Ciência: objetividade e a neutralidade, passando a produzir regras de justiça, desta forma não se descompatibilizariam dos pressupostos do Jusnaturalismo. A existência de valores como a objetividade e a neutralidade são fundamentais para epistemologia kelseniana, que se recusa a encará-los apenas com fórmulas de mitificação do saber. Mas, a partir desta negativa, Kelsen pretende situar a ciência como um conjunto de enunciados sem enunciadores, em uma relação fatal de alienação.⁶⁰

A legitimação dos atos do Estado, e não a imposição de preceitos éticos, é o grande escopo do Direito. Nesta perspectiva, o postulado da pureza serve como elemento de justificação racional do monopólio da força. Dessa forma a pureza colabora para manutenção da solidez da estruturas de poder.

Se por um lado, o monopólio da coerção, legitimado pela lei, sustenta, permanentemente, as técnicas do poder, por outro, o Direito positivo, racionalmente concebido, é condição da existência de um determinado tipo de organização da sociedade. Estes efeitos são alcançados, por sua vez, mediante a racionalidade que o conhecimento das normas lhes empresta. Contrariamente, o saber jurídico deve ser visto

⁵⁹ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito. p. 51.

⁶⁰ WARAT, Luis Alberto. A pureza do poder. Op. Cit., p. 44.

como um fator colaborador na construção da instância jurídica da sociedade. Negar-lhe este papel é contribuir, precisamente, para a reprodução das relações de poder instituídas.⁶¹

A tentativa de blindar a ciência do Direito de todo caráter ideológico, acaba justamente por dar ao direito uma função ideológica. Isto acontece, na acepção de ideologia usada pelo próprio Kelsen, entendida como forma de despistar o conjunto de relações que devem permanecer ocultas, e que veladas determinam a produção e realização do Direito. Como elas se configuram no plano político, econômico, sociológico e filosófico, não tangem a compreensão do Direito, uma vez que a ciência jurídica *strito sensu* se aterá a um momento posterior, ignorando os pressupostos que determinam a produção legal.

A busca pela positivação é uma marca da modernidade, a busca por uma construção racional, pautada pela crença no potencial da razão e na capacidade da mesma em produzir métodos, capazes de tornar o mundo previsível e plenamente controlável. É no seio deste ideário que se desenvolve o positivismo, pelo qual “os fatos somente são conhecidos pela experiência (decorrência do privilégio dados aos sentidos para a percepção do real). Desde então, o olhar atento dos sentidos observa os mecanismos das coisas. Eis porque o mundo, nesse tempo, até que surgissem novas epistemologias, metaforicamente, deixou de ser inventado pelo homem.”⁶² Isto teve grande reflexo na dogmática:

A proposta epistemológica pautada pela pureza deu condições para o fortalecimento da dogmática jurídica, uma vez que ela pode ser conceituada, segundo Rafael Bielsa: “la disciplina científica que tiene por objeto el ordenamiento sistemático de los conceptos jurídicos”.⁶³

A neutralidade afirmada por uma visão epistemológica de orientação positivista, não consegue abarcar de maneira efetiva a tarefa de realização do direito, uma vez que a dogmática jurídica busca apresentar os problemas axiológicos, como problemas semânticos.⁶⁴

⁶¹ idem p. 45.

⁶² CLÉVE, Clemerson. O direito e os direitos. 2 ed., São Paulo: Max Limonad 1999, p. 49.

⁶³ WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004, p.153.

⁶⁴ WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou. Op. cit., p.161.

Esta compreensão epistemológica fortaleceu o desenvolvimento de uma dogmática, voltada à ideologia liberal, pois a aplicação do Direito não deveria ter em conta, mais que as características gerais, como univocidade, devendo consistir os fatos na aplicação das leis gerais e abstratas, de forma a excluir da interpretação, qualquer critério substantivo alheio ao conteúdo abstrato e geral do Direito e sua racionalidade formal, para evitar que a sua aplicação pudesse romper com o critério de igualdade formal, consagrada da ideologia liberal, com a neutralidade jurídica que se deriva do mesmo.⁶⁵

1.3.1 CRÍTICA À DOGMÁTICA E A REVISÃO DAS SUAS POSSIBILIDADES

Definir o que seja a dogmática jurídica não é uma tarefa muito simples, pois ela tem sido conhecida mais por sua configuração, do que por sua identidade distintiva de outros campos do saber humano.

Para Vera Regina Pereira de Andrade, ela pode ser:

entendida como um paradigma científico (o paradigma dogmático de Ciência Jurídica) situando as heranças e matrizes que o condicional e a identidade (metodológica, ideológica, funcional e epistemológica) que, ao longo desta configuração, foi assumindo.⁶⁶

Assim, cabe-lhe interpretar as normas elaboradas pelo legislador, investigando sua intertextualidade com outros documentos afins, buscando a aplicação equitativa das decisões judiciais e, para tanto, fazendo da analogia uma garantia de maior uniformização, assecuratória da segurança jurídica.

A dogmática jurídica pode ser considerada, em uma percepção tradicional como a Ciência do “dever ser”, normativa, sistemática, descritiva, valorativa, axiologicamente neutra e prática⁶⁷. Neste enfoque, a riqueza da vida democrática do Estado, esta na “possibilidade das legítimas interpretações dadas aos mandamentos legais, pois a lei é a sua interpretação, ou por outras palavras, o que nela se põe como valor hermenêutico

⁶⁵ GARCIA, Manuel Calvo. Los fundamentos Del método jurídico: una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994, p. 90.

⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p.17.

⁶⁷ POZO, José Hurtado. El principio de legalidad, la relación de causalidad y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal. Nuevo Foco Penal, Coimbra, n. 39, 1988, p. 11.

efetivamente inerente do texto legal, sob o controle imparcial dos Poderes Legislativo e Judiciário”.⁶⁸

Desta sorte, se a norma se reveste de ideologia, também a doutrina e a jurisprudência interpretam o texto da lei, consoante suas posturas ideológicas.

Os estudiosos da Dogmática Jurídica consideram que ela se construiu a partir de três modelos: a herança jurisprudencial (romana), a herança exegética (medieval) e a herança sistemática (moderna). O paradigma dogmático com feição de historicidade, molda-se devido a atuação decisiva da cultura na estrutura jurídica, desvelando seu sentido, como resposta, inclusive, a certos imperativos institucionais que permeiam, moldam e conformam a própria cultura jurídica. Nesta tarefa, a doutrina constrói paradigmas teóricos e descritivos, enquanto as decisões judiciais asseguram a funcionalidade destes modelos teóricos.⁶⁹

Aceita a presença das heranças que fundamentam o paradigma da Dogmática Jurídica, a atividade prudencial romana, de natureza prática, com técnica denominada de “jurisprudentia”, deu ao Direito uma configuração interpretativa do conceito genérico de justiça, construída a partir de uma atividade científica prática e retórica, na qual o discurso argumentativo se torna o centro desta construção jurídica. A herança exegética, por sua vez introduz a característica de dogmaticidade ao pensamento jurídico, já com a tarefa acadêmica de realizar resenhas críticas dos *digestos Justinianeus*, que se transformaram em textos do ensino universitário, abrindo caminho a discussões e construções de teorias jurídicas doutrinárias.

Assim, não se extingue o estudo jurisprudencial romano, mas se redefine sua tarefa na elaboração de dogmas e de princípios gerais da ciência jurídica. A terceira herança da configuração do paradigma dogmático proveio do jusnaturalismo racionalista da era moderna, a partir de estudos da romanística, com tarefa precípua de sistematização do pensamento jurídico, guiando a codificação e a concatenação de proposições teóricas da ciência jurídica.⁷⁰

⁶⁸ REALE, Miguel. O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 11.

⁶⁹ PUCEIRO, Enrique Zuleta. Paradigma dogmatico y ciencia del derecho. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981. p. 13.

⁷⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 13.

A dogmática Jurídica foi construída, efetivamente, pela atividade exegética e sistemática do Positivismo. Sob esta concepção, a vida em sociedade é ordenada por leis, incumbindo à ciência jurídica diagnosticar os fatos a elas aplicáveis, servindo, sob a égide desta ótica, como edificação da Ciência Jurídica que se afasta do domínio do direito natural para se constituir em conhecimento sistemático, gênese da Dogmática que dará razão à experiência jurídica, “elaborada a partir do material que oferecem as regras positivas”.⁷¹

Além de sua característica de historicidade, a Dogmática Jurídica acolhe o repertório de teorias juspositivistas para elaborar a racionalização do ordenamento jurídico, com concepção estatalista do Direito, a partir do axioma fundamental, ou seja, a lei, em torno da qual se discutem teorias sobre conceitos da ciência jurídica, entre eles, a norma, as fontes, os princípios, tendo como escopo a aplicação da lei com seu compromisso funcional de segurança jurídica; mediante procedimentos lógico-formais, nos quais a racionalidade do juiz é também pressuposto da Dogmática Jurídica, sendo o dever de obediência requisito fundamental do ordenamento jurídico, em que a tarefa mais importante não é descrever a norma, mas indicar a solução dos casos concretos, como atividade cognitiva e resolutiva dirigida à solução de conflitos.⁷²

O fenômeno de aplicação da norma, essência da dogmática jurídica, organiza-se conceitualmente como criação de regras práticas para estudo do ordenamento jurídico, tendo em vista a validade, vigência, eficácia e força da norma jurídica.⁷³

A Ciência do Direito e Dogmática Jurídica são enfoques da mesma construção científica. Pode-se entender o Direito como uma ciência social em que o “dever ser” é uma função da linguagem normativa, ou seja, é o operador direcional e diferencial da linguagem da norma jurídica. Assim, interessa ao Direito a análise do ordenamento jurídico como regulamentador da realidade social. Dessa maneira, a Ciência do Direito tem sido focalizada, ao longo de sua trajetória, como a teoria da norma, pois o viver social implica, necessariamente, o ordenamento racional da conduta humana, pois subordinado a operações lógicas do pensamento.

⁷¹ PUCEIRO, Enrique Zuleta. Paradigma dogmatico y ciencia del derecho. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.p. 41.

⁷² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. p. 67 e segs.

⁷³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. Cit. p. 196-202

Com relação à norma constitucional ela cria um Estado de Direito e estabelece um sistema organizacional do qual derivam todas as demais proposições normativas legislativas, a fim de torná-lo aplicável no mundo concreto. Cumpre, ainda, à Ciência do Direito estabelecer critérios para a positividade do sistema jurídico, estabelecendo regras para a elaboração da lei, formalização da norma geral excludente, elaboração da norma geral negativa, permissão positiva e permissão negativa, entre outras.

Em sentido amplo, a Ciência do Direito é uma ciência que ultrapassa a teoria da norma (fase legislativa), porque deve verificar sua execução no mundo concreto e, ainda, o processo hermenêutico dela resultante (fase judicial).

Por isso, a Ciência do Direito caracteriza-se por ter como objeto finalístico, a busca permanente e contínua da verdade, pela interpretação dos fatos (naturais ou sociais) por intermédio de uma necessária valoração intrínseca desses fenômenos.

Quando se situa a Ciência do Direito como ciência transdisciplinar entre as ciências sociais, ela pode ser entendida como subsistema da Ciência Política, e não uma ciência autônoma, pela qual o Direito é instrumento necessário da Política.

Por conseguinte, entende-se que a Ciência do Direito tem como escopo, no sentido estrito, a norma jurídica. Entretanto, em sentido amplo interessa à Ciência do Direito os conceitos transdisciplinares das ciências humanas e sociais e a construção normativa de uma dada sociedade, desde sua concepção legiferante até a atuação judiciária, pela qual a norma se aplica à realidade social. A dogmática jurídica é espécie do gênero “Ciência do Direito”, na qual a Hermenêutica se constitui como forma de decisão.

Neste sentido, a dogmática é a cientificidade da decodificação da norma, criando regras interpretativas que se constituem técnicas para recepcionar a norma jurídica, fazendo da dogmática jurídica um enfoque particularizado da Ciência do Direito, sob a perspectiva da interpretação.

Em um Estado de Direito há um sistema normativo que descreve as condutas exigíveis pelo comando legal, mas há, também, critérios metodológicos, fixados primordialmente pela doutrina e jurisprudência, que se constituem na dogmática analítica da ciência jurídica, da qual a interpretação é instrumento prático da operacionalização do direito.

Seguindo o ideal de pureza, a dogmática é pautada pela lógica. Mas ela não consegue levar a termo a realização Direito, apenas pelos critérios formais por isso a dogmática possui uma expressão retórica, e uma forma de apresentar rum função sub-reptícia, como expressa Warat “un papel encubierto”:

Interpretando literalmente lo que los juristas afirman sobre su producción teórica específica, podría decirse que la misma cumple una función estrictamente científica. Ello es discutible, si se considera, que el discurso jurídico no es demostrativo sino persuasivo, y por ende, obliga a los dogmáticos a recurrir a una variada gama de manifestaciones retóricas, para asegurar una mejor operatividad. Por ello, vemos también, que bajo el manto protector de un lenguaje ingenuamente descriptivo, se logra veladas modalidades prescriptivas. Así, la dogmática jurídica cumple la importante función de reformular el derecho positivo, sin provocar una inquietud sospechosa de que está realizando esta tarea. Las transformaciones extra-legislativas deben cumplir con ciertos requisitos retóricos. Esto es, el derecho positivo debe ser transformado en base a la ficción de que siempre las decisiones legales derivan de una norma vigente.⁷⁴

A dogmática reafirma a oposição entre norma e realidade, entre teoria e prática, à medida que ela no século XX foi marcada pela construção de conceitos idealizados, que nem sempre representavam a realidade⁷⁵. Deste modo, ela permitiu o uso do Direito com uma nítida função reacionária, com uma postura ideológica, configuração de uma realidade formal, a qual seria capaz de impor-se aos fatos, estando acima de seus determinantes políticos, econômicos e culturais, à medida que é fruto da razão, manifestando-se de maneira isenta.

Seguindo o horizonte de pureza, em busca de autonomia científica, a dogmática jurídica manifesta a preocupação com a depuração e ordenação do universo de conceitos formadores do direito, com objetivo de garantir completude a possibilidade de subsunção. Assim :

A dogmática constrói-se, assim, como um processo de subsunção dominada por uma dualidade lógica em todo fenômeno jurídico, que o reduz a duas possibilidades: ou se encaixa ou não se encaixa, construindo-se enormes redes paralelas de seções. A busca, para cada ente jurídico, de sua natureza-e esta é a preocupação com a natureza jurídica dos institutos, dos regimes etc.- pressupõe uma atividade teórica deste tipo, na qual os fenômenos ou são de direito público ou

⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou. Op. Cit. p.161.

⁷⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio A função social da dogmática. São Paulo:Max Limoad. 1998, p. 80.

de privado, um direito qualquer ou é civil, sendo as eventuais incongruências ou tratadas por exceções ou contornadas por ficções.⁷⁶

A dogmática deve superar esta função conservadora atribuída a ela, possuir novos contornos, dissociados do modelo repetitivo e opressor, haja vista que a mesma pode consolidar novas expressões do Direito, na medida em que incorpora novas perspectivas, possibilita a consolidação de novos olhares trazidos ao Direito, principalmente, no caso brasileiro, pela Constituição. Dessa forma, surge indagação de como a ciência jurídica incorpora o texto constitucional, marcado pela busca de realização de direitos sociais e a consolidação de valores éticos.

A dogmática jurídica preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação, estando ligada a conceitos fixados, ou seja, partindo de premissas estabelecidas. Essas premissas ou dogmas estabelecidos (emanados da autoridade competente) são, *a priori*, inquestionáveis. No entanto, confirmadas as hipóteses e o rito estatuído na norma constitucional ou legal incidente, podem ser modificados de tal forma a se ajustarem a uma nova realidade. A dogmática, assim, limita a ação do jurista condicionando sua operação aos preceitos legais estabelecidos na norma jurídica, direcionando a conduta humana a seguir o regulamento posto e por ele se limitar, desaconselhando, sob pena de sanção, o comportamento *contra legem*. Mas não se limita "a copiar e repetir a norma que lhe é imposta, apenas depende da existência prévia desta norma para interpretar sua própria vinculação".⁷⁷

A dogmática precisa, sempre, apresentar soluções para as lides, tendo como fonte o conjunto normativo, até quando esse ordenamento não fornece elementos suficientes. Numa querela judicial, uma das partes pode não aceitar a decisão imposta, mas o conflito, em termos jurídicos, encerra no momento do veredicto. Esse ponto fica claro, pois "o conflito permanece nas diferentes (pre)visões estimativas (ou expectativas) que o indivíduo tem do mundo circundante, pois a parte derrotada pode continuar 'revoltada com o sistema injusto' mas não pode mais ser alegado em termos jurídico-dogmáticos."⁷⁸

⁷⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A função social da dogmática. Op. cit. p. 78.

⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 32.

⁷⁸ Idem, p. 33.

A dogmática depende do princípio da inegabilidade dos pontos de partida mas não se limita a copiá-los. Dá-lhes interpretação, manipulando-os mesmo, de certo modo.

Observamos que essa limitação teórica pode levar o jurista ao exagero de um posicionamento extremamente normativo fechando os olhos para a realidade, esquecendo ser o fenômeno jurídico um fenômeno essencialmente social. Hodiernamente, há uma certa confusão sobre o que é dogmática, levando muitos a considerarem-na apenas uma técnica destinada aos profissionais do Direito (procuradores, juízes etc.) como condição indispensável ao exercício de suas atividades. Alguns autores entendem a dogmática jurídica como a própria ciência do direito já que é um estudo sistemático dos preceitos jurídicos. Para outros, a dogmática é uma arte e não se confunde com a ciência jurídica, tratando-se de um trabalho secundário e acessório sem estabilidade e certeza típicas dos conhecimentos científicos.⁷⁹

A Dogmática Jurídica não é sinônimo de Ciência Jurídica, tampouco se limita a ser ramificação secundária como arte. Podemos compreendê-la como "o momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe."⁸⁰

A dogmática jurídica pode ser caracterizada tradicionalmente por: restringir o mundo jurídico da realidade; produzir coerência social fazendo verdades que, escondem seu caráter arbitrário seguindo suposta racionalidade com aparência não-opressiva; propagar ideologias pertencentes ao grupo social dominante e tenta encobrir tais ideologias; manipular os conceitos axiológicos trabalhando com eles, definindo-os e neutralizando-os.

Mas além disso, ela também pode possuir um potencial crítico, quando se fala em dogmática o interlocutor pensa em dogmatismo, não basta porém, uma dogmática qualquer, logo transformada ideologicamente a serviço do poder, pela banal razão de que se tende atentar discursivamente descrever as regras jurídicas postas sem assunção de qualquer posição, de todo impossível. Esse lugar neutro não é humano; e quem ali se encontra está, sempre a serviço de alguma ideologia. A dogmática então precisa ser

⁷⁹ LESSA, Pedro. apud REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 322.

⁸⁰ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 322.

crítica, para não se aceitar a regra, transformada em objeto, como uma realidade. Isso só é possível, por evidente, porque se tem presente que o real é impossível quando em jogo a sua apreensão e, com muito custo, que a parcialidade a que se chega depende, no seu grau de muitos saberes que não aquele jurídico.⁸¹

É possível a construção de um conjunto de “verdades” e conceitos consolidados na prática jurídica, os quais determinam no cotidiano dos juristas, a luta por pautas que não estão dadas de maneira taxativa e exaustiva, mas sim alçadas em cada situação, considerando as suas peculiaridades, não passíveis de respostas prontas, elaboradas e catalogadas por quem detém a fala autorizada. Construção do conjunto de conhecimentos jurídicos não pode mais ser uma formulação que não leva em conta a provisoriedade do conhecimento, nem respeita a diversidade e a complexidade do mundo atual. Por conseguinte, para o seu desenvolvimento da dogmática contemporânea, exige-se uma atuação transdisciplinar.⁸²

Sendo de fundamental importância uma dogmática constitucional a orientar a aplicação do Direito, à medida que ela fornece esquemas de trabalho, regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio indispensáveis à solução ou decisão justa e fundamentada, dos casos ou problemas jurídico-constitucionais.⁸³

Com relação à epistemologia, cabe denunciar o reducionismo empobrecedor da cultura jurídica, proposto pelos ideais de pureza. É claro há que se reconhecer os méritos da Teria Pura do Direito, à medida que ela busca reduzir o caráter doxológico e metafísico, trazendo a modernidade para o Direito, libertando-o de credices. Mas, contudo, ela possibilitou o esvaziamento da dimensão moral e política da realização do Direito, pautando a análise do jurista, exclusivamente por critérios metodológicos, reforçando a sua dimensão lógico-procedimental, tendo assim o Direito como um poderoso instrumento dos interesses dominantes, revelando a sua face opressora.

⁸¹ MIRANDA, Jacinto Coutinho. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n 3. Porto Alegre: IHJ, 2005.p. 38-39.

⁸² Idem, p. 38-39.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, P. 14.

1.3.2 CONSTITUCIONALISMO E A REDEFINIÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO

A discussão em relação ao papel opressivo é, sem dúvida, o principal aporte crítico direcionado ao Direito anterior à Constituição de 1988. O compromisso reacionário do Direito de reafirmar as estruturas dominantes, preocupado principalmente com a garantia da propriedade e a liberdade, em detrimento da igualdade e da promoção humana, sem falar também da convivência pacífica entre regimes autoritários e as instâncias jurídicas.⁸⁴

A Constituição de 1988 possibilita um novo horizonte para o Direito, seus conteúdos sociais, com objetivos de garantias democráticas e promoção dos direitos humanos, fazem do Direito um instrumento de transformação da realidade, estando ele a propor rupturas com a forma com que a atual sociedade é estruturada, permitindo assim o “retorno ao Direito”.⁸⁵

A crítica contemporaneamente dirigida ao Direito, tem manifestado a preocupação de evitar que a ciência do Direito permaneça restrita ao estudo dos estatutos científicos dos discursos jurídicos. Tal crítica propõe que ela atenha-se também, aos efeitos sociais destes discursos. Deste modo, as disciplinas jurídicas não devem reproduzir a normatividade institucionalizada, fazendo do Direito um instrumento útil à estática social⁸⁶. Mas ao contrário, manifestar-se em prol de uma preocupação ética, destacando o papel emancipatório da implementação dos direitos humanos.

Desta forma, desenvolve-se um esforço crítico, no sentido de realizar uma denúncia ideológica, de recusa do dogmatismo e de reconstrução da ciência jurídica. É necessário perceber o Direito, como um saber e como uma prática social, em razão disto não pode ser um conhecimento inflexível e impermeável.

Com a neutralização da pertinência política do Direito, fruto da compreensão epistemológica que valoriza a pureza, a juridicidade passa, então, a ser descrita

⁸⁴ AGUIAR, Roberto. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo: Alfa Omega. 1990..

⁸⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Ri de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 141.

⁸⁶ Dessa forma desenvolve-se um esforço crítico no sentido de operar uma denúncia ideológica. CLEVÉ, Clemerson. *O direito e os direitos*. Op. Cit. P. 70.

fenomenicamente, mas de maneira a ser identificada com a norma legal, fazendo com o saber jurídico daí não se afaste. E razão disto, a reabilitação política do Direito é a tarefa epistemológica mais interessante do pensamento crítico atual.⁸⁷

Pela reafirmação da conexão entre o Direito e a política, e mais ainda, com a inserção de um conteúdo ético, o constitucionalismo colabora para que se possa responder duas questões propostas por Tércio Sampaio Ferraz, a respeito da Ciência do Direito 1) qual a função que a ciência passa a assumir na sociedade? 2) Como a sociedade acaba influenciando na própria elaboração da ciência ?⁸⁸

O Direito, enquanto expressão do social, é elemento colaborador do modo de produção social. Assim, ele já se encontra no interior da estrutura social, anterior a sua expressão estatal. Assim sendo, a forma jurídica é imanente a infra-estrutura, como pressuposto anterior à sociedade civil, mas que a transcende enquanto posta pelo Estado, como Direito positivo. O Estado produz o direito positivo, que era até este momento uma relação implícita à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como direito pressuposto, na forma produzida pelo estado tornar-se direito posto.⁸⁹

O constitucionalismo contemporâneo tem, como característica epistemológica, o fato de conduzir a ciência jurídica, não só a descrever ou realizar uma mera repetição das regras componentes do Direito, passando a ter uma função prescritiva, sob pena de não possuir relevância. Ela também não pode permanecer incauta a outro risco, o de omitir-se politicamente, realizando apenas funções ideológicas.⁹⁰

E isto também funciona como determinante para a dogmática, uma vez que o Direito resulta de um conjunto de causas, as quais vão muito além até da própria decisão que realiza o Direito, dentre eles os valores socialmente prevalecentes, interesses de fato dominantes, injunções econômicas e políticas dentre outras. Pois o Direito não provém exclusivamente do legislador, que não o produz autonomamente, mas escolhe uma possibilidade de regulamentação do comportamento e exclui outras, as quais

⁸⁷ Idem, P. 165.

⁸⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A função social da dogmática. Op.cit., p. 23.

⁸⁹ GRAU, Eros. O Direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁹⁰ ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003 p. 251.

permanecem enquanto perspectiva no horizonte da experiência jurídica, à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna.⁹¹

Esta forma de perceber Direito, levando em conta os elementos que perpassam a sociedade e as ciências, de um modo geral, altera a condição teórica da dogmática jurídica. Ela não se atém em traduzir os significados do Direito. Mas, se volta para processos decisórios que dão conta da sua realização, assim sendo, “seu problema não é primordialmente uma questão de verdade, porém de decibilidade”.⁹²

A reflexão sobre como o Direito se constitui, traz a impossibilidade de separá-lo dos conteúdos éticos e políticos fundadores de nossa sociedade, bem como, seus sonhos de mudança e seus projetos coletivos. É necessário inserir uma preocupação substancial ao Direito.

A definição epistemológica do Direito não se constrói por sua autonomia hermética, mas, por uma percepção transdisciplinar, com a devida consideração dos condicionantes políticos, bem como detentora de uma postura, a qual não seja ideologicamente incauta, nem alheia aos compromissos inerentes à função social do Direito. Nisto o constitucionalismo contemporâneo, denuncia insuficiências e incongruências de percepção científica voltada para a pureza, à medida que traz para o direito o consenso ético-político formado democraticamente, contendo o conjunto de princípios a serem perseguidos pela sociedade em suas instituições. Neste contexto a redefinição científica do direito, seu objeto não se resume à regra, mas ao universo valorativo de princípios, não passíveis de serem analiticamente condensados pelos repositórios.⁹³

Conseqüentemente, o Direito deve ser percebido sob aspecto de ciência ligada ao demais condicionantes sociais, dos quais ele não pode estar isolado. Para consolidar uma prática jurídica voltada para a realização plena dos direitos, e fazer do Direito um saber inserido na historicidade, conhecedor do mundo e, voltando-se para o futuro, apto

⁹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio A função social da dogmática. Op. Cit., p. 89.

⁹² Idem, p. 89.

⁹³ “Em razão disso, deve recusar a busca do estatuto de cientificidade próprio e particularizado; a pretensão ao monopólio da verdade jurídica e o propósito de apenas instrumentalizar o exercício da lei. A utopia jurídica deve comunicar-se interdisciplinarmente com os demais saberes e teorias jurídicas, manifestando um compromisso ético com os direitos politicamente conquistados, mas juridicamente não exigíveis, e com os direitos a conquistar para reclamar a mutação do singular posto através da promoção do plural instituinte.” CLEVÉ, Clemerson. O direito e os direitos. Op. Ct.. P. 177.

para formular conceitos teórico-práticos para mudá-lo. Um saber jurídico que, conhecendo o dado normativo, o explique historicamente, ao mesmo tempo em que, captando-o como resultante de relações de poder, promova e reclame a afirmação dos direitos à dignidade e felicidade humanas.”⁹⁴

Na década de quarenta San Tiago Dantas, ao fazer uma retrospectiva do Direito até então, em discurso alusivo ao cinquentenário da faculdade de Direito da Universidade do Brasil, já percebia a evolução da relação entre a ciência do Direito e a política. Concomitante a isso analisava também a consolidação Direito Público frente ao Privado, o aspecto, que marca justamente o Estado Social, pois, nascia uma outra compreensão do Direito Público, diferente daquela de inspiração liberal que o concebeu⁹⁵.

De modo que a indagação de San Tiago Dantas persiste, uma vez que:

Tudo que aspirava ao absoluto, ao imutável, foi envolvido na grande transformação das idéias, e quer no campo do Direito Público, quer no Direito Privado, a política restaurou de súbito o seu inconstatável império, pondo diante do jurista um vasto material novo, que os seus instrumentos doutrinários nem sempre estão aptos para trabalhar. E, é aí que nos cabe indagar pelo destino da ciência do Direito, pertenceria ela a uma cultura cujas raízes foram rompidas brutalmente, e seu fim será declinar e retirar-se ante o arbítrio do legislador? Ou terá ela um papel a desempenhar no mundo que se ergue, neste meado do século XX ? Será seu papel histórico- resistir, e domesticar as inovações que surgem; ou procurar audaciosamente criar sobre elas uma ordem nova?⁹⁶

É justamente este o desafio que a ordem constitucional trouxe: reformular o saber jurídico, com intuito de fornecer elementos para a prática jurídica consolidar a realização

⁹⁴ CLEVÉ, Clemerson. O Direito e os direitos. Op.cit. P. 176-177.

⁹⁵ “O direito público a cinquenta anos atrás parecia ser o único direito Público, embora fosse, na verdade, um direito Público. A sua construção legislativa e doutrinária visava a fazer do estado um autômato, espécie de máquina capaz de atender a toda e qualquer emergência histórica, sem que a colaboração do homem político fosse além do necessário para fazer funcionar o aparelho constitucional. Tudo que perturbasse ou ferisse esse automatismo perturbava ou feria a ordem jurídica. O direito se tornara solidário com uma certa concepção política do Estado, e graças a isso alargara suavemente os seus domínios, até operar esta transformação singular: a política passara a dever obediência ao Direito; este, em vez de ser, como sempre fora, uma criação dos governos, passava a ser uma ordem imanente a que toda boa política se devia circunscrever e sujeitar”. DANTAS, Francisco Clemetino San Tiago. Renovação do Direito. In: encontros UNB: ensino jurídico; 1984, p. 41.

⁹⁶ Idem, p.41-42.

dos conteúdos ético-políticos do Direito. Nesta linha, a Constituição, mais do que novos conteúdos para o Direito, traz novas funções para o jurista.

A incompatibilidade dos elementos que fundam o Direito com a realização do mesmo, é rompida pelo constitucionalismo, que une ambos os pólos, separados pelo abismo formado por uma compreensão deturpada do Direito. Isto se dá à medida que os princípios fundantes do Direito, permeiam (ou deveriam) a sua aplicação, de forma que, a partir do constitucionalismo do Estado democrático de Direito, a exploração científica do Direito leva em conta o conteúdo e não se legitima apenas pela forma.

Da forma ao conteúdo é a grande mudança proposta ao Direito na atualidade. Isso se deve principalmente à emergência do constitucionalismo social e dirigente. Associado também, à emergência de novas gerações de direitos humanos, marcadas por conteúdos valorativos como dignidade humana, igualdade, inclusão social, solidariedade, os quais exigem uma postura ativa, e não omissa do Estado.

Esta nova dimensão dos conteúdos constitucionais do Direito tende a exigir da ciência jurídica uma reformulação, de modo a abandonar a sua tradicional indiferença em relação ao conteúdo substantivo, em razão de priorizar os requisitos metodológicos. Pois, a função transformadora do Direito no Estado Democrático de Direito, não permite a neutralidade proposta pelo positivismo.

Da mesma forma que o Direito determina a realidade teórica e social, ele já está anteriormente determinado pelo conjunto de fatores que atuam na direção política da sociedade. Portanto, o ideal de pureza metodológica proposto por Kelsen pressupõe uma certa onipotência do Direito sobre as demais esferas da vida humana. Nesta medida, o trabalho do jurista se daria restrito à reprodução dogmática.⁹⁷ Contrariamente, na atualidade, a realização do Direito exige uma implícita compreensão política dos objetivos trazidos pela Constituição.

⁹⁷ “la dogmática jurídica partiría del presupuesto de que es posible describir el orden legal, sin ningún tipo de referencias de carácter sociológico, antropológico, político y económico. Por tanto, es presentada como una construcción teórico-objetiva y rigurosa, una elaboración conceptual del derecho vigente sin indagación alguna de su instancia ideológica y política; una mera ciencia lógico-formal dedicada al estudio exclusivo de las normas legales. El texto legal es el dato inmediato del cual parte el jurista en su trabajo científico.” WARAT, Luis Alberto. Epistemología e ensino do Direito: o sonho acabou. Op.cit. p.180 ss.

2 AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E DO DIREITO: AS NOVAS FUNÇÕES DO JURISTA

2.1 A construção do Estado Democrático de Direito

2.1.1 ESTADO LIBERAL

Ao se tratar do Estado, imediatamente remete-se à ordem jurídica, pois é possível reconhecer a forma específica de legitimidade do Estado moderno, como sendo a sua reivindicação para que as suas ordens sejam reconhecidas como vinculatórias, porque são legais, isto é, porque emitidas em conformidade com normas gerais e apropriadamente promulgadas.

O Estado de Direito surge das preocupações formais tidas pelo Liberalismo, que carecia do asseguramento das liberdades privadas, para a fluência da livre iniciativa, e criar um espaço livre de regulação para a vida econômica, o mercado. Quando se trata do Estado de Direito, tem-se frisado como características as fornecidas por Elias Diaz⁹⁸:

a) império da lei: lei como expressão da vontade geral; b) Divisão dos Poderes: legislativo, executivo e judiciário; c) Legalidade da Administração, atuação segundo a lei e suficiente controle judicial; d) Direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

É o império da lei que se impõe, devendo significar que o legislador mesmo se vincule à própria lei que cria, tendo presente que a faculdade de legislar não seria instrumento para uma dominação arbitrária. Esta vinculação do legislador à lei, entretanto, para os bons homens dotados de boas intenções, só é possível na medida em que ela seja constituída com certas propriedades/pressupostos: moralidade, razoabilidade e justiça, por exemplo.

O Direito no Estado Liberal se caracterizou por dar preponderância às liberdades negativas, restringindo o espaço de atuação estatal, em favor da defesa das liberdades do

⁹⁸ Diaz, Elias. Estado de Derecho y Sociedad Democratica. Madrid: Cuadernos para el Dialogo, Espanha, 1975, p.29.

cidadão. A lei, caracterizada por ser geral e abstrata, garantiria a livre atuação do indivíduo. Este seria o ator característico de tal forma de Estado ⁹⁹. Tem como suas principais características:

- A- separação entre Estado e sociedade civil mediada pelo Direito, este visa como ideal de justiça;
- B- A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.
- C- A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semi-direita-referendum e plebiscito- bem como, pela imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.
- D- O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.¹⁰⁰

As preocupações típicas do Estado liberal originam a idéia de Constituição. Da filosofia liberal que compreendia o Estado como posterior ao indivíduo livre é anterior ao Estado surge preocupação com a conservação dessa liberdade. A lei constitucional é o modo mais adequado para este fim, funcionando como instrumento a impedir um governo ilimitado, bem como, para garantir os direitos individuais. Assim, a Constituição não só regula o funcionamento dos órgãos do Estado, mas também consagra os direitos dos cidadãos, enquanto limites ao Estado. Para realizar este intento, a Constituição deve ser rígida e inflexível, suas normas não podem ser modificadas pelo poder legislativo ordinário, uma vez que são superiores hierarquicamente.¹⁰¹

A tarefa primordial do Estado liberal de Direito era a produção de leis. Os mecanismos de freios e contrapesos, somente impediam o Estado de fazer o mal, isto é, ameaçar as liberdade e garantias individuais. Não havia preocupação com a elaboração

⁹⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan. Do Direito social aos interesses transindividuais – o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 80.

¹⁰⁰ MORAIS, José Luís Bolzan de &STRECK, Lenio. Ciência política e teoria do Estado. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 90.

¹⁰¹ MATTEUCCI, Nicola. Organización Del poder y libertad. História del constitucinalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998,. p. 23.

de políticas ou programas de ação a longo prazo, revelando assim, a inadequação estrutural dos poderes públicos neste Estado.¹⁰²

Esta percepção do Estado de Direito como condição e possibilidade de governos regidos pelos termos da lei, não é suficiente quando se pretende enfrentar os conteúdos reais da existência de sociedades dominadas pelas contradições econômicas e culturais e de cidadanias esfaceladas em sua consciência política.

A Democracia de inspiração Liberal, ao determinar um único e verdadeiro padrão de organização institucional baseado na liberdade tutelada pela lei, na igualdade formal, na certeza jurídica, no equilíbrio entre os poderes do Estado, abre caminho à conquista da unanimidade de um conjunto de atitudes, hábitos e procedimentos, os quais, geralmente, refletem a reprodução do *status quo*. Em tal quadro, compete ao Estado de Direito tão-somente regular as formas de convivência social e garantir sua conservação; a economia se converte numa questão eminentemente privada e o Direito, por sua vez, torna-se predominantemente direito civil, consagrando os princípios jurídicos fundamentais ao desenvolvimento capitalista, como os da autonomia da vontade e a livre-iniciativa.

É bom lembrar as palavras de José Eduardo Faria:

" Ao regular as relações e os conflitos sociais num plano de elevada abstração conceitual, sob a forma de um sistema normativo coerentemente articulado do ponto de vista lógico-formal, a lei nada mais é do que uma ficção a cumprir uma função pragmática precisa: fixar os limites das reações sociais, programando comportamentos, calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa prontidão generalizada de todos os cidadãos, para a aceitação passiva das normas gerais e impessoais, ou seja, das prescrições ainda indeterminadas quanto aos seu conteúdo concreto."¹⁰³

Entretanto, deve-se lembrar que os compromissos do Estado liberal com os interesses da burguesia, revelam uma face menos formal do mesmo. Ele era uma forma de Estado a serviço dos fatores dominantes da sociedade burguesa "O seu conteúdo legal, não é uma manifestação neutra da razão, sua proposta explícita de ser um

¹⁰² BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: Revista Brasileira de Informação Legislativa n 142 . Brasília: Senado Federal, jan-jul 1999. p.36.

¹⁰³ FARIA, José Eduardo. (Org). O Direito e a Justiça: A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p.134.

instrumento de garantia do livre e igual desenvolvimento dos indivíduos, encobria a possibilidade de desiguais poderes sociais e a natureza de classe do Estado.”¹⁰⁴

2.1.2 ESTADO SOCIAL

As relações sociais no Estado Liberal trouxeram uma série de conflitos e desigualdades, com isso surge o modelo de Estado Social: “temos aqui a construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado, ladeada por um conjunto de pretensões positivas que se referem à busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal”¹⁰⁵. Era necessário a concessão de benefícios sociais para a conformação do proletariado, aplacando a tensão existente entre os detentores do capital e aqueles que vendiam sua mão-de-obra.

O Estado Social é uma tentativa de adaptação, de conformação do capitalismo e superação das suas crises. Trata-se da conformação do Estado tradicional (liberal burguês) aos determinantes sociais da sociedade industrial e pós-industrial, tendo em vista a complexidade por ela apresentada. Deste modo, desenvolveu-se uma forte política social cujo intento era remediar a situação vivida pela parcela mais marginalizada da sociedade, dando-lhes melhores condições de vida.¹⁰⁶

O Estado Social do moderno constitucionalismo, é uma “técnica de conformação”, embora traga modificações progressistas, estas são secundárias, pois permanece intacta a infra-estrutura econômica que dá vida ao capitalismo¹⁰⁷. Seu objetivo era a adaptação social, seus objetivos eram o de conservação, não de ruptura com o modelo capitalista.¹⁰⁸

Sua preocupação era a manutenção do núcleo básico do modelo vigente, dando concessões as quais evitariam a ameaça de uma possível revolução socialista “mas

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 1994, p. 42.

¹⁰⁵ MORAIS, Jose Luis Bolzan. Do Direito social aos interesses transindividuais – o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Op. cit. p. 79.

¹⁰⁶ GARCIA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones el Estado contemporáneo. Madrid: Alianza, 1996, P.18.

¹⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 146-147.

¹⁰⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan. Do Direito social aos interesses transindividuais – o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Op. Cit. p. 79-80.

abaixo das pressões sociais e ideológicas do marxismo, o Estado Liberal não sucumbiu nem desapareceu: transformou-se. Deu lugar ao Estado Social”.¹⁰⁹

A participação do Estado enquanto pessoa jurídica de Direito Público na vida social é indiscutivelmente grande em todos os momentos da cultura ocidental, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, tendo ele adquirido um conteúdo econômico e social, com a promessa de realizar, dentro de seus quadros, a nova ordem de trabalho e distribuição de bens (o Estado Social de Direito). "O Estado Social de Direito correspondia a essa necessidade, opondo-se à anarquia econômica e à ditadura para resguardar os valores da civilização."¹¹⁰

Neste contexto, é possível perceber o surgimento de um discurso ideológico que pretende assegurar uma certa lógica aos poderes instituídos, fazendo com que as divisões e as diferenças sociais apareçam como simples diversidade das condições de vida de cada cidadão, e a multiplicidade de instituições forjadas pelo e no Estado, longe de representar pluralidades conflituosas, surgem como conjunto de esferas identificadas umas às outras, harmoniosa e funcionalmente entrelaçadas, condição para que um poder unitário se exerça sobre a totalidade do social e apareça, portanto, dotado de um caráter universal, que não teria se fosse obrigado a admitir realmente a divisão efetivada da sociedade em classes. Dessa forma assume um caráter ideológico de ocultamento, pois “Para ser posto como o representante da sociedade no seu todo, o discurso do poder já precisa ser um discurso ideológico, na medida em que este se caracteriza, justamente, pelo ocultamento da divisão, da diferença e da contradição.”¹¹¹

Contudo, apesar do seu caráter conformador, as preocupações expressas no Estado Social dão à Constituição uma nova dimensão, o fato de passar o Estado a ter um dever prestacional com vistas à resolução da questão social. Tal preocupação serviu de base para o constitucionalismo de conteúdo programático, com vistas à ação concreta do Estado e não mais a simples limitação dos poderes do Estado com objetivo de garantir à liberdade, o que colaborou para disparidade social. Mas, ao contrário, Constituição passa a ser garantia mínima de vida digna.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 155.

¹¹⁰ VIDAL NETO, Pedro. Estado de Direito. São Paulo: LTr. 1979, p.165.

¹¹¹ CHAUI, Marilena. Cultura e democracia. São Paulo: Cortez, 1989, p.21.

2.1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A aspiração de realizar os valores coletivos, presente no ideário político da sociedade, leva a uma revisão da proposta de Estado, o qual redimensiona sua organização e seu sentido¹¹². Surge como ideal político de toda a Humanidade a aspiração a um Estado Democrático, resultando em regimes variados e contraditórios entre si. Cada um afirma ser mais adequado às exigências desse Estado.

Por mais problemas que possam surgir quando da afirmação de um Estado Democrático, preocupado com a igualdade de seus membros, há necessidade de um pensamento voltado ao ideal de que a democracia precisa de valores e de uma organização adequada, atendendo-se aos pressupostos de eliminação da rigidez formal da preservação da liberdade e da igualdade, em prol da consolidação de um conteúdo valorativo. Destaca que o Estado deve possuir: uma organização flexível, a permanente supremacia da vontade popular, a preservação da igualdade de possibilidades e liberdade. Assim, associa-se a idéia de Estado Democrático a utopia de uma ordem social justa.

A radicalização do ideal democrático leva a uma proposta de Estado preocupada com a democracia nas suas mais variadas dimensões, seja no espaço político, seja na garantia dos direitos das minorias e na preocupação com distribuição democrática dos bens e o acesso a condições de vida digna.

Para tanto, o Estado deixa de ser visto de forma autônoma em relação à sociedade, como um ente racional, e portanto neutro e imparcial. No Estado Democrático de Direito, a relação estado sociedade pode ser melhor resolvida, em razão de sua potencialidade igualitária. Ele passa a ser um instrumento para a realização dos anseios coletivos, orientado por um conjunto de valores estabelecidos a partir e para a sociedade

O Estado Democrático de Direito surge como um paradigma pautado pela busca da igualdade, através da garantia jurídica de condições mínimas de vida à comunidade. Dessa forma o Estado passa a pugnar pela transformação social, sendo que o ator

¹¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 300-316.

principal não é mais o indivíduo, mas as coletividades.¹¹³ O Estado Democrático de Direito é uma concepção de Estado pautada pela transformação social e a imposição de uma série de tarefas aos poderes públicos. Para tanto o Poder Judiciário tem uma função preponderante, como fiscalizador da plena aplicação da lei.

No Estado Liberal de Direito, a lei era um instrumento de limitação dos poderes do Estado. Já no Estado Democrático de Direito, a preocupação social é expressa, por meio das garantias jurídico-legais, assim o princípio da legalidade, presente no seu rol dos princípios, atua não só como meio de ordenação racional, com regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência, mas como a busca efetiva de concretização da igualdade social. O Direito tem a função não de apenas garantir liberdades, mas auxiliar no processo de transformação social.¹¹⁴

A transição para o Estado Democrático de Direito implementado por inspiração do Estado de Bem –Estar Social, traz consigo profundas mudanças na concepção do Direito, apesar de sua face neocapitalista há nele a possibilidade de mudança social¹¹⁵. As políticas públicas passam a sustentar-se juridicamente, fazendo com que os Direitos Humanos passem a vigorar abrangendo os Direitos Sociais, sendo o Direito não mais identificado com a liberdade, mas com a igualdade. Pois, se no Estado Liberal as leis tinham por finalidade básica definir as “regras do jogo”, no Estado Democrático de Direito as normas de caráter “social” são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo, alterando suas regras”.¹¹⁶

O modelo proposto pelo Estado Democrático de Direito traz ao Direito uma função transformadora. Abandonando a idéia de Direito como ordenação (Estado Liberal) e até mesmo de promoção (Estado Social), surgindo assim um papel novo para o Direito e a Lei Fundamental, que vai muito além da Constituição enquanto mero

¹¹³ MORAIS, Jose Luis Bolzan. Do Direito social aos interesses transindividuais – o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 79-83.

¹¹⁴ Idem, p. 79-83.

¹¹⁵ “a novidade do Estado Democrático de Direito não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e a comunidade. (...) Há neste último uma redefinição que lhe dá contornos novos, onde tais objetivos e se coloca vinculado a um projeto solidário- a solidariedade agrega-se a ela, compondo um caráter comunitário”. Idem p. 80.

¹¹⁶ FARIA, José Eduardo. (Org). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 63.

instrumento para aferição da parametricidade formal. Isto tem uma implicação na concepção das tarefas da jurisdição constitucional. Trata-se da instituição de tribunais aptos a instrumentalizar e dar guarida à materialidade constitucional.¹¹⁷

A referida dimensão transformadora do Estado Democrático de Direito ultrapassa o aspecto apenas formal dado tradicionalmente à igualdade, visa à concretização de uma vida digna ao homem. Este paradigma de Estado age como fomentador da participação pública, deve sempre ter presente a idéia de que a democracia implica necessariamente na questão da solução do problema das condições materiais de existência.

O Estado Democrático de Direito é criado com o propósito de efetivar a idéia utópica de transformação da realidade, assumindo a igualdade como objetivo. A lei aparece como instrumento de reestruturação social, devendo atrelar-se não só a sanção, mas também a promoção. Sua proposta política surge com a disposição de reduzir antíteses econômicas e sociais, isto se torna possível com a devida aplicação da Constituição Federal, que representa o interesse da maioria.

Para chegar-se à idéia atual de Estado Democrático foram necessárias inúmeras rupturas e transformações no Estado de Direito. Diferentemente da idéia a que se prendiam os outros modelos de Estado (liberal e social), o Estado Democrático de Direito apresenta a incorporação de conteúdos novos, com o aumento de prerrogativas e mudanças no próprio conteúdo do Direito. Verifica-se uma mudança no caráter da regra jurídica, deixando de ser o preceito genérico e abstrato à percepção de um Direito interpretado a um conjunto de valores e princípios. A concepção formal é submetida à concepção material. O Estado adquire um caráter mais dinâmico e mais forte do que a sua concepção formal, ou seja, as normas devem estar submetidas às variações sociopolíticas, analisando-as de acordo com os princípios democráticos do Direito.

O Estado Democrático de Direito propõe uma nova dimensão à legalidade, uma vez que seus contornos políticos são assumidos de maneira acintosa. A Constituição passa a valer impositivamente sobre as demais normas, com o intuito não só de garantir liberdades individuais, as garantias sociais de caráter comunitário. Assim, passa-se a

¹¹⁷ STRECK, Lenio. A inefetividade dos Direitos Sociais e a necessidade de construção de uma teoria da constituição dirigente adequada aos países da modernidade tardia. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2002. p. 33.

repensar as possibilidades do Direito quando adequado a perspectiva constitucional, dando-lhe função importante para a transformação social.¹¹⁸

Pode-se dizer, enfim, que a idéia de Estado Democrático de Direito, como a própria Democracia, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos espaços e novos instrumentos políticos de participação, que expandem, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea, representativa da intervenção consciente de novos sujeitos sociais neste processo revelando a capacidade de invenção comunitária. Como lembra Warat "No existe nada de antemano establecido como sentido del Estado de derecho, la enunciación de sus sentidos sera permanentemente inventada para permitir una gobernabilidad no disociada de las condiciones democraticas de existencia."¹¹⁹

Diante do quadro proposto por ele, surge o debate visando atribuir maior grau de normação à Constituição, fazendo a teoria jurídica o acompanhamento desta senda, buscando estabelecer elementos objetivos e critérios formais para a eficácia.

A questão que se coloca é que o perfil e o conteúdo das Constituições, especialmente após a segunda metade do século XX, modificou-se. O atual modelo de Estado Constitucional não possui mais a característica absenteísta do modelo liberal, exige-se dele uma participação ativa na vida dos cidadãos, além de garantidora promocional. Que se dá por meio de elementos e instrumentos democráticos a fim de possibilitar situações que tragam a melhoria de vida da população, como é o modelo de

¹¹⁸ "como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com hipótese normativa. Transmutado em social, o Estado de direito acrescenta à atividade estatal prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida. Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais." BOLZAN DE MORAIS, José Luis, STRECK, Lenio. Ciência política e teoria do Estado. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 94.

¹¹⁹ WARAT, Luis Alberto. Fobia al Estado de Derecho. In: Anais do Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Integrada do Alto Uruguais e Missões - URI, Rio Grande do Sul, Brasil, 1994, p.18.

Estado Democrático e Social de Direito vigente – o qual não cede lugar, especialmente no Brasil a qualquer outro modelo globalizante de Estado ou de Direito auto-referencial. E com isto, mudam-se os conteúdos das disposições constitucionais, passando a fixar obrigações dirigidas para o Estado.

A constituinte consegue, pela insistência de poucos segmentos políticos, alinhando compromissos em torno de temas ligados à parcela da população brasileira, insculpir no texto final matérias de ampla abrangência social, contemplando vários direitos fundamentais que a modernidade relegou à sociedade política.

Como referencial jurídico, a Carta de 1988 alargou significativamente a abrangência dos direitos e garantias fundamentais, e, desde o seu preâmbulo, prevê a edificação de um Estado Democrático de Direito no país, com o objetivo de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O Estado Democrático de Direito traz consigo uma nova compreensão do constitucionalismo, a constituição transcende a garantia em face de um poder absoluto do Estado, passa a condensar valores expressos pela comunidade. Estes valores comunitários estão presentes na defesa da dignidade dos direitos humanos, na busca do desenvolvimento econômico e social.

2.2 CONSTITUCIONALISMO E REALIZAÇÃO DO DIREITO

2.2.1 A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO

A Constituição na modernidade pode ser compreendida como a ordenação sistemática e racional da comunidade política por meio de um documento escrito no qual

se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político¹²⁰. Partindo desta visão, a Constituição possui o sentido de um projeto racional de organização social, ou seja, a consubstanciação de valores em um pacto unificador. Por ele, são garantidos os direitos fundamentais e se disciplina a organização do poder político. Em razão disto muitos vinculam à palavra Constituição, um sentido basicamente analítico, influência das ciências exatas. Seguindo esta maneira de compreender a Constituição, ela seria "a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem." ¹²¹

A noção de Constituição como corpo de leis reunidas em um documento escrito, com autoridade superior às leis ordinárias apenas se deu a partir do final do século XVIII, como resultado do movimento constitucionalista. O Estado moderno somente se consolidou por meio das lutas dos monarcas contra a autoridade do Papa e da aristocracia feudal, no período em que o poder absoluto tinha justificação divina, "O constitucionalismo veio a ser, então, o movimento ideológico e político para destruir o absolutismo monárquico e estabelecer normas jurídicas racionais, obrigatórias para governantes e governados." ¹²². O direito, assim, passou a encontrar a sua força legitimadora na Razão humana, esta encarnada na forma semântica da lei pública geral e abstrata, da qual a Constituição constitui o núcleo legitimador fundante.¹²³

O constitucionalismo moderno pode ser entendido como um movimento voltado para a racionalização do Estado e para a despersonalização do poder. Nessa perspectiva, o constitucionalismo trata de uma Constituição escrita, de forma a ser certa, definitiva e acessível, de modo que todos possam exercer seus direitos e sua dignidade humana; ¹²⁴

¹²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 46.

¹²¹ BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 247)

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro.. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 11

¹²³ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. II, p. 193-305.

¹²⁴ "o constitucionalismo moderno coloca como finalidade essencial a preservação da dignidade humana. Como princípios, estão dois pressupostos fundamentais: o império da lei e a soberania do povo." BARACHO, José de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 23, n. 91, p. 05-62, jul./set. 1986).

rigidez Constitucional, garantida contra as arbitrariedades do poder, garantia de direitos fundamentais básicos. Deve ainda organizar racionalmente o poder.

Pode-se definir o constitucionalismo, como faz Canotilho, de duas maneiras: num primeiro momento numa perspectiva histórico-descritiva, voltada para trajetória histórica do constitucionalismo orientado pelo horizonte filosófico da modernidade, livre de aspectos valorativos ou apropriações ideológicas. Assim:

Fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.¹²⁵

A segunda definição trata do constitucionalismo moderno, no momento político vivido na época de seu surgimento. Neste aspecto, não podemos separar os postulados do constitucionalismo do contexto de fortalecimento da burguesia e surgimento do liberalismo.¹²⁶ É possível afirmar que o constitucionalismo moderno caracteriza-se pela existência de um documento escrito, o qual trata da sedimentação dos direitos e liberdades, com suas respectivas garantias, e pelo incremento das formas de limitação do poder político. No plano histórico, a primeira Constituição de acordo com esta doutrina foi a inglesa, mas esta surgiu a partir de um largo processo histórico, carecendo de documento articulado e codificado. Como criação consciente e deliberada, refletida em um documento escrito, a primeira realização institucionalizada do constitucionalismo

¹²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 45 e 46.

¹²⁶ "Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo."(CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 45- 46)

decorreu das constituições das colônias norte-americanas, seguida da experiência francesa.

2.2.2 A DIMENSÃO POLÍTICO-NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O caráter prospectivo dos direitos humanos, mostra a dimensão cultural que a Constituição possui, a qual é determinada socialmente. É necessário perceber como se dá a relação entre a Constituição e a realidade social, o caráter político da Constituição, contraposto ao constitucionalismo tradicional, de matriz liberal, que visa a garantia de direitos individuais e também sociais.

O constitucionalismo de vertente liberal decorre da separação entre sociedade e Estado, com a emancipação e desregulação do mercado. Tal compreensão resultou na opacidade do texto constitucional, incapaz de se adequar aos novos contornos da sociedade. O desprestígio da dimensão normativa da Constituição levou, por sua vez, a uma compreensão radicalmente distinta do fenômeno constitucional, de cunho eminentemente sociológico, segundo a convicção de que não se reduz ela a um simples corpo de normas. Sendo tida como algo muito mais complexo, que abrange toda a variedade de poderes sociais que nela devem estar espelhados.¹²⁷

Tais questões continuam extremamente atuais, de modo que, ainda hoje, como salienta Bonavides¹²⁸ todo problema constitucional procede da ausência de uma fórmula que venha a combinar as duas dimensões da Constituição: a jurídica e a política. Ignorando a realidade oriunda da Constituição, o cotidiano jurídico continua valorizando as soluções constitucionais históricas do liberalismo, tratando-as como perenes.

A fim de refutar esta compreensão anacrônica, a Teoria da Constituição deve ser entendida de maneira pragmática, a partir das condições sociais peculiares a cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica. Desta forma, o Direito Constitucional recupera, as categorias de espaço e tempo e adquire dimensões concretas e históricas, abandonando o caráter metafísico dado à Constituição. A necessidade de se reforçar o caráter político e normativo da

¹²⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A constituição como Princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003, p. 41.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.76-77.

Constituição, se dá pois a mesma não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias.

A Constituição oriunda do poder constituinte refere-se à sociedade com seus condicionantes históricos, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição. Ambos concordam que Estado e Constituição formam uma unidade no Estado Constitucional. Mas as relações recíprocas entre Estado e Constituição não devem implicar na primazia do Estado.

A dimensão política da Constituição se revela no fato de que não é possível entender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta do Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição. O Estado Constitucional foi conquistado contra a falta do Estado de Direito e da democracia e esse combate continua, pois a democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais. A democracia e a soberania popular pressupõem a titularidade do poder do Estado, cuja legitimação e decisão surgem do povo. Assim:

A legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta. Dessa forma, a democracia não pode também ser entendida apenas como técnica de representação e de legislação, como mera técnica jurídica. O pensamento constitucional precisa ser reorientado para a reflexão sobre conteúdos políticos. Talvez devamos retomar a proposta da Teoria da Constituição como uma explicação realista do papel que a Constituição joga na dinâmica política. Afinal, o direito constitucional é direito político. A Constituição, no entanto, não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político, como ocorreu com a Teoria da Constituição Dirigente, pois foi nesse universo normativo fechado que prosperou o “positivismo jurisprudencial”. Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política.¹²⁹

¹²⁹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In: Revista Lua Nova nº 61. São Paulo: CEDEC, 2004. p. 24.

Esta relação de determinação mútua entre a política e a Constituição, faz com que todo Direito contemporâneo, desde as normas mais gerais até as sentenças judiciais, possam ser vistos em sua dimensão política, uma vez que trata da distribuição de obrigações e direitos entre os distintos grupos sociais.¹³⁰

Para uma adequada noção do constitucionalismo contemporâneo cabe conciliar estas duas dimensões, ou seja, a capacidade dela valer enquanto norma a qual deve impor deveres e direitos. Por conseguinte, é um produto e reflexo da ambiência social, que também é por ela condicionada, de modo que “sistema constitucional surge pois expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita”¹³¹.

A Constituição apresenta os elementos materiais oriundos dos anseios, pretensões, lutas e experiências de uma sociedade, sendo este o seu conteúdo.¹³² Devendo assim reforçar a sua capacidade regulativa, uma vez que a Constituição trata do texto normativo, reflexo da pactuação ético-política da sociedade¹³³. Em razão disto a Constituição se encontra imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos que compõem uma realidade viva e dinâmica, não sendo ela algo separado da sociedade. Ao

¹³⁰ CAPELLA, Juan Ramon. Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2002. p. 200.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6ªed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.-77.

¹³² A Constituição deve ter um caráter pético/material/substancial, porque constituidora da própria sociedade (afinal, a Constituição é a explicitação do contrato social, é o espaço de mediação ético-política da sociedade e, fundamentalmente, Constituição é constituir). A Constituição não é simplesmente a Lei Maior, ou qualquer outro conceito (abstrato) que lhe tenha sido dado pela ciência jurídica. Não há uma Constituição ‘primeva-fundante’. É como uma ponte, que não existe enquanto generalidade ‘ponte’. A ponte não é uma construção (‘coisa’) isolada. Ela não só liga as margens que aí estavam desde sempre, como faz, na verdade, aparecer as margens como margens, ou seja, especialmente por sua presença, a ponte destaca uma margem da outra, opõe uma margem à outra. Antes da ponte não havia um lugar. Enquanto coisa a ponte fez aparecer um lugar (...). Com o surgimento/construção da ponte, um desses espaços torna-se lugar. Não é a ponte que toma um lugar no rio, mas, antes, é da ponte que brota um lugar. Nesse sentido, o ser da coisa (ente) ‘ponte’ funda um lugar. STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 282-283.)

¹³³ “A Constituição não afigura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Ela também procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas, constituição real e constituição jurídica estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 15.

contrário, trata-se de um conjunto normativo a refletir os anseios sociais, mas também a consciência ética de um tempo.

Por possuir para além do caráter político, uma dimensão jurídica, deve atuar de maneira soberana, normativamente, sobre a realidade que é parte: “A Constituição jurídica não se configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa resultam a coordenação entre ser e dever ser”.¹³⁴

O conjunto inovador de prerrogativas estabelecidas pela Constituição, dá a sociedade brasileira a possibilidade de reordenar-se. Tal repactuação permitiria realizar as aspirações das forças sociais e organismos dinâmicos e conflitantes da sociedade. Assim, ela é um instrumento jurídico, capaz de colaborar na consolidação um novo modelo de sociedade.

Partindo da Constituição, tem-se uma nova plataforma valorativa para a sociedade que a criou, e que ao adotar o Estado Democrático de Direito como paradigma, deveria ser por ela orientada. Pois, muito embora possa ser criticado o modo como foi formada e a forma de atuação de nossa assembléia constituinte, os regramentos estabelecidos pela Constituição, retratam os valores e aspirações de nossa sociedade, oferecem, com isto, condições de lançar os olhos para um horizonte promissor.

Com a Constituição de 1988, o constitucionalismo brasileiro adota um caráter comunitário. Nela estão representados os valores que a sociedade brasileira pretende ver atingidos. Por isto é importante salientar que a atual Constituição brasileira, baseada no fenômeno social que a constituiu, adota uma característica comunitária, representando os valores eleitos como mais importantes pela comunidade social do país. Deste modo:

O constitucionalismo societário e comunitário, de que fala Carlos Roberto S. Castro, toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores. Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva. Nas palavras de José Afonso da Silva, ‘certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a constituição. Ou seja, o objetivo

¹³⁴ Idem. p. 24.

primordial da Constituição é a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade.¹³⁵

Neste sentido, informada pelo ideal dos valores confortados pela sociedade, se tem a Constituição como um organismo vivo, reflexo e refletidor da essência cultural de uma comunidade, tendo, portanto, estreitadas relações com o contexto de cultura existente, pois o ideal comunitário de valores compartilhados na sociedade deve ser preservado, uma vez que a Constituição “é a autêntica carta de identidade nacional de um país.”¹³⁶

2.2.3 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE

A forma de Constituição pode assumir contornos diferentes, de acordo como compreende-se as metas do Estado. No Estado Liberal, em função da sua agenda política, a teoria constitucional operava com um paradigma de Constituição tida como garantia, preocupada em estabelecer as formas de governo e os direitos individuais. Isto colaborava com as tarefas típicas do liberalismo: zelar pela propriedade privada e pela liberdade das relações econômicas. Quando da consolidação do Estado Democrático de Direito como referencial, a Constituição fez outra opção de metas e prioridades, passando a projetar um modelo diferente de sociedade, impondo ao Estado tarefas que desencadeariam o processo de fortalecimento da democracia e implantação dos direitos sociais. Por este conteúdo é que a Constituição se afirmou como Dirigente.

A proposta de Canotilho redimensiona a teoria constitucional ao propor a Constituição, tendo como uma das suas razões de ser, atuar como um projeto no qual convergem os sonhos de uma sociedade, planejando suas atividades e seus objetivos. Deste modo, à função de garantia do existente é acrescentado um projeto de futuro, mudando também as estruturas da Constituição.

¹³⁵ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.16.

¹³⁶ Idem, p.68.

Canotilho, ao propor a Constituição Dirigente¹³⁷, afirma que ela possui duas funções: ser uma garantia do existente e um programa ou linha de direção para o futuro. Sua programaticidade se expressaria através da “determinação vinculativa de competências, formas e processos do exercício do poder”¹³⁸.

Por certo, ela deixa de ser apenas uma garantia, não se prendendo as formas de exercício de poder, mas pensando também quais as tarefas a serem desempenhadas pelos detentores de cargos públicos, de modo que a atuação destes não se dá mais de forma livre, mas vinculada às determinações constitucionais. Sendo assim, uma ordem material, traz intrínseca as dimensões de norma e de tarefa: “nesta perspectiva se afirma que a Lei Fundamental é o esboço de uma via, e algo do desejado não apenas do estatuído, confirmante ou garantidor do existente”¹³⁹.

¹³⁷ Na última edição do Livro Constituição Dirigente e vinculação do legislador (2001), Canotilho afirma que, na contemporaneidade, a Constituição Dirigente não seria mais a forma adequada de teoria constitucional, “Dir-se-ia que a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como um normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos tipos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição erguendo-se á categoria de linha Maginot contra as invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a linha de caminho de ferro neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.” (CANOTILHO, 2001). Canotilho entende que a Constituição Dirigente cumpriu seu papel na história, tendo sido de grande importância na consolidação da modernidade, agora superada na sua essência restando muito pouco da sua proposta. Tendo em vista que: “A Constituição Dirigente era um projeto da modernidade, um projeto de transformação, um projeto com sujeitos históricos (até em termos hegelianos), sujeitos que, no caso da Constituição portuguesa, eram os trabalhadores, as classes trabalhadoras, o movimento da forças armadas. Esses sujeitos históricos desapareceram do texto e passaram a ter, digamos, uma influência menos nítida no processo de transformação inicial. Isto era logo visível no que toca ás forças armadas; também as classes trabalhadoras, enquanto sujeitos históricos foram eliminados do texto: não foram eliminadas da vida real, mas foram eliminadas do texto.” (COUTINHO, Jacinto Miranda (org.). Canotilho e a Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14).

Contudo, a firmação da morte da Constituição Dirigente deve levar em conta duas questões: 1) a falta de concretização da promessas a modernidade nos países em desenvolvimento; 2) que ela não morreu completamente. Canotilho afirma que resta ainda alguns aspectos do dirigismo constitucional, com relação a vinculação do legislador permanece o fato de que “o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta primeira sobrevivência da Constituição Dirigente em termos jurídico-pragmáticos”. Outro elemento do constitucionalismo dirigente ainda vivo é a permanência de um caráter programático, mas transferido para os textos internacionais. (COUTINHO, Jacinto Miranda (org.). Canotilho e a Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15).

¹³⁸ CANOTILHO, José J.G. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2ªed.Coimbra: Almedina, 2001.p. 151.

¹³⁹ Idem, p. 153.

A Constituição Dirigente possui uma estrutura peculiar. Se uma Constituição é entendida como instrumento de governo, sua estrutura é feita por normas determinadoras de competências, normas de processo e organização e garantias de direitos fundamentais. Uma lei fundamental programática vai além, tendo também princípios e diretrizes jurídicas constitucionais, princípios políticos constitucionalmente conformadores e imposições legiferantes.

O constitucionalismo deixa de ser apenas a doutrina que impõe limites ao governo passando a impor deveres a ele. A Constituição é um conjunto de regras destinadas aos detentores de funções públicas, impondo-lhes regras formais e substanciais.

A Constituição com caráter dirigente passa a ser vista como um instrumento que impõe tarefas e programas a serem concretizados pelo Estado, através das suas instituições. Desse modo, a Constituição passa a ter um conteúdo material predominante e não apenas um conjunto de garantias. No caso brasileiro, a Constituição pode ser entendida como uma Constituição Dirigente, pois suas normas programáticas definem fins e programas com objetivo de obter melhorias nas condições sociais das pessoas. Sendo que ela estabelece também, meios para a obtenção judicial da realização destes fins, como: o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção, Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.¹⁴⁰

Nos países em desenvolvimento as promessas da modernidade não se concretizaram, de modo que se faz necessária uma Constituição Dirigente, ou seja, uma Constituição que institua metas para realização de mudanças que viessem alterar (melhorar) as condições da população. Quando se fala de uma possível morte da Constituição Dirigente, deve-se considerar também que a Constituição brasileira não possui o caráter revolucionário que caracterizou a Constituição Portuguesa. Desta forma, as mudanças propostas em nossa Constituição não carecem de rupturas abruptas, mas sim transformações no modo de ação das instituições.¹⁴¹

¹⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: Revista Brasileira de Informação Legislativa n 142 . Brasília: senado federal, jan-jul 1999. p. 38.

¹⁴¹ STRECK, Lenio. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais -sociais em terrae brasilis. Revista brasileira de direito constitucional. Rio de Janeiro: ESDC, 2004. p. 279.

A consolidação dos direitos que tratam do acesso aos bens produzidos pela sociedade e possibilitam vida digna a todos, principalmente os direitos sociais, tem no dirigismo constitucional, a forma de compreensão da Constituição mais apta à sua implementação. Devendo-se levar em conta também o fato de que uma Constituição Dirigente está ligada a uma teoria de Estado adequada para efetivação dos planos propostos por ela.

A Constituição modifica a relação dos titulares do poder com o mesmo, pois ela é um sistema de regras, substanciais e formais, que não permitem mais o livre exercício do poder por eles auferido. A liberdade de atuação está em grande modo mitigada, tendo em vista a sua responsabilidade pela realização da Constituição. Dessa forma, as constituições não representam somente o complemento do Estado de Direito por intermédio da extensão do princípio da legalidade a todos os poderes, incluindo o Legislativo; são também um programa político para o futuro, porque impõem a todos os poderes, imperativos negativos e positivos como fonte de sua legitimação. Poderia dizer-se que constituem utopias de direitos positivos, estabelecem perfeitamente, as perspectivas de transformação do Direito mesmo em relação à igualdade nos direitos fundamentais.

A Constituição brasileira afirma, de maneira robusta um conjunto de conteúdos que buscam a realização dos direitos sociais-fundamentais e constituem o núcleo essencial da Constituição, o seu caráter de programa de futuro que visa a transformação social. Por isso, é que o caráter dirigente da Constituição deve ser mantido, sustendo-se assim à sua programaticidade, “pela simples razão de que, sem perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição” .¹⁴²

O valor da Constituição nos projetos de sociedade e nos ideais a serem construídos coletivamente deve ser recobrado tendo em vista que “A Constituição é, certamente, um projeto social, que dirá aos brasileiros quais são as regras que dão algum sentido à sua existência e a sua trajetória existencial. Ela é, também, resposta a um

¹⁴² STRECK, Lenio. A inefetividade dos Direitos Sociais e a necessidade de construção de uma teoria da constituição dirigente adequada aos países da modernidade tardia. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2002. p. 63.

passado, um processo, pois está sendo construída e reconstruída todos os dias pelos atores jurídicos, pelos operadores jurídicos e também pelos cidadãos”.¹⁴³

A Constituição Dirigente é uma forma de compreender o constitucionalismo, como um elemento de transformação social. Ela aponta caminhos, sonhos e institui valores que a sociedade persegue e põe em marcha à sua concretização, pois:

A Constituição é uma condensação de relações de forças, porque é a partir desse fenômeno que surgem as disposições normativas. A Constituição, por outro lado, é razão utópica, no sentido de que anuncia a possibilidade de um mundo novo. Ela nos diz, afinal de contas, para onde, em que direção devemos prosseguir. Portanto, por um lado é um discurso que, pacificamente, absorve o conflito e, por outro lado, ilumina a trilha, para dizer por onde devemos seguir.¹⁴⁴

Assim, tem-se no dirigismo constitucional, a compreensão mais adequada da forma de Constituição adotada. A partir desta percepção de nosso texto constitucional, devem ser viabilizadas as formas de atuação jurisdicional capazes de efetivá-la.

2.2.4 CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: NOVAS FUNÇÕES À JURISDIÇÃO E AO JURISTA

O grande desafio colocado ao jurista pelo constitucionalismo contemporâneo, localiza-se na sua inaptidão para a efetivação das normas constitucionais. Os elementos formadores do imaginário dos juristas, os quais na sua maioria ainda não acessaram a nova realidade proposta ao Direito pela Constituição, continuam atuando de maneira indiferente ao texto que determina a forma de nos constituirmos como sociedade e nos dá a possibilidade de reforçarmos nossos laços comunitários. Em razão desta incompreensão, boa parte das normas inseridas na Constituição permanecem sem aplicação prática. As justificativas para tanto são as mais variadas possíveis.

¹⁴³ CLEVE, Clemerson. Controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, João. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.387.

¹⁴⁴ Idem, p.387.

Em virtude disto, é que se busca a concretização constitucional, mediante a conexão entre o texto da Constituição, todos os anseios e valorações postos nele pelo poder constituinte, com as relações do mundo. Por isso, este processo será permeado por uma análise contextual e crítica sobre a posição que o jurista contemporâneo assume nesta tarefa realizadora dos dizeres constitucionais.

Com a nova dimensão que o constitucionalismo assume ao longo do século XX, deixando de ser somente o conjunto de regras que disciplinam o poder de governar, ele passa também a buscar a implementação de valores constitucionais substantivos, que formam um programa a ser implementado pelo Estado.

Nesta perspectiva, o papel da jurisdição (constitucional) se complexifica e ganha um importante significado político, significado que até então se limitava à aferição da efetividade das normas que regravam o exercício do poder, sem impor aos detentores destes nenhuma tarefa substancial. A justiça constitucional apresenta-se e duas perspectivas: uma, de caráter jurídico-formal, outra, de caráter político-substancial, construída no pluralismo das forças constitucionais, cujo lugar preeminente, em termos jurídicos formais, passa a ser ocupado pela Constituição.

A Constituição é cada vez mais, um consenso no qual vai cristalizando-se a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o palco dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.¹⁴⁵

¹⁴⁵ “Há que distinguir, portanto, entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. A primeira é pacífica, conforme o entendimento da doutrina; a segunda, controversa. A primeira é matéria institucional, estática, a segunda, axiológica e dinâmica; aquela inculca adequação e defesa da ordem constitucional, esta oscila entre o Direito e a política. À verdade, tribunal ou órgão de Estado, consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregue requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade arranhada e contestada ou comprometida, como ora acontece em determinados sistemas judiciais dos países da periferia. Neles o influxo das interferências executivas sobre o Judiciário se fazem sentir com mais força e intensidade, descaracterizando, não raro, a natureza do controle, transvertido em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, e sempre orientados no sentido do fortalecimento e hipertrofia, já do poder do Estado, já do arbítrio dos governantes.” BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e*

Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.

Considerando que a Carta Constitucional confere aos juízes a função de controle da atividade legislativa, implicitamente atribui os poderes necessários para o reparo, o que, no caso de omissão, implica na concretização judicial da norma constitucional, pelo menos para o caso concreto, independentemente da atividade legislativa. Repetindo Ronald Dworkin, "o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos." ¹⁴⁶

A consolidação dos direitos fundamentais no quadro constitucional brasileiro tem sido ignorada pelos agentes públicos, dentre eles os juristas que nas suas mais variadas funções, tem habitualmente praticado uma interpretação retrospectiva (pré-1988). É imprescindível que haja uma inversão: os operadores do Direito devem adquirir uma mentalidade que propicie uma interpretação prospectiva (pós-1988) ¹⁴⁷, adequada a nossa Constituição Dirigente.

A Constituição de 1988 é fruto de uma efervescência política, constituída a partir de uma convergência de lutas, as quais visavam consolidar uma cultura política e institucional, que priorizasse a promoção humana, a cidadania e a dignidade humana. Estes ideais deveriam animar a caminhada da sociedade rumo a projetos igualitários. Tais valores foram instituídos de maneira programática, ou seja, sua adoção dependeria do envolvimento das instituições públicas. Com relação aos direitos sociais, o esforço foi escasso, principalmente pelo fato das classes beneficiárias dos direitos sociais não possuírem espaço nas instituições políticas. Em virtude disso, é necessária uma postura ativista de toda a sociedade em suas variadas esferas. Os juristas não podem eximir-se de

legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: Revista de Estudos Avançados n 51. São Paulo: USP, 2004, p. 127.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 44.

¹⁴⁷ CLEVE, Clemerson. Controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. Op. Cit.. p. 390.

seu compromisso social, fazendo-se necessário que eles compreendam o seu potencial de atuação e o instrumental jurídico disponível à promoção da Constituição.

Como já foi tratado, o modelo proposto pelo Estado Democrático de Direito traz insito a idéia de transformação social, dele surge uma função promocional ao Direito que compreende a Constituição como portadora de um conteúdo material. Materialidade esta que deve ser resguardada pelos tribunais, que não podem ficar restritos à “aferição da parametricidade formal” dos textos legais.¹⁴⁸

A atuação dos tribunais por meio de uma compreensão material da Constituição Federal, foi sempre restringida, em razão dos princípios de soberania e separação dos poderes. Estes princípios não são mais vistos como óbices, inobstante o fato de terem grande importância¹⁴⁹. A questão agora é a supremacia da Constituição, de modo que o legislativo e o executivo estão subordinados à Constituição Federal:

A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação dos poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao estado. A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento

¹⁴⁸ STRECK, Lenio. A inefetividade dos Direitos Sociais e a necessidade construção de uma teoria da constituição dirigente adequada aos países da modernidade tardia. In : Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2002. p. 33.

¹⁴⁹ A melhor página que já lemos ultimamente acerca da legítima politização das Cortes Constitucionais como ponto de equilíbrio entre concepções de vida, pré-compreensões e opções sociais, políticas e culturais, é da lavra do constitucionalista Luis Nunes de Almeida, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, vazada nos seguintes termos: “O que importa fundamentalmente assegurar não é o equilíbrio entre este e aquele bloco político-partidário, mas entre concepções de vida, pré-compreensões, opções sobre a organização da sociedade – isto é, entre blocos político-culturais. O que importa é que haja equilíbrio entre os que defendem, sobretudo, a liberdade e os que propendem mais para a autoridade; entre os que acentuam mais a autoridade; entre os que acentuam mais a necessidade de garantir os direitos dos cidadãos e os que atribuem maior importância à salvaguarda das instituições; entre os que pendem para as prerrogativas do Parlamento e os que simpatizam com o reforço dos poderes do Executivo; entre os que vêem a realização da justiça social do reconhecimento de direitos e aqueles que a vêem sobretudo realizada através de formas assistenciais; entre os que se preocupam com a redistribuição da riqueza e os que dão maior ênfase à produção; entre os que têm uma formação laica e os que têm uma formação confessional. Não é, pois, entre partidos, mas entre estas sensibilidades que tem necessariamente que haver um equilíbrio no Tribunal Constitucional, e nisto, e só nisto, há de consistir a sua politização.” A tibieza jurisprudencial do Supremo em acórdãos interpretativos da Constituição na idade do pós-positivismo e da prevalência dos princípios faz parte também da crise e tem concorrido muito para a desorientação jurídica que mina as bases do ordenamento. O Supremo Tribunal Federal em ocasiões extremamente delicadas esteve sujeito a manipulações executivas de uma política de governo infesta aos supremos interesses da nação. Por onde resultaram intromissões descabidas de administradores e governantes na esfera dos poderes correlatos, de titularidade soberana nem sempre respeitada, a saber, o Judiciário e o Legislativo. Estes, em momentos decisivos da batalha, renderam-se ou se inclinaram ora à inércia e omissão, ora à colaboração, feita de temor, submissão e sacrifício da independência. BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: Revista de Estudos Avançados n 51. São Paulo: USP, 2004, p. 105.

não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário.¹⁵⁰

A jurisdição constitucional deve reafirmar o sua função, através do reconhecimento do papel Dirigente de nossa Constituição, dessa forma assumir uma atuação de intervenção para o cumprimento dos direitos fundamentais e dos princípios a eles inerentes. Vindo a atuar de maneira crítica em duas frentes, uma indicando aos cidadãos que algo diferente está acontecendo no poder, mostrando como seus representantes estão se comportando; e ainda afirmar se nossa geração reagirá, fazendo o esforço político para definir a sua identidade coletiva, em prol dos direitos que tornam os cidadãos iguais. A jurisdição constitucional deve assumir a tarefa da resistência constitucional.¹⁵¹

Por óbvio, que a função de implementação das políticas públicas, cabe originariamente ao poder Executivo e Legislativo. Ao Poder Judiciário cabe um papel subsidiário, atuando quando estes descumpram suas obrigações, ou venham por suas ações a atentar contra a Constituição, ou mesmo quando não consigam evitar que outros agentes particulares venham a macular tais disposições¹⁵².

É importante lembrar, quando se trata de jurisdição constitucional, que suas funções devem ser adaptadas ao referencial do Estado Democrático de Direito, este trouxe uma alteração na relação entre a política e o Direito. De forma que o Direito já não está subordinado à política como se dela fosse um mero instrumento de atuação, havendo uma relação de complementariedade entre a política e o Direito, em decorrência

¹⁵⁰ STRECK, Lenio. A inefetividade dos Direitos Sociais e a necessidade construção de de uma teoria da constituição dirigente adequada aos países da modernidade tardia. In : Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2002. p. 34.

¹⁵¹ Trata-se do processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles; solidariedade frente ao individualismo, programação frente á competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas. O novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal rumo á igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais .STRECK, O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. in: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro, 2003, p. 208.

¹⁵² ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro, 2003, p. 143.

da sua subordinação constitucional, ela esta condicionada aos vínculos constitucionais que podem ser negativos, como impostos pelos direitos às liberdades que não podem ser violadas, ou vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser implementados, não havendo escusa para os órgãos políticos negarem, ou romperem estes vínculos.¹⁵³

Se é verdade que a Constituição é um documento jurídico-político, no qual ressoam os anseios da comunidade que a institui seguindo esta linha de pensamento, tem-se a jurisdição constitucional como uma tarefa de relevância política. O Poder Judiciário tem a função de resguardar e colaborar na implementação dos conteúdos do regime constitucionalmente proposto.¹⁵⁴

Tal postura se espera principalmente do Supremo Tribunal Federal, devendo impor a Constituição ante aos demais poderes, bem como a qualquer força política ou econômica que contrarie suas determinações.¹⁵⁵

Como já foi referido, a Constituição é o laço de união entre política e Direito, neste contexto o Judiciário assume também uma função política, passando a desempenhar sua atuação, empenhado na preservação e na imposição da Constituição aos demais poderes. Isto ocorre porque na perspectiva de uma Constituição Dirigente, o Poder Legislativo e o Executivo estão vinculados à Constituição devendo sua atuação promover os fins por ela impostos, o que numa posição dirigente significa, não produzir textos que a desrespeitem, mas também deve promovê-la, executando as tarefas propostas por ela. Desta forma esta mitiga a soberania do Poder Legislativo, mesmo sendo ele o representante popular, portanto a Constituição funciona como remédio contra as maiorias. Estas características são indispensáveis à proposta de Estado assumida pela nossa Constituição:

Essa é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado democrático de Direito. É dessa intrincada engenharia política que

¹⁵³STRECK, Lenio. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. Op. Cit. p. 212-213.

¹⁵⁴ “ se a própria Constituição não se definiu como um ordenamento valorativamente neutro, pois está comprometida com determinados valores comunitários, tampouco pode ser neutra a tarefa de garanti-la. CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Op. Cit. P. 63.

¹⁵⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A constituição como Princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Op. Cit. p. 115.

exsurge um novo modelo liberal, o direito tinha a função ordenadora e fixadora das bases da legislação para se contrapor ao antigo regime e tudo o que ele representava. Para essa tarefa, havia que se superar o jusnaturalismo. O triunfo da vontade geral traz ínsito um deslocamento da esfera de tensão do poder do executivo (que representava o absolutismo) para a vontade popular-revolucionária (representada no legislativo) que triunfou. Sem qualquer legitimidade, o judiciário é colocado à margem desse processo. A própria noção de Constituição não assume lugar cimeiro no velho continente, porque tratava do público, em tempos de triunfo do privado. A relevância está no código civil, e não no texto constitucional. A crise desse modelo liberal engendra a necessidade de alterações no papel do Estado e do Direito. Do problemático absentismo exigia-se um estado que impedisse a revolução que poderia surgir da incapacidade do liberalismo em gerar uma sociedade que compatibilizasse progresso com distribuição de renda e justiça social.¹⁵⁶

Ao se refletir sobre a atual função do jurista, faz-se mister mencionar as mudanças na teoria do conhecimento vividas contemporaneamente, em que o homem tem uma busca incessante pelo conhecimento e cuja potencialidade de transformação crítica da realidade aparece como uma de suas características, traz em seu cerne o questionamento a dois conceitos que compõem o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade:

A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha uma percepção de sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.

A objetividade realizar-se-ia na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. O certo, contudo, é que o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à interpretação. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria é feita de normas, palavras, significantes e significados.¹⁵⁷

¹⁵⁶ STRECK, Lenio. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais-sociais em *terrae brasilis*. Revista brasileira de direito constitucional. Rio de Janeiro:ESDC 2004. p. 289.

¹⁵⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Interesse Público, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 11, p. 42-73, jul/set 2001. p. 47.

Em razão destas mudanças, tem-se uma nova perspectiva ao abordar os elementos dogmáticos da teoria constitucional, relacionadas a problemática que envolve a falta de efetividade (aplicação prática) de boa parte da Constituição, especialmente nos direitos sociais, relacionados com aqueles sujeitos que mais necessitam de atuação estatal. A interpretação das normas componentes do sistema, influenciada pelos novos horizontes da filosofia da linguagem, possibilita que seja cada vez mais ampla a aplicação da Constituição, principalmente na concretização dos princípios.

Além disso, não se pode deixar de considerar os elementos dogmáticos que fazem da Constituição, a norma superior dentro do sistema jurídico e implicam na sua consideração, de forma efetiva, como norma jurídica, ou seja, dotada de força normativa e vinculando condutas. Diante da força normativa da Constituição e sua supremacia, tem a sua aplicação como normas jurídicas, com obrigatoriedade de obediência para todos, vinculando os particulares e os poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Há ainda a concepção de que a Constituição Brasileira de 1988, em razão de ser expressão do constitucionalismo comunitário, opera a entrega ao Poder Judiciário do monopólio da jurisdição, com a garantia de acesso a todo cidadão. Em decorrência desta prerrogativa, qualquer indivíduo desejoso da implementação de direitos individuais e coletivos pode procurar o Judiciário para a prevenção ou reparação desta violação. Isto porque:

O constitucionalismo “comunitário” brasileiro, ao conferir prioridade aos mecanismos jurídicos de participação que buscam efetivar o sistema de direitos assegurados pela Constituição, especialmente contra as omissões dos poderes públicos, não tem qualquer dificuldade em fazer uma leitura ampliada deste dispositivo constitucional, defendendo a proeminência do Poder Judiciário, que deve desempenhar papel político relevante no sistema constitucional, podendo inclusive sobrepor-se ao Legislativo.¹⁵⁸

Prosseguindo na sustentação da possibilidade de ampliação e modificação do campo de atuação do Judiciário, para além do modelo liberal (de Constituição e de Estado), Cittadino conclui:

Para o constitucionalismo “comunitário”, portanto, a atividade jurisdicional não pode ficar adstrita a uma legalidade positivista e abstrata, destituída,

¹⁵⁸ CITTADINO, Gisele. Op. Cit.. P. 64.

assim, de qualquer dimensão política. A função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui uma clara conotação política. E não poderia ser diferente. Como a constituição é, para o constitucionalismo “comunitário”, um sistema de valores, a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em um instrumento de realização política.¹⁵⁹

Inafastável, por isto a possibilidade concretizadora do Poder Judiciário “nunca na história republicana do país, juízes e promotores alcançaram tanta evidência como agora, graças as prerrogativas concedidas pela Constituição Federal de 1988”¹⁶⁰, é através do Judiciário que se dá a maior parte da atividade hermenêutica sobre as normas jurídicas (e, por certo, das constitucionais), mesmo porque a saturação pelo tempo perdido com a inefetividade política dos demais poderes faz com que não se possa relegar esta conclusão. Além disso, a necessidade de cumprimento e efetivação dos direitos sociais, parte importante da nossa Constituição não pode mais ser postergada.

Ao analisar a função social do jurista nas suas mais diversas atribuições (magistratura, advocacia, Ministério Público, e demais serviços da administração da justiça), nota-se que em todas estas esferas não é feita à devida compreensão da função social (constitucional) do operador jurídico. Para a compreensão da sua função é necessário que o imaginário esteja imbuído das construções teóricas historicamente elaboradas pelo Direito.

O caráter substancial e ético da Constituição, traz ao jurista o desafio de superar o formalismo burocrático, qual ainda domina a cena jurídica, e faz da atividade jurídica uma função com contorno ainda muito pobre.¹⁶¹

¹⁵⁹ Idem, P. 65.

¹⁶⁰ FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. In: Revista de Estudos Avançados. N 51. São Paulo: USP, 2004, p. 103.

¹⁶¹ “A conversão dos cartórios judiciais em máquinas *kafkianas* de fazer transcrições e expedir notificações transforma juízes em gestores de escritórios emperrados. A atuação formalista dos tribunais superiores, ao prender-se a minúcias processuais na avaliação dos julgamentos das instâncias inferiores, retarda as decisões terminativas e/ou desloca o foco do julgamento das questões essenciais para questões meramente procedimentais (entre 1990 e 1994, 23,18% dos casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal trataram exclusivamente de técnicas processuais e em 36,37% a corte empregou argumentos de direito processual como fundamentação de suas sentenças) (Castro, 1996). Por fim, a conversão dos recursos judiciais num sistema quase automático e repleto de tecnicidades de discutível utilidade, faz da atividade-fim de juízes e promotores um trabalho de Sísifo, reduzindo as instâncias superiores ao papel de juntas administrativas de confirmação de decisões já anteriormente tomadas em casos idênticos (entre 1991 e 1996, 84% dos recursos extraordinários e agravos de instrumento julgados pelo Supremo Tribunal Federal foram repetições de casos já decididos pela corte) (Arantes e Kerche, 1999). E, na medida em que esse contexto organizacional tende a embotar o espírito e a não estimular a reflexão e a criatividade, o Judiciário e o MP acabam sendo indigentes na produção de respostas para seus problemas. Como podem

As mudanças ocorridas no cenário político vieram atenuar o modo liberal de gestão política e econômica. O Estado Democrático de Direito, manifesta preocupação com a justiça social, buscando acessar a toda população um amplo conjunto de benefícios sociais, visando atingir a igualdade. As transformações propostas por ele atingem também a realização do Direito. A atuação do jurista no modelo liberal de Direito tinha apenas a função de garantir a liberdade econômica, a propriedade e a livre-iniciativa. Para tanto o Direito deveria garantir segurança jurídica, tendo como principal preocupação a validade do ordenamento jurídico.

O Direito na vigência de uma perspectiva liberal encontra uma série de problemas, pois o mesmo não observa a existência de antinomias e considera a linguagem unívoca. Outra dificuldade que o Direito relativo ao Estado Liberal de Direito apresenta é a indiferença com a sua repercussão social.¹⁶²

Esta indiferença social do Direito se consolida devido ao “horizonte de sentido” adotado na prática jurídica.¹⁶³ O conjunto de convicções presentes no seu imaginário impede o jurista de realizar o Direito levando em conta aspectos pragmáticos, seguindo apenas a rotina ditada pelo senso comum teórico dos juristas, ou seja, a “constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente os

eles sobreviver fechados em si mesmos, incapazes de se auto-avaliar? De que modo exercer suas funções instrumentais, políticas e simbólicas de modo minimamente eficiente? Como lidar com os conflitos emergentes no âmbito de uma sociedade heterogênea e complexa se o arcabouço do sistema jurídico está superado? Como aplicar direitos que conferem prioridade aos valores da igualdade e da dignidade se a cultura profissional dos operadores jurídicos, de caráter privatista e normativista, foi forjada com base em premissas incompatíveis com a realidade socioeconômica? Como traduzir o interesse público em situações concretas, nas quais estão em choque interesses e direitos difusos, por um lado, e o direito à propriedade privada, por outro? Se as regras processuais foram concebidas basicamente para filtrar, canalizar e viabilizar a tramitação de litígios interindividuais, como os tribunais devem tratar conflitos comunitários, grupais e classistas? De que modo desestimular o uso abusivo dos recursos, especialmente os impetrados com fins dilatórios, fator responsável pela banalização dos tribunais superiores? Se as decisões dos juízes se circunscrevem apenas aos autos e às partes, como devem agir quando a resolução dos litígios a eles submetidos implica políticas públicas, cuja responsabilidade é do Executivo? Como suas sentenças podem guardar de coerência entre si, uma vez que a inflacionada e fragmentária ordem legal não permite decisões unívocas e o sistema descentralizado de decisões judiciais carece de articulação entre suas diferentes instâncias e braços especializados? Como proceder quando os demais poderes batem à porta dos tribunais solicitando decisões que não foram capazes de tomar consensualmente?” . FARIA, José Eduardo. Os sistemas brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. In: Revista de Estudos Avançados N 51. São Paulo: USP, 2004, p. 105.

¹⁶² ROESLER, Claudia Rosane. Debate sobre a função social do operador jurídico e seus pressupostos. In: CORRÊA, Darcísio. Direito espaço público e transformação social. Ijuí: Unijuí, 2003. p.230.

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz.. Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

atos de decisão (judiciária) e de enunciação (do Direito)”¹⁶⁴. Portanto o jurista renega o seu potencial histórico e crítico.

A racionalidade jurídica convencional orientada pelo senso comum teórico dos juristas tem uma importante função ideológica, pois o operador jurídico nega o seu potencial crítico,

Segundo Bourdieu, há na verdade um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras das categorias e da própria atividade jurídica, que faz do exercício do operador jurídico um novo habitus, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu valor profissional em uma espécie de “capital simbólico”, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos.¹⁶⁵

A transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, traz consigo profundas mudanças na concepção do Direito, constata-se nele a possibilidade de mudança social. Aprofundando assim as políticas públicas passam a sustentar-se juridicamente, fazendo com que os Direitos Humanos passem a vigorar abrangendo os Direitos Sociais sendo o Direito não mais identificado com a liberdade, mas com a igualdade¹⁶⁶. Pois, se no estado liberal as leis tinham por finalidade básica definir as “regras do jogo”, no Estado-Democrático de Direito as normas de caráter “social” são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo, alterando suas regras.¹⁶⁷

Estes objetivos fazem com que a produção legal também sofra mudanças. Diferente do Estado Liberal de Direito, a produção jurídica do Estado Democrático de Direito se caracteriza por ser,

¹⁶⁴ WARAT, Luis Alberto. Introdução ao Estudo do Direito I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991, p. 15.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. Cit., p. 51-52.

¹⁶⁶ ROESLER, Cláudia. O Poder Judiciário e o Estado de Bem-Estar Social: Notas para um Estudo sobre a sua Transformação. In: Direito em Debate n. 12. Ijuí: Unijuí, jul/dez.98, pp. 65-98.

¹⁶⁷ FARIA, José Eduardo. (Org). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 63.

Uma ordem jurídica com alto caráter simbólico e com normas genéricas e carecedoras de uma posterior delimitação acaba acarretando uma contínua atividade de construção de sentido. A idéia de finalidade torna-se central nessa discussão e vai orientar a hermenêutica jurídica no seu esforço para fazer frente a essas transformações. Ao invés de uma atividade determinada no tempo, por exemplo, quando do advento de uma nova norma, exige-se agora um trabalho constante de interpretação e de adequação das normas à realidade em mutação, de acordo com finalidades que variam e apontam para uma atividade prolongada no tempo.¹⁶⁸

O texto constitucional caracteriza “o advento da nova ordem constitucional promulgada em 05 de outubro de 1988, privilegiando conceitos “abertos” e “indeterminados” colidentes com as categorias e definições precisas e unívocas tradicionalmente cultivadas pela dogmática jurídica”.¹⁶⁹

Outra característica do Estado Democrático de Direito é que há uma valorização do sentido político do Poder do Judiciário. O Judiciário passa a ter um importante papel na implementação de políticas públicas. Não significa que ele deva tomar a iniciativa das políticas públicas, mas sim atuar no sentido de buscar que os poderes legislativo e executivo reformulem suas linhas de atuação.

Contudo, esta tarefa transformadora só se efetiva, mediante a compreensão por parte do operador jurídico da necessidade da sua colaboração para a realização destas propostas de transformação social. Portanto, as mudanças ocorridas no modo de atuação do Estado e no conteúdo da Constituição, devem vir acompanhadas de uma profunda reformulação no imaginário dos juristas. Uma nova percepção do Direito deve emergir, capaz de compreender as duas características principais do Estado Democrático de Direito, a busca pela transformação social e a resignificação política do Poder Judiciário.

O jurista na contemporaneidade assume uma postura intervencionista, abandonando sua função meramente arbitral, não tratando de apenas zelar pela ordem estabelecida, mas sim, deve atuar de modo a pugnar pelo conteúdo da Constituição. A magistratura e os demais operadores do Direito, deixam de ater-se exclusivamente ao ajuste social, não mais preocupando-se, apenas com os meios adequados para a solução dos litígios particulares, passando a intervir nas relações sociais, principalmente contra

¹⁶⁸ ROESLER, Claudia Rosane. Debate sobre a função social do operador jurídico e seus pressupostos. Op. Cit.. p.237.

¹⁶⁹ FARIA, José Eduardo. (Org). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. Op. Cit.. p. 60.

as tendências de livre-mercado e desregulamentação econômica, pelas quais prevalece a lei do mais forte¹⁷⁰.

Para tanto se faz necessária a recepção da viragem- lingüística, a qual possibilita ao jurista uma nova forma de concretizar o Direito, tendo em vista o caráter principiológico da legislação produzida no Estado democrático de Direito. Na interpretação da lei duas questões carecem ser enfrentadas para a compreensão da função social do operador jurídico,

a) crescente número de normas programáticas e normas de organização editadas com o propósito de impor ao executivo obrigações inéditas em matéria de políticas públicas e de lhe conceder amplos poderes de decisão, regulamentação e delegação para formulá-las e executá-las; resultante da progressiva transformação do Estado liberal num Estado-providência, de caráter predominantemente administrativo, a expansão dessas normas modifica a organicidade lógica-formal do sistema jurídico brasileiro, na medida em que muitas delas limitam-se a indicar certas finalidades ou objetivos, deixando a especificação, a regulamentação e a concretização aos diferentes órgãos do executivo; b) a crescente complexidade das novas matérias reguladas por textos legais cujos dispositivos, inter cruzando-se e formando inúmeras “cadeias normativas”, obrigam o Judiciário a interpretá-las e aplicá-las de modo construtivo.¹⁷¹

O Estado Democrático de Direito, como foi dito anteriormente, possui como característica a busca da transformação social, e uma ampla construção simbólica e genérica da legislação. Estas características dão à tarefa de efetivação do Direito um papel importante. Reconhecido o papel do operador jurídico na implementação das políticas públicas asseguradas juridicamente, o mesmo só cumpre sua função se opera a realização do Direito através da construção pragmática do sentido legal, desconsiderando o “horizonte de sentido” que limita a atuação do jurista e impede o “acontecer constituinte”.¹⁷²

Cabe assinalar que o grande obstáculo é de origem cultural, as concepções conservadoras que habitam o imaginário dos juristas fazem com que no cotidiano as

¹⁷⁰ CAPELLA, Juan Ramon. Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 225-227.

¹⁷¹ FARIA, José Eduardo. (Org). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. Op. Cit.p. 61.

¹⁷² STRECK, Lenio. A hermenêutica, a lei e a justiça: uma discussão dos obstáculos do acontecer da constituição. In: ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. LEAL, Rogério Gesta. Direitos sociais e políticas públicas. Santa Cruz: Edunisc, 2001.

novas possibilidades dadas ao Direito pela Constituição sejam ignoradas.¹⁷³ Novas formas de empreender o Direito, somente se efetivarão quando da construção de uma cultura constitucional. Tal percepção teórica deverá permitir um novo olhar ao Direito, alterando a forma como são produzidos os conhecimentos jurídicos, redefinido-se assim o perfil do jurista.

¹⁷³ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro, 2003, p. 167.

3 A FORMAÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA: OS CONHECIMENTOS E AS HABILIDADES NECESSÁRIAS À ATUAÇÃO DO JURISTA

O novo cenário proposto constitucionalmente traz implicações subversivas ao modo tradicional de compreensão do Direito, desse modo, a normatividade constitucional só será consolidada por um conjunto de mudanças na forma como se desenvolve a construção do conhecimento jurídico. Por conseqüência novas perspectivas são trazidas ao imaginário dos juristas, liberando dos estreitos horizontes trilhados pela prática cotidiana dos operadores jurídicos.

Neste processo a universidade tem um papel importante, por ser um cenário vocacionado à produção de alternativas, que venham arrefecer a forma tradicional de percepção do Direito. Contudo, seu desempenho atual. Não consegue consolidar uma prática científico-formativa capaz de contextualizar a realização do Direito às demandas atuais, nem conhecer e enfrentar os desafios que lhes são propostos.

Por conseguinte, se faz necessário compreender a evolução da “produção” do conhecimento jurídico, buscando traçar um panorama que permita compreender a evolução das formas de pensar o Direito, e sua relação com nossos momentos político-institucionais, bem como, a forma que se refletia a compreensão do Direito.

Na atual fase vivida, os cursos jurídicos, como a universidade em geral já não possibilitam a diferença que permite a hierarquia, e os diplomados estão expostos às vicissitudes do mercado, no qual a competição é o grande desafio. Assim, a universidade, não consegue produzir conhecimentos capazes de dar efetividade ao Direito.

O ensino do Direito, para alcançar tal objetivo, deve ter como foco: 1) possibilitar uma formação transdisciplinar, a qual permita a compreensão do direito nos desafios contemporâneos; 2) a revalorização dos ideais republicanos, por meio da promoção de uma cultura jurídico-constitucional; 3) a formação de juristas por meio da construção de subjetividades nutridas por um sentimento constitucional, motivadora de um novo *habitus* dos juristas que faça da Constituição um horizonte de ação cotidiana.

3.1 Recepção constitucional e as alterações propostas ao ensino jurídico

Como já mencionado nos aportes introdutórios, o problema sobre as normas constitucionais está na sua falta de aplicação, ou seja, e no caso particular brasileiro, de que a Constituição de nosso país, na sua maior parte, não está sendo aplicada. A simplicidade da abordagem pode deixar transparecer uma certa ingenuidade, porém quando a questão é colocada em um nível científico fica visível a falta de capacidade teórica dos juristas em trabalhar com normas de diversas estruturas e com conteúdo incomum ao das demais normações existentes no sistema. Isto fez com que os juristas, em um primeiro contato com a novidade constitucional, julgassem necessária toda uma estrutura normativa inferior para que fosse possível dar concretização à Constituição.

Uma compreensão adequada implica no desenvolvimento de novas habilidades, isto porque se a Constituição traz novidades, para que ela seja compreendida e efetivada ela exige aptidão dos juristas. Entender-se sobre algo é menos um saber do que uma habilidade ou um poder, entender de alguma coisa significa estar apto para ela, poder se arranjar com ela, a compreensão de qualquer coisa é tecida por habilidades, um modo de ser, se o jurista compreende a Constituição sabe como lidar com ela.¹⁷⁴

Esta noção, que há muito permeia a concepção tradicional dos juristas, carrega o vezo estranho de que a abordagem do cientista do Direito deve se dar no plano exclusivamente formal da regras, a qual, segundo a doutrina de Kelsen, seria o objeto da ciência do Direito.

Ocorre que a atividade do cientista do Direito não pode se vincular à mera análise estrutural e formal das leis, uma vez que tais regras aplicam-se a uma realidade. E este mesmo jurista não pode se distanciar da verificação de todos os elementos científicos, especialmente fora do âmbito jurídico, considerando-os na elaboração de sua análise. Portanto, a questão é vencer a estrita abordagem positivista para então encetar por um caminho que conduza a uma aproximação do Direito com outras ciências de

¹⁷⁴GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 160-161.

forma questionadora , do próprio Direito pensado de modo tradicional (formal e seguindo os postulados da lógica dedutiva) e desta relação científica transdisciplinar.

Nesta linha “É necessário afastar-se do vício do conceptualismo ou do analitismo desvinculados da realidade, derivados do positivismo, na certeza de que, sendo a linguagem vulgar e jurídica conceituais, devem os conceitos de que se servem satisfazer necessidades humanas, ao invés de obscurecê-las terminando por negá-las.”¹⁷⁵

A tarefa de realização da Constituição tem como maior obstáculo, a inadequada compreensão das imposições e das possibilidades advindas do texto constitucional. O constitucionalismo contemporâneo e no caso brasileiro, as perspectivas oriundas da CF de 1988, como já foi expresso ao longo do trabalho, possui um conteúdo ético, na qual se visualiza a transformação da realidade econômica e social. Como também já foi referido, ela tem uma dimensão política, a qual por meio do seu caráter normativo deve se impor ao direito infraconstitucional.

A estes intentos impõe-se como obstáculo o fato do imaginário dos juristas, ainda não habilitado para tais realidades, há uma necessidade premente do conhecimento jurídico redimensionar-se, por intermédio da formação de uma cultura constitucional, inerente não só ao jurista, mas também a todo o cidadão. Esta é a grande tarefa contemporânea do ensino jurídico.

3.1.1 CULTURA CONSTITUCIONAL : O IMAGINÁRIO DOS JURISTAS DESAFIADO

Quando pensamos em manifestar a significação de uma cultura, devemos, a priori, encontrar a aliança participativa e existente entre a dimensão política e o alcance social. Estes dois elementos retratam e resultam em algo, que em nossos dias, ganha a denominação de Estado. Mas, o que é o Estado? O Estado é o ente político que se fundamenta em algo que juridicamente o disciplina; esta disciplina o aborda não só como um método de condução de sua existência real, mas, principalmente, visa mantê-lo

¹⁷⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco De. Direito, Justiça Social e Neoliberalismo. 1ª Ed . São Paulo: Revista Dos Tribunais. 1999, p. 27/28.

coerente com a vontade social, ou seja, com a vontade constitucional que uma dada sociedade revela ao eleger seus líderes, seus representantes, seu governo. Assim, o poder constituinte originário tenta reproduzir sob a forma de regras e princípios, questões que anteriormente surgem na sociedade, as tendências de uma sociedade estão expressas na lei fundamental.

Decerto, não só os valores sociais que representam a cultura formam o cerne constitucional. Mas, com toda certeza, é o ingrediente primordial, sem o qual, a democracia ou o Estado de Direito perderiam sua finalidade ou importância substancial. Ao se optar por um paradigma de Estado de Direito, faz-se uma opção cultural, a medida que ele é a escolha histórica por uma determinada forma de vida em sociedade, uma maneira de se moldar a solidariedade social. Um modelo de Estado traz ínsito um conjunto de valores, os quais por meio da ação do mesmo e dos membros desta comunidade, serão implementados, desta forma um modelo de Estado é uma opção política com vistas a uma construção cultural.

Necessário lembrar que a cultura tem por objetivo atender às necessidades imediatas dos indivíduos ou instituições, daí porque sempre se vislumbra o esforço humano no sentido de um aprimoramento, quer intelectual, técnico ou artístico. O conhecimento humano pode representar a cultura, porque a cognição não é estática, se acumula e se propaga entre as gerações, assim como as técnicas encontradas pelo homem são capazes de evoluírem, resultam em benesses cada vez mais propícias e oferecem ao ser humano maiores facilidades à sobrevivência ou existência confortável, com a satisfação das inúmeras necessidades que o homem experimenta no decorrer de sua vida.¹⁷⁶

A cultura deve ser considerada como o conjunto das disposições e das qualidades características do espírito "cultivado", isto é, a posse de um amplo leque de conhecimentos e de competências cognitivas gerais, uma capacidade de avaliação inteligente e de julgamento pessoal em matéria intelectual e artística, um senso da

¹⁷⁶ “A cultura deve ser contemplada a nível, histórico, enquanto a sua tradição e legados sociais; segundo, a nível normativo, como regras e usos sociais, incluindo cada um dos respectivos valores e ideais de conduta; terceiro, a nível estrutural, entendido este como conjunto de modelos de organização da própria cultura, o bem a nível genético, entendido este no sentido de cultura como produto, como idéias ou como símbolo” (HABERLE, Peter. Teoría de la constitución como ciência de la cultura. Tradução: Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, p. 25.)

"profundidade temporal" das realizações humanas e do poder de escapar do mero presente. Na outra extremidade do campo semântico desta palavra, encontraremos, ao contrário, a acepção puramente descritiva e objetiva desenvolvida pelas ciências sociais contemporâneas: a cultura considerada como o conjunto dos traços característicos do modo de vida de uma sociedade, de uma comunidade ou de um grupo, aí compreendidos os aspectos que se podem considerar como os mais cotidianos, os mais triviais".¹⁷⁷

É possível atribuir à cultura uma responsabilidade assustadora, quando a intitula como vetor que impulsiona a evolução de um regime político, porque se constitui como um lugar de interferência entre múltiplas atividades políticas e econômicas. Insiste em atribuir primazia à cultura, quando nos direciona à idéia de que a vida humana está pautada por necessidades biológicas básicas e dependentes da organização cultural da sociedade.¹⁷⁸

No que tange ao Estado, existe uma necessidade primaz, um "dever-ser", obrigatoriamente, descritos por valores axiológicos. Pois o Estado, sob o ponto de vista filosófico, representa o valor humano da convivência em comum, e, em função do qual, traça-se uma Constituição edificante, e esta traz as diretrizes de um "fazer", "agir" e "comportar-se" adequadamente. Sabemos que a axiologia compreende em si a filosofia dos valores existenciais e aponta aos princípios da ação. Quando em foco o Estado, esta filosofia axiológica indica o bem comum dentro do cenário da Ética, por fim, sedimenta a característica do justo quando equilibra o Direito e a Política.

Desta forma, incide novamente a percepção de que o Estado e a Cultura são elementos resultantes não só do produto, mas, também do processo do conhecimento, daí porque, são imprescindíveis à existência humana. Aqui, refere-se a todas as espécies de conhecimento: vulgar, científico e filosófico. Muito embora saibamos que o conhecimento filosófico é aquele que prima as causas reais dos fenômenos, o qual não afastar-se da realidade.¹⁷⁹

¹⁷⁷ FORQUIM, Jean-Claude. Currículo e Cultura. In: Comentários do Centro Pedagógico Pedro Arrupe - vinculado à Associação dos Colégios Jesuítas- ACOJE- Rio de Janeiro. Disponível em (<http://www.pedroarrupe.com.br/curriculo.htm>). Acesso em 26/07/2006.

¹⁷⁸ HELL, Victor. A Idéia de Cultura. Tradução: Halumi Tateyama Takahashi, São Paulo: Martins Fontes, 1989. p. 12-13.

¹⁷⁹ BAZARIAN, Jacob. O problema da verdade. São Paulo: Círculo do Livro, s.d., p.46.

Com relação à cultura jurídica, ela não se resume na dimensão do conhecimento específico do Direito, nem na existência do ordenamento normativo institucionalizado, mas também são atitudes que fazem do sistema um todo, uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade globalmente considerada. A cultura jurídica engloba tanto as atitudes, hábitos e treinamento dos profissionais quanto do cidadão comum. A esfera da cultura jurídica envolve as questões de como se preparam os juízes e os advogados, o que os cidadãos pensam do Direito, quais as pessoas ou grupos que recorrem aos juízes e tribunais, para que se socorrem de advogados, qual a relação entre a estrutura de classes da sociedade e o uso ou não das instituições jurídicas.¹⁸⁰

Estas e outras questões dizem respeito à cultura jurídica, ou, usando outras palavras, ao imaginário jurídico, quer dos profissionais, quer dos leigos, pois ela se encontra, também, de modo difuso, nas opiniões, regulações e práticas sócio-jurídicas dos não juristas¹⁸¹.

A afirmação de caráter epistemológico de que o direito é uma realidade histórico-cultural,¹⁸² revela que o conhecimento da realidade jurídica é mais do que uma ciência das normas, é, principalmente, ciência dos sentidos do comportamento, como também do sentido das regras que regem os comportamentos. Sendo assim, mais do que designar o objeto da ciência do direito como sendo cultural, interessa afirmar a própria construção do conhecimento sobre o Direito, ao mesmo tempo, como produto cultural e como manifestação da cultura.

A cultura é o elemento pelo qual o homem está atado às teias de significado que ele mesmo constrói, define a cultura, no plano dos fatos, como sendo essas “teias”, e no plano teórico, como a sua análise. Neste caso, a cultura é ciência interpretativa em busca dos significados, por vezes difíceis de discernir, dos comportamentos sociais. Trata-se,

¹⁸⁰ LOPES, José Reinaldo Lima Lopes. Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p. 76-77.

¹⁸¹ A questão da cultura jurídica exige um trabalho prévio de pesquisa empírica sobre os elementos fundamentais da nossa cultura jurídica, “não apenas a cultura jurídica tal como se encontra elaborada por nossos jurista, mas também tal como a encontramos internalizada em nossa população em geral”, MACHADO, Mario Brookman. Cultura jurídica e democracia: a favor da democratização do judiciário. LAMONIER, Bolívar, WEFORT, Francisco, BENEVIDES, Mária Vitória. in: Direito, Cidadania e Participação, São Paulo: TA Queiroz Editor, 1981, p. 22.

¹⁸² REALE, Miguel, O Direito como Experiência, Ed. Saraiva, SP, 1968.

de um “conceito semântico”, cuja vantagem é estabelecer uma hierarquia estratificada de estruturas significantes através do que chama de “descrições densas”¹⁸³.

A cultura jurídica comum dos profissionais corresponde às perspectivas de justiça presentes no imaginário sócio-político, analisado no nível da atividade de interpretação e aplicação normativa para a solução de problemas, obedecendo aos requisitos formais de juridicidade segundo o critério de lícito/ilícito.

De acordo com esses pressupostos, constrói-se o imaginário dos juristas, rico de detalhes formais e amplo quanto às possibilidades de gerar soluções, o “sentido comum teórico dos juristas”. O sentido comum dos juristas significa, no plano teórico, o que *habitus* significa no plano da postura funcional do profissional do direito. Com certeza, são complementares, já que, raciocinar e argumentar de acordo com determinados padrões faz parte do conjunto de atitudes que se incorporam ao comportamento do jurista, como signos do papel social que se auto-atribuem. Cabe ao ensino do direito inserir a capacidade de desbravar o novos territórios, reconstruindo constante os espaços culturais e científicos, permitindo-se a ousadia e a invenção. Pois:

Se o diálogo dos estudantes for com o saber e com a cultura corporificada nas obras e, portanto, com a práxis cultural, a relação pedagógica revelará que o lugar do saber se encontra sempre vazio e que, por esse motivo, todos podem igualmente aspirar ele, por que não pertence a ninguém.¹⁸⁴

Há uma vinculação estreita entre a cultura e política, “a cultura põe a política em contato com a vida, com as mais genuínas fontes de inspiração popular. A política empresta à cultura uma organização, um conteúdo socialmente útil, um sentido de orientação para o bem comum.”¹⁸⁵

Em razão disto, pode-se afirmar a necessidade de uma nova cultura jurídica, a qual venha a revelar a função prática não apenas simbólica da Constituição. É bastante pertinente a crítica de Marcelo Neves ao “caráter simbólico” do texto constitucional

¹⁸³ Em busca de uma definição de cultura, GEERTZ começa por apontar o que a cultura não é: não é realidade super orgânica, nem padrão bruto de comportantes, nem está (como quer GOODENOUGH) no coração e na mente dos homens. A cultura consiste em estruturas de significado socialmente estabelecidas; é um contexto dentro do qual acontecimentos, instituições, comportamentos podem ser descritos com densidade. GEERTZ, A Interpretação das Culturas, Ed. Guanabaraa Koogan, RJ, 1989, p. 21 e seguintes.

¹⁸⁴ CHAUI, Marilena. Escritos sobre a universidade. São Paulo: UNESP, 2001, p. 71.

¹⁸⁵ OLIVEIRA L.L., VELLOSO E CASTRO, apud PECAUT Daniel. Os intelectuais e a política no Brasil: entre o povo e a nação. São Paulo: editora Ática, 1990, p. 69.

brasileiro, associado esse caráter à “falta de concretização normativo-jurídica dos preceitos constitucionais”. Assim como a função simbólica da Constituição Federal de 1988 manifesta-se tanto “na retórica legitimadora dos governantes” como “no discurso político dos críticos do sistema de dominação”, é possível que esse raciocínio possa ser aplicado ao sistema jurídico brasileiro como um todo, ou pelo menos a alguns códigos. Aumentando o alcance da perspectiva apenas simbólica, talvez as soluções alternativas oriundos de segmentos sociais sub-integrados expliquem-se como reações à falta de força normativa do sistema. Dessa forma, o conteúdo da Constituição de maneira meramente retórica, à medida que ela não alcança o mundo prático.¹⁸⁶

A correlação entre a Cultura e sua importância na edificação e manutenção do Estado, demonstra que o mesmo deve fundar-se com objetivo de atender ao bem comum e revestir-se de valores sociais. Para viabilizar a idéia de um Estado Constitucional, Häberle propõe, no que é apoiado por Pablo Lucas Verdú¹⁸⁷ uma teoria da Constituição como ciência da cultura. O objetivo é apresentar as diretrizes para uma teoria constitucional apoiada na cultura, Häberle avança para além do que os estudiosos de Direito Público estão acostumados a se referir quando utilizam a expressão cultura, ele propõe um conceito mais amplo, que congrega dados sociológicos e antropológicos, reportando-se não apenas ao tripé educação, ciência e arte, mas também referindo-se a todos os tipos de conhecimentos, crenças, artes, moral, leis, costumes e usos sociais que as pessoas adquirem no seio de uma determinada sociedade.¹⁸⁸

Para Häberle, toda compreensão que se realiza no contexto da concretização constitucional necessita de uma ampliação para que se inclua também a cultura dentre os seus elementos científicos, a completar o rol dos conceitos jurídicos já presentes há mais tempo nesse universo.

É necessário lembrar que Häberle quando fala na relação entre teoria constitucional e cultura tem por base a “sociedade aberta de intérpretes”, a qual fundamentaria a todo o Estado Constitucional ocidental. Assim sendo, a cultura, naquilo que a representa como ciência, literatura e arte, bem como naquilo que permite a sua

¹⁸⁶NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, ed. Acadêmica, SP, 1994, p.153 e ss.

¹⁸⁷ LUCAS VERDÚ, Pablo. Teoría de la Constitución como ciencia cultural. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

¹⁸⁸ HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura . op. Cit, p. 24.

produção e recepção, apresenta-se como elementos de uma grande peça teatral em que tanto os atores quanto os diretores dão o tom coletivo da mensagem final produzida.

A Dimensão inclusiva e humanista das constituições contemporâneas, com toda a sua vastíssima gama temática, principalmente no que tange aos seus preâmbulos, liberdades culturais, cláusulas gerais e especiais relacionadas com a cultura, se analisado sob o aspecto de seu conjunto, revela uma afinidade estreita entre Constituição e cultura, o que inclui, nessa análise, um tipo de criatividade plural do momento histórico presente.

O processo de estabilidade ou continuidade constitucional, considerando o tempo como dimensão, pode ser analisado e explicado a partir de uma perspectiva científico-cultural que combina aspectos sociológicos, ideológicos e normativos, possibilitando o trabalho de especialistas em ciências jurídicas e outras áreas do conhecimento que se interessem pelo mesmo objeto cultural de análise.¹⁸⁹

Todos os estudos resultantes de uma compreensão da Constituição como ciência da cultura em nível comparado estão atualmente intensificando os esforços transdisciplinares, para permitir uma nova leitura das relações existentes entre dignidade humana e povo, razão e liberdade, Direito e realidade, assim como entre política, ética e interesses econômicos.

A interpretação constitucional efetuada à luz da perspectiva científico-cultural pode lograr melhores fórmulas de compreensão na relação entre os textos jurídicos e seus respectivos contextos, considerando que toda manutenção ou mudança constitucional sempre é revitalizada mais intensamente a partir das cristalizações culturais próprias. A elaboração de qualquer acontecimento histórico que vá além do próprio texto constitucional concreto somente se torna empreendimento possível tomando como perspectiva de estudo a teoria científico-cultural, ou quando se opta pelos princípios.

Se for tomado como ponto de partida a tese da cultura como ciência, deve-se enfrentar questões e resultados próprios da investigação cultural política, que, por sua vez, conferem profundidade própria à cultura constitucional, profundidade esta que considera os prismas normativo e sociológico.

¹⁸⁹ HÄBERLE, Peter. Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Op. Cit., p.159.

Toda a hipótese que tenha por fundamento e ponto de partida a cultura como ciência conduz ao espaço de discussão do constitucionalismo de base comparatista, apresentando-se como uma manifestação cultural com expectativas de êxito tanto no plano externo (se for compartilhado elemento lingüístico) quanto no plano interno (constitucionalismo iuscomparatista regional).¹⁹⁰

Dessa forma, a teoria da Constituição como ciência da cultura apresenta-se como uma alternativa a favor da sedimentação das bases teóricas do Estado Constitucional, a qual poderá sobreviver razoavelmente forte mesmo em tempos de profunda crise. Com tal aporte teórico, a discussão sobre a crise do constitucionalismo no mundo contemporâneo torna-se mais amena, pois a Teoria Geral do Estado, para a qual são tão caros os conceitos de soberania, território e povo, pode ganhar sobrevida por meio do aporte cultural, migrando a teoria formulada a partir dos clássicos elementos já mencionados para outros mais consistentes e resistentes ao novo contexto mundial: hegemonia cultural, patrimônio cultural e identidade cultural.¹⁹¹

O ordenamento jurídico em geral e as constituições, principalmente, mantêm como já foi exposto, uma relação paradoxal com o poder, pois inequívoco é que o poder sustenta a aplicação do Direito e, ao mesmo tempo, o Direito Constitucional disciplina o exercício do poder, ou seja, a ordem constitucional precisa, para a sua concretização e efetividade, do desenvolvimento e da atuação dos órgãos exercentes das competências políticas e de controle, sem o que não se poderá impor a sua normatividade, até mesmo para garantir a sua supremacia, atribuindo competências ao Poder Judiciário, através das ações constitucionais típicas, com o intuito de fiscalizar e extirpar da ordem jurídica qualquer ato normativo que se manifeste incompatível com seu o paradigma conteudístico e formal.

Todavia, como já delineado, a Constituição não se esgota no seu texto normativo, mas, em verdade, ele apenas expressa o enunciado normativo decorrente de determinado dispositivo que delimita, objetivamente, a metódica orientada à concretização da norma constitucional, em cotejo com o contexto social, histórico e políticos subjacentes¹⁹².

¹⁹⁰ Idem, .p.160.

¹⁹¹ Idem, .p.162.

¹⁹² MULLER, Friedrich. Métodos de Trabalho de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.75.

Não obstante isso, há uma série de fatores que obstaculizam e até inviabilizam a percepção e a revelação, por parte da doutrina, de que os paradigmas clássicos da Dogmática Constitucional não mais são constitucionalmente adequados, em especial pelo caráter dirigente da Constituição Federal, responsável pela consagração efetiva de um Estado de Direito que, ao menos tendencialmente, adequa-se às concepções materiais e axiológicas intrínsecas ao princípio do Estado Democrático de Direito, consagrado em seu art. 1º.

Nesse sentido, há um prejuízo não apenas do desenvolvimento do saber constitucional, seja no âmbito da Teoria da Constituição, seja no âmbito do Direito Constitucional Positivo, pois a normatividade da Constituição e o seu processo de construção dependem de evoluir o saber constitucional, gerando um círculo hermenêutico que propicie cada vez mais a aproximação e interação do intérprete com o sistema constitucional mediante a ampliação do horizonte hermenêutico, cuja atividade também se revela como constitutiva da realidade submetida ao seu processo de compreensão.¹⁹³

Aquele seria um círculo vicioso a cujos grilhões estaria acorrentado o próprio desenvolvimento da normatividade e da efetividade constitucional, sendo constituído pelos mitos que advém da dogmatização metafísica e quase sobrenatural dos axiomas do constitucionalismo clássico que, por sua vez, já esteve submetido às inflexões dos postulados científicos do direito privado, em muito incompatíveis com as concepções, potencialidades e virtualidades ínsitas ao fenômeno constitucional.

A própria ciência e a metódica constitucional, que mantém uma relação recíproca de mútua influência, quedam-se atreladas aos mitos que lhe são opostos por parte da doutrina em uma leitura vetusta do constitucionalismo, revelando como uma atitude ideológica destinada à manutenção do *status quo* pela frustração da normatividade constitucional diante da incapacidade dos operadores do Direito de se utilizarem do instrumental potencializado pela Constituição Federal.

Com efeito, o Direito Constitucional não se caracteriza como uma ciência meramente descritiva, revelando o seu caráter normativo pela necessidade de que o seu

¹⁹³ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Op.cit.. P. 244ss.

desenvolvimento seja orientado à proposta de efetivação e de implementação da força normativa da constituição, no que se relaciona com a hermenêutica filosófica, no sentido de que é, também, alimentada pelas condições e possibilidades decorrentes da aproximação do intérprete ao objeto, dado o caráter parcialmente constitutivo da realidade submetida à compreensão.

A manutenção de uma ciência jurídica cujos postulados abrigam dogmas míticos que obstaculizam a existência e expansão de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada, nos moldes do dirigismo constitucional mostra portanto, um nítido caráter político sob a suposta e também fantasiosa e mítica neutralidade científica, justificando, em parte, a denúncia feita de que o modelo tradicional da ciência jurídica implica a configuração do Direito como obstáculo à transformação social¹⁹⁴.

Neste contexto, vislumbra-se a relação existente entre o saber constitucional, o poder e a ideologia que propugna a manutenção do *status quo* refutando o caráter dirigente da Constituição Federal, que põe a realidade como tarefa para os poderes públicos, e a persistência dos mitos, impedindo a potencialização da normatividade constitucional; urge, então, que haja uma reorientação do saber constitucional com o desiderato de propiciar a formação de uma vontade de Constituição¹⁹⁵, ou de um sentimento constitucional, idôneos a provocar a adesão racional não apenas da doutrina aos postulados de uma teoria da constitucional constitucionalmente adequada, mas de todos os membros da comunidade política, para que possam, realmente, gozar da condição de intérpretes da constituição numa sociedade aberta¹⁹⁶, formando uma cultura constitucional analisada por Häberle, cujo excerto se transcreve:

La Constitución no se limita solo a ser un conjunto de textos jurídicos o un

¹⁹⁴ Ao asseverar que “o Direito, como ciência, tem sido elaborado sobre a base de postulados que já não têm real vigência social, por corresponder a etapas históricas superadas, e por se haver mostrado e por se mostrar, ainda, inteiramente incapaz de perceber sua obsolescência e de reagir, a fim de sair do marasmo e de converter-se em um instrumento de verdadeira utilidade para uma eficiente organização social”. MONREAL, Eduardo Novoa. O Direito Como Obstáculo à Transformação Social. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 55-56.

¹⁹⁵ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Op. Cit.

¹⁹⁶ HÄRBELE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, um medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.¹⁹⁷

No mesmo sentido, destacando o caráter normativo da ciência jurídica em geral, cabe atentar à pertinente análise de Müller:

No Estado Democrático de Direito, a ciência jurídica não pode abrir mão da discutibilidade ótima dos seus resultados e dos seus modos de fundamentação. Mesmo na sua condição de ciência normativa ela tem por encargo a intenção de uma vigência universal.¹⁹⁸

Apenas adotando-se tal processo de evolver do saber constitucional é que se ensinaria a redução dos núcleos de arbítrio dos poderes públicos, que se sustentam pela preservação dos mitos já denunciados, de modo a realizar a concepção de Hesse¹⁹⁹, em resposta a Lassalle²⁰⁰, de que a Constituição não se submete aos fatores reais de poder, à forma como estão estruturadas as relações de poder, mas, por ter caráter normativo, possui uma pretensão de eficácia baseada no respaldo do contexto social, submetida aos seus limites, como condicionada pela vontade de Constituição.

A Constituição não se limita a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, senão a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorepresentação Própria de todo um povo, espelho de seu legado se assenta o fundamento cultural do direito Constitucional. A Constituição não é apenas um texto jurídico, uma construção cultural. A realidade jurídica seria apenas um texto jurídico, mas uma construção cultural. A realidade jurídica seria apenas uma faceta desse complexo, ao passo que também é dirigida a todos aqueles que compõem a sociedade aberta, e não apenas os juristas. A Constituição representa, dessa forma, o legado cultural e a fonte dos desejos e esperanças de um povo.

Assim como a cultura ela é uma construção coletiva. O corpo social é, portanto, ao contrário do que diz a doutrina clássica, sujeito construtor da Constituição e não objeto da mesma. A Constituição em sua dimensão cultural, representa o legado

¹⁹⁷ HÄBERLE, Peter. Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura. op. cit , p. 34.

¹⁹⁸ MULLER, Friedrich. Métodos de Trabalho de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 66.

¹⁹⁹ Idem, p 66.

²⁰⁰ LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 4ª. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1998.

histórico, a medida que sintetiza as experiências históricas de um povo, possui um caráter retrospectivo, e por outro lado ao sedimentar um conjunto de esperanças coletivas, torna-se um documento prospectiva.²⁰¹

Infere-se, por conseguinte, a necessidade de renovação da Ciência do Direito Constitucional, inclusive por força da metódica constitucional e da renovação da hermenêutica, de modo a propiciar o desenvolvimento de uma teoria da constituição compatível com o caráter dirigente da Constituição Federal de 1988, instrumentalizando a normatividade e sua efetividade progressiva, de acordo com a evolução do contexto social, político e histórico da comunidade pátria, com o desiderato de transformar o Direito de obstáculo a propulsor da transformação social, para que o ordenamento infraconstitucional e as políticas públicas sejam efetivamente conduzidas à transformação da realidade como tarefa²⁰².

A novidade constitucional traz alterações científicas e culturais, desafiando assim, o imaginário estabelecido dos juristas. Esta ruptura com o pensamento estabelecido reforça a necessidade de uma formação jurídica, que contemple não só elementos técnicos e formais, mas também teórico-filosóficos, ela implica no desenvolvimento subjetivo dos bacharelandos, tornando-os capazes de ressoar na prática, a sofisticação política do nosso constitucionalismo.

Este quadro de referências culturais que moldam a Constituição, na qual está o legado histórico do desenvolvimento político de um país, o qual se solidifica por meio de prerrogativas constitucionais que são conquistas políticas. Nela estão também os projetos coletivos, o desenvolvimento das potencialidades de uma sociedade, os anseios e os caminhos a trilhar. Este entrelaçamento de sonhos e tradição, desafia o imaginário dos juristas, os quais pela formação corrente ainda não conseguem lidar com esta dimensão da Constituição.

²⁰¹ AMARAL, Rafael Caiado. Peter Haberle e a Hermenêutica Constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 147

²⁰² STRECK., Lenio. Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. op. cit.. P. 30.

3.1.2 ENSINO DO DIREITO PARA A CONSTITUIÇÃO

A construção de uma nova perspectiva formativa, capaz de habilitar o jurista para prática jurídica contemporânea, aponta elementos que seriam necessários ao que se pode denominar de formação humanista e republicana, a partir de uma perspectiva do ensino jurídico. Inicialmente, entretanto, deve-se frisar que Direito e poder são partes integrantes da mesma dinâmica social e, assim, compreende-se porque o ensino jurídico é antes um ensino para o poder. Portanto, o Direito também não será tido como mero reflexo do poder, considerando-se o direito parte integrante e ativa desta mesma relação, tratando das dimensões assumidas pela Constituição contemporaneamente.

Considerando o nível de desenvolvimento das próprias garantias constitucionais, deve-se salientar que se trata de uma relação de ensino/aprendizagem pautada na defesa e na promoção de uma cultura constitucional. Com isso, se requer um ensino jurídico que seja capaz dessa reflexão social e política, que não seja nem contemplativo do poder, nem dogmático na compreensão da relação entre Estado, poder e direito e entendendo-se aqui que O poder também não se limita a realidade política, não se trata só de como o poder é realizado, mas de tudo o que poderia ser feito à partir de uma noção ampliada do poder social.²⁰³

É preciso uma educação para a política e para o poder, e que seja criativa e aberta ao diálogo. Em síntese, capaz de: a) dirigir o ensino para as bases e estruturas da República e da democracia; b) estimular, instigar, valorizar um maior envolvimento e participação popular; c) educar o jurista para atuar como cidadão ativo. Da mesma forma, ter-se-ia que educar para: conviver nos domínios do poder democrático; por vezes, subverter a ordem não-democrática; exercitar essa educação para assegurar o Estado Democrático de Direito – tendo-se na prática do direito social um forte mecanismo de transformação social, de mudança das bases sociais. Enfim, ainda se trata

²⁰³ Uma vez que o próprio poder “é um conjunto de ações sobre ações possíveis, ele opera sobre um campo de possibilidade onde se inscreve o comportamento dos sujeitos ativos; ele incita, induz, desvia, facilita ou torna mais difícil, amplia ou limita, torna mais ou menos provável; no limite, ele coage ou impede absolutamente, mas é sempre uma maneira de agir sobre um ou vários sujeitos ativos, e o quanto eles agem ou são suscetíveis de agir. Uma ação sobre ações. FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: RABINOW, Paul e DREYFUS, Hubert. Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 243.

de um ensino da dogmática jurídica, mas que seja eficiente na consecução dos valores públicos.

Trata-se, por exemplo, de um ensino jurídico que valorize a constitucionalização dos conflitos políticos, cuja prática atem-se ao cultivo e à disseminação dos valores do Estado Democrático de Direito, bem como identifique a origem inegável do Poder Constituinte na reserva popular de legitimidade pública. Em suma, de um ensino em que o bacharel seja capaz de reconhecer a importância histórica e teórica do paradigma de Estado adotado. As determinações legais impõe justamente esta conotação do ensino jurídico:

Assim pode-se dizer que o Projeto Político- Pedagógico aqui defendido tem seu suporte alicerçado nos pressupostos construídos historicamente pela comunidade acadêmica de direito, em especial os aspectos materiais que norteiam a Resolução CNE/CES nº09/04, não deixando de ancorar-se nos pressupostos hermenêuticos presentes na LDB, bem como na nova pauta de debates presentes nos pareceres antes mencionados e instigadores de uma visão de futuro comprometida com uma formação humanista, dialógica, facilitadora, transformadora e comprometida com a instauração de uma sociedade democrática de direito como suporte para um estado Democrático de Direito.²⁰⁴

Neste contexto, também se destaca a função do direito como regulador dos conflitos, bem sendo um recurso de equilíbrio político, uma das funções clássica do direito Constitucional, mas ainda mais como instrumento e recurso viável e prático de transformação do *status quo*. Para este fim deve estar voltada uma reforma do ensino jurídico.²⁰⁵

²⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; COPPETTI, André. Ensino do Direito, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n 3. Porto Alegre: IHJ, 2005, p. 74-75.

²⁰⁵ “reorganizar o curso jurídico, portanto não é articular de maneira asséptica quer o conhecimento e quer o estudo do direito positivo. É, isto sim, reorienta-lo em direção de novos objetivos sociais, econômicos, políticos, administrativos e culturais (quais serão eles?) e em consonância com as diferentes- e necessariamente conflitantes e contraditórias- aspirações de uma sociedade bastante estratificada (quais serão elas?). reorganizar o curso jurídico é, igualmente, ter consciência de que sua deterioração não se deve ao acaso; na verdade, tal processo serviu a interesses sociais específicos, de modo que sua reforma estrutural, metodológica pedagógica implica reorientar o ensino do direito a uma instancia de maior rigor científico e de maior eficácia para a consecução de uma sociedade mais livre e igualitária do que a atual. Trata-se, em síntese, de conceber as escolas de direito não apenas *loci* de progresso cultural e científico, mas, também *côo loci* de transformação e liberação social. Se é certo que a universidade não deve ser reduzida a um mero campo de batalhas políticas e ideológicas, também é certo que não se deve incorrer no erro posto- o de se aceitar acriticamente a pretensa objetividade do conhecimento e da aplicação do direito,

Dentre outros aspectos relevantes, poder-se-ia objetivar um ensino em que destaca o Estado Democrático de Direito, em que não bastam os princípios da isonomia e da proporcionalidade (e ainda que sejam fundamentais), pois que este Estado Formal de Direito ainda poderá se ressentir da ausência de uma legitimidade justa. Dessarte, é um ensino para além da análise dos tópicos reguladores das obrigações civis e além, também, do ensino do poder absoluto e do servilismo.

Trata-se de um ensino em que se percebe claramente que o Poder Judiciário não é refém ou adepto declarado das forças economicamente dominantes, quer sejam os partidos políticos tradicionais, quer sejam as partes e os segmentos políticos, sociais e ideológicos que existam na sociedade. Mas que seja uma educação que permita a todos compreender como fundamental que o Poder Judiciário se envolva com a realização das políticas públicas e assim se iniba o nepotismo, a corrupção, o personalismo, em defesa da Constituição, contra os vícios do Estado Brasileiro.

A produção de conhecimentos pela ciência do Direito necessita ater-se à sua função constitucional, como aponta Warat:

Na reivindicação do caráter indeterminado das funções constitucionais, o saber jurídico parece como um componente de máximo peso. Por certo, não estou falando do saber dominante que impregna o imaginário do jurista. Estou pensando em um saber insatisfeito com as garantias e ficções do juridicismo. Penso em um saber jurídico, apto para transformar-se em uma das idéias fortes da democracia. Um saber que exercita por ele mesmo funções constitucionais substantivas. Certamente, ao desaparecer a realidade ficcional que cobria com certezas as relações entre os homens, precisa-se de um novo saber jurídico- que possa revelar-se como uma matriz simbólica que permita o jogo aberto e indeterminado das decisões substantivas que vão produzindo-se.²⁰⁶

O constitucionalismo contemporâneo demanda uma nova forma de compreensão do direito, mais ainda uma nova prática jurídica, desenvolvida por um novo jurista. Tal intento se realiza a partir de um novo modo de formação e de produção de conhecimentos jurídicos, voltados para este novo horizonte de aplicação do Direito.

recusando-se a reconhecer que os sistemas jurídicos são ambíguos, encerrando inúmeras contradições as quais, muitas vezes, propiciam soluções normativas paradoxais e mesmo injustas". FARIA, José Eduardo. A reforma do ensino jurídico. Porto Alegre; Sergio Fabris, 1987, p.14

²⁰⁶ WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou. Op. Cit. p. 342.

Uma proposta de ensino constitucionalmente adequada, deve promover a prática do aluno como cidadão que opta pelos valores do respeito ao outro, da participação, da igualdade, da liberdade e da solidariedade, e como profissional do Direito, que pode e deve ajudar na construção das instituições democráticas. Na dimensão epistemológica, combate toda ambição de exclusividade de qualquer teoria, doutrina ou análise em querer definir o que seja uma Constituição. Entende, ao contrário, que quanto maior o número de enfoques diferentes à disposição do aluno, melhor e mais completa será sua compreensão da Constituição – seja ela encarada como norma, como sistema ou como realidade social. Na verdade, estes enfoques na maioria dos casos se completam, ao invés de se excluírem.

No que tange à capacitação profissional, o aluno deve perceber e trabalhar com a Constituição como uma obra aberta, como uma questão mais do que uma resposta, como um problema mais do que uma solução. A Constituição aparece como uma construção e não como um dado objetivo. Como um futuro a ser construído – futuro pelo qual ele, aluno, como advogado, juiz ou procurador, é co-responsável. A Constituição surge como um processo em permanente mudança, dentro do qual o futuro profissional é agente privilegiado. O ensino deve ao longo de todas as disciplinas, dialogar com a prática cotidiana do aluno, com a prática da Constituição. Como cidadão ou como profissional do direito, nada na sua vida escapa à Constituição. Apesar de abrir a possibilidade de tudo ir para a Constituição, o curso de Direito deve explicitar que Carta Constitucional deve ter receptividade no imaginário social, a comunidade deve incorporar no seu cotidiano a forma organização e o modelo de Estado adotados, e principalmente os direitos fundamentais.²⁰⁷

Finalmente, deve ter como preocupação a interpretação constitucional. Na medida em que o curso defende a posição da Constituição inexistir sem interpretação, a mensagem básica é a de que Constituição de 1988 depende fundamentalmente da prática dos futuros profissionais.

O ensino jurídico adequado ao constitucionalismo contemporâneo deve propiciar ao aluno a pergunta de Ferdinand Lasalle: “o que aconteceria se um dia o mundo

²⁰⁷ FALCÃO, Joaquim, WERNECK, Diego. “a favor da democracia- a construção de um curso de direito constitucional”. Disponível em www.Conpedi.org. acesso em 28/07/2006.

amanhecesse sem qualquer vestígio de Constituição?"²⁰⁸ O que mudaria, se é que algo mudaria? Busca-se com isto levar o aluno a identificar os fatores reais de poder como fatores constituintes, como matéria-prima da Constituição.

3.2 Transdisciplinariedade e produção de conhecimento no Direito

Um novo horizonte descortina-se para o ensino/produção de conhecimentos/aplicação do Direito, se apresenta por meio da adoção de uma perspectiva transdisciplinar nestes processos. O primeiro a usar o termo "transdisciplinaridade" foi Jean Piaget na década de 70, dando a seguinte definição "no estágio das relações interdisciplinares, podemos esperar o aparecimento de um estágio superior que seria *transdisciplinar*, que não se contentaria em atingir as interações e reciprocidades entre pesquisas especializadas, mas situaria essas ligações no interior de um sistema total sem fronteiras estáveis entre as disciplinas"²⁰⁹ A transdisciplinaridade deve ser entendida, como o reconhecimento da interdependência de todos os fenômenos da realidade,²¹⁰. Uma questão que se coloca então, como mudança na prática pedagógica, reside no desafio de visualizar e compreender a complexidade de qualquer fenômeno, atuando a partir das disciplinas, além e através das mesmas.

Cabe resgatar aqui o Artigo 3 da Carta da Transdisciplinariedade, editada em 1994 por Basrab Nicolescu : "A transdisciplinaridade é complementar à abordagem disciplinar; ela faz emergir, do confronto das disciplinas, novos dados que as articulam entre si; e ela nos oferece uma nova visão da Natureza e da Realidade. A transdisciplinaridade não busca o domínio de várias disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e ultrapassa".²¹¹

Esta perspectiva inaugura um novo jeito de ver o mundo, um novo jeito de pensar o ensinar e aprender. Rompendo com a forma tradicional de produzir

²⁰⁸ LASALLE, Ferdinand.op. cit , 1995.

²⁰⁹ WEILL, Pierre. Uma nova concepção de vida. In: A arte de viver em paz: por uma nova consciência, por uma nova educação. São Paulo: Gente, 1993, p. 13.

²¹⁰ Idem, . p. 23.

²¹¹ NICOLESCU, Basrab. Carta da transdisciplinariedade. In: educação e transdisciplinariedade. Brasília: Unesco, 2000, p.179.

conhecimentos, uma vez que desde a "escola primária nos ensinam a isolar os objetos (do seu meio ambiente), a separar as disciplinas (em vez de reconhecer suas correlações), a dissociar os problemas, em vez de reunir e integrar. Obrigam-nos a reduzir o complexo ao simples, isto é, a separar o que está ligado; a decompor, e não a recompor; a eliminar tudo o que causa desordens ou contradições em nosso entendimento"²¹². Neste sentido, a formação jurídica, por um caminho ou por outro, volta-se para a superespecialização das áreas do conhecimento, para a racionalização do que pensa o sujeito sobre o mundo via análise. Introduzir a questão da transdisciplinariedade, significa voltar-se para a estruturação de um pensar mais amplo e abrangente, que caracteriza-se pela quebra de linearidade, valoriza a intuição e privilegia a síntese.

No Artigo 11 da referida carta, Nicolescu postula que: "A educação autêntica não pode privilegiar a abstração do conhecimento ela deve ensinar a contextualizar, concretizar e globalizar. A educação transdisciplinar reavalia o papel da intuição, do imaginário, da sensibilidade e do corpo na transmissão dos conhecimentos"²¹³. Assim, outra questão que se coloca como mudança na prática pedagógica, reside no desafio de valorizar a linguagem simbólica, intuitiva e emocional no processo de construção do conhecimento, rompendo com a supremacia da razão.

Os conhecimentos podem ser introduzidos, não de forma clássica e formal, mas simbólica e experimental, preservando as linguagens que elas dominam. Seria melhor falar na mente em termos de imaginação em vez de inteligência. A imaginação é extremamente importante, por que leva a ter imagens múltiplas, o que significa que um objeto pode adquirir uma pluralidade de significados: A imaginação absorve tudo, o cognitivo, o expressivo, o sentimento, a lembrança, as escolhas que nos pertencem. Temos que destruir a imagem simplificada de um objeto, temos que complicar o mundo. A imaginação é arte e ciência, pois multiplica os significados de um objeto, de um acontecimento, de uma palavra. O desenvolvimento da imaginação e da intuição passam, pois, a ter um papel fundamental na estruturação do pensar.

²¹² MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. Rio de Janeiro: Editora Planeta, 2001, p. 15.

²¹³ NICOLESCU, Basrab. Carta da transdisciplinariedade. In: educação e transdisciplinariedade. Brasília: unesco, 2000, p.180.

Na formação dos juristas, deve-se levar em conta, o desenvolvimento deste pensar globalizado, atento à complexidade da vida e da conseqüente aptidão para contextualizar, tende a produzir de acordo com Morin o pensamento ecologizante, no sentido em que situa todo acontecimento em relação de inseparabilidade com seu meio ambiente (cultural, social, econômico, político e natural)²¹⁴.

Assim, a transdisciplinariedade recoloca também a questão ambiental, não de forma preservacionista apenas, mas no sentido de cada sujeito assumir, de forma responsável, o seu papel de co-participante na formação de um meio, seja ele familiar, acadêmico, natural, social, etc, tornando-se tanto ponto de partida como ponto de chegada.

Pensar numa sociedade mais justa e feliz, supõe estabelecer com a vida uma relação de alegria, gratidão e responsabilidade, o que nos impulsiona a um novo pensar, onde cada um de nós faz parte, mas apenas o conjunto faz sentido. Os valores associados a esta forma de pensar são cooperação, parceria e conservação.

Neste horizonte o ensino jurídico deixa de preocupar-se com a transmissão de conhecimento e passa a ter como aspecto central o desenvolvimento de habilidades, com intuito de reformar o pensamento e a prática dos juristas. De nada adianta os conteúdos éticos do Direito, oriundos do constitucionalismo contemporâneo, nem mesmo o seu potencial normativo, se os mesmos não são internalizados pelos responsáveis pela administração da justiça.

Deste modo, faz –se mister construir um novo profissional do Direito, um sujeito que possua além do instrumental-técnico, uma profunda formação humana, voltada para a ética e a solidariedade só possível por meio de uma “pedagogia do novo”, a qual desperte a sua sensibilidade para o outro é o mundo que o cerca.²¹⁵

²¹⁴ MORIN, Edgar. Op. Cit., p.15.

²¹⁵ “Eu mesmo quero violentar a função tradicional da equação educar e disciplinar. Aposto numa disciplina surrealista, competente para fazer que seu coração prometa, se (comprometa). Educar como uma forma de ajudar a disciplinar a alteridade (entendida como espaço de promessas recíprocas sem regras, moralismos, costumes, catálogos rotinas) a produção da diferença. É preciso aprender a comprometer-se, que é algo muito mais forte do que prometer. Posso prometer e não ter condições de cumprir.” WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou. Op. cit, p. 418.

3.2.1 TRANSDISCIPLINARIEDADE E AS (NOVAS) DCNS PARA OS CURSOS DE DIREITO

Tem-se agora na prática jurídica o desafio de enfrentar as influências, ainda presentes no imaginário dos juristas, do positivismo que marcou a filosofia jurídica, e do liberalismo balizador da construção de nossas instituições jurídicas e políticas. Estas influências na prática, revelam-se cotidianamente pela incapacidade do jurista em resguardar os interesses coletivos, e perceber o conteúdo e a função política de sua atuação, características inerentes ao constitucionalismo atual.

O ensino jurídico precisa enfrentar suas insuficiências, rumo à consolidação de uma proposta acadêmica que embase suficientemente o jurista, para o satisfatório desempenho de sua função. Porquanto tanto, prescinde de uma adequada revisão epistemológica que permita a superação dos resquícios positivistas, que impedem uma ação transformadora. Depende também, de uma análise da dimensão política do Direito, por meio do estudo dos desafios e das perspectivas do Estado contemporâneo, por fim, uma construção transdisciplinar do conhecimento jurídico, permitindo a elaboração de uma dogmática, dissociado do dogmatismo, orientada por uma perspectiva humanista e transformadora.

As alterações curriculares propostas, principalmente pelas resoluções CNE/CES 55/03 e 09/04, com o estabelecimento das Diretrizes Curriculares para os cursos de Direito, assinalam importantes reformas pedagógicas, valorizando uma formação transdisciplinar²¹⁶, de maneira a dar ao aluno uma compreensão dos fundamentos orientadores da produção da ordem legal, contida nos repertórios e de sua realização na sociedade. A implementação adequada das DCNs, pode significar uma abertura importante, rumo à consolidação do Direito como uma prática social emancipatória, possibilitando ao graduando elementos para a superação da cultura dogmática-

²¹⁶ Embora o inciso IV , §2º do artigo 2º da CNE/CES 09/05, faça referência a interdisciplinaridade, ela não é a orientação mais adequada para os atuais desafios do ensino jurídico, uma vez que ela se caracteriza “pela transferência de métodos de uma disciplina para outra”. Os fenômenos vividos atualmente impõem a transdisciplinariedade uma vez, que ela diz respeito “aquilo que está entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de qualquer disciplina. Seu objetivo é a compreensão do mundo presente, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento” (NICOLESCU, Basarab. Educação e transdisciplinariedade . Unesco. 2000, p.14).

reprodutiva presente no Direito. Neste sentido, o artigo 3º da resolução CNE/CES 09/04 faz importante recomendação ao assinalar os conteúdos gerais da formação jurídica:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.

Estas alterações sinalizam importantes modificações que permitem, quando adequadamente implementadas, uma maior qualificação dos cursos. A resolução CNE/CES 09/04 também assinala uma série de habilidades a serem desenvolvidas pelo bacharelado ao longo do curso,

Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:

I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;

II - interpretação e aplicação do Direito;

III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;

IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;

V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;

VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;

VII - julgamento e tomada de decisões; e,

VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

Se a LDB 4.024/61, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, do extinto Conselho Federal de Educação, levou à criação dos currículos mínimos para os cursos de Direito em 1962, é preciso reconhecer que também a atual LDB (Lei 9.394/96) é a força motriz para a concepção de diretrizes curriculares. Em 1997, cumprindo o determinado pela nova LDB, o Conselho Nacional de Educação aprovou o Parecer 776, definindo os seguintes princípios para as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação:

1) assegurar às instituições de ensino superior ampla liberdade na composição da carga horária a ser cumprida para a integralização dos currículos, assim como na especificação das unidades de estudos a serem ministradas;

2) indicar os tópicos ou campos de estudos e demais experiências de ensino aprendizagem

que compõem os currículos, evitando ao máximo a fixação de conteúdos específicos com cargas horárias pré-determinadas, os quais não poderão exceder 50% da carga horária total dos cursos;

- 3) evitar o prolongamento desnecessário da duração dos cursos de graduação;
- 4) incentivar uma sólida formação geral, necessária para que o futuro graduado possa superar os desafios de renovadas condições de exercício profissional e de produção do conhecimento, permitindo variados tipos de formação e habilitações diferenciadas em um mesmo programa;
- 5) estimular práticas de estudos independentes, visando uma progressiva autonomia profissional e intelectual do aluno;
- 6) encorajar o reconhecimento de conhecimentos, habilidades e competências adquiridas fora do ambiente escolar, inclusive as que se refiram à experiência profissional julgada relevante para a área de formação considerada;
- 7) fortalecer a articulação da teoria com a prática, valorizando a pesquisa individual e coletiva, assim como os estágios e a participação em atividades de extensão, as quais poderão ser incluídas como parte da carga horária;
- 8) incluir orientações para a condução de avaliações periódicas que utilizem instrumentos variados e sirvam para informar a docentes e discentes acerca do desenvolvimento das atividades didáticas.

Da simples leitura destes princípios se depreende que as Diretrizes Curriculares Nacionais fundamentam-se na idéia de flexibilidade, de criação de diferentes formações e habilitações para cada área do conhecimento, de maior autonomia das instituições na definição das suas propostas curriculares, de definição das competências e habilidades. Com elas o que se deseja desenvolver, é a valorização da autonomia do estudante na construção do conhecimento e, por fim, do entendimento de que a graduação constitui-se numa etapa de formação inicial no processo contínuo da educação permanente.

Estas alterações abrem caminho para a construção de uma proposta, visando formar profissionais qualificados para o exercício das atividades pertinentes aos operadores jurídicos, conscientes de sua participação nos processos de transformação da sociedade, do Estado e do Direito brasileiros, enquanto atores históricos capazes de atenderem às demandas da cidadania e do desenvolvimento econômico e científico, pautados por um compromisso ético e transformador da realidade e do fenômeno jurídico, insertos em um novo contexto histórico do Direito frente às transformações institucionais sentidas pela sociedade contemporânea.²¹⁷

²¹⁷ “Para tanto busca-se: proporcionar referência teórica e experiência concreta, desde uma base formativa transdisciplinar, para a implementação dos parâmetros que ensejarão a qualidade do ensino, da pesquisa e da produção acadêmica, bem como da extensão, visando o exercício competente a qualificação cada vez maior das atividades profissionais; qualificar os alunos para assumirem as atribuições e deveres sociais como operadores jurídicos aptos e responsáveis a desenvolverem suas atividades técnico-jurídicas em sintonia com a realidade social e fundadas em referenciais humanistas, éticos e solidários, comprometidos com o desenvolvimento regional; criar condições para que os discentes construam a consciência da

Currículos Mínimos Enfatizavam o exercício do profissional, cujo desempenho resulta especialmente das disciplinas ou matérias profissionalizantes enfeixadas em uma grade curricular, com os mínimos obrigatórios fixados pelo CNE em uma resolução por curso. Enquanto que as Diretrizes Curriculares Concebem a formação de nível superior como um processo contínuo, autônomo e permanente, com uma sólida formação básica e formação profissional fundamentada na competência teórica-prática, de acordo com o perfil de um formando adaptável às novas demandas.

As Diretrizes Curriculares favorecem o desenvolvimento de habilidades e não somente competências. Para alguns há complementaridade entre os conceitos, sendo difícil distingui-los com exatidão, enquanto para outros a diferença está no fato de as habilidades relacionarem-se ao “fazer” e as competências, ao “saber”. Competência seria a faculdade de mobilizar um conjunto de recursos cognitivos (saberes, capacidades, informações etc.) a fim de solucionar com pertinência e eficácia uma série de situações. Habilidade, seria conceito relacional: quem é hábil, o é para determinada função, procedimento ou interferência. Ela está voltada para uma direção, é uma aptidão intencional.²¹⁸

As DCNs estruturam o ensino dividindo-o em três eixos: eixo de formação fundamental, formação profissional e de formação prática, sinalizando a possibilidade de dar à formação jurídica um caráter transdisciplinar. A estipulação pela CNE/CES 09\04 das habilidades mínimas a serem desenvolvidas pelo aluno, reforçam a importância da atuação do jurista na realização do Direito, conseqüentemente é imprescindível a

importância que o exercício de suas atividades profissionais tem como possibilidade de realização e exercício da cidadania, em função de poder proporcionar avanços sociais, econômicos e culturais, através da efetivação dos direitos e do Estado Democrático, preparados para um processo de formação continuada através da atitude investigativa viabilizando relações com a pesquisa jurídica buscando compreensão do novo; implementar uma formação geral suficientes para a prática das diversas funções, bem como, uma nova formação específica para o domínio dos saberes novos espaços e formatos do conhecimento. Com isso, o bacharel em direito egresso deste modelo deverá ser aquele que, além de agregar informações técnicas, seja um jurista apto a interagir na sociedade brasileira, congregando valores éticos a uma sólida formação teórico-metodológica. Esta percebida não apenas como o manuseio de textos legislados, mas como interação do saber jurídico com a dinâmica de uma sociedade estruturada com Estado democrático de direito.” MORAIS, José Luis Bolzan de; COPPETTI, André. Ensino do Direito, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n 3. Porto Alegre: IHJ, 2005. p. 75.

²¹⁸ ABRÃO, Paulo, TORELY, Marcelo Dalmás. As diretrizes curriculares e o desenvolvimento de habilidades e competências nos cursos de direito: o exemplo privilegiado da assessoria jurídica popular. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/nova/emancipartexto.pdf>, acesso em 03/06/06.

reforma do imaginário jurídico, com a inserção de um amplo leque de conhecimentos viabilizadores da execução das tarefas jurídico-constitucionais.

Esta reformulação traz consigo a exigência de uma novo horizonte epistemológico, o qual possibilitará uma análise crítica da constituição do conhecimento jurídico e a crítica ao método de ensino/ produção deste conhecimento. Estas reflexões devem responder à indagação sobre o que é necessário para conhecer o Direito.²¹⁹

A enunciação deste conjunto de habilidades mencionadas na CNE/CES 09/04, é a expressão da transdisciplinariedade, tão necessária ao Direito contemporâneo. A prática jurídica atravessa simultaneamente a ética, a filosofia da linguagem, a sociologia, economia, política dentre outras ciências. A interação destas ciências revela o Direito como reflexo de um conjunto de fatores sociais, com os quais está indissociavelmente atrelado.

A capacidade de interação das ciências humanas é uma possibilidade de superação do dogmatismo tradicional, sustentado por uma estratégia de ensino reprodutora do anacrônico pensamento jurídico vigente. A transdisciplinariedade é uma alternativa ao pensamento dogmático, o qual resume o Direito no conhecimento (repetição de interpretações tradicionais) da lei, sem dar-se conta dos elementos relativos aos processos de sua produção e realização no âmbito de uma sociedade tão complexa quanto a atual.

É a partir de uma proposta transdisciplinar de ensino do Direito, que se poderá dar ao bacharel, além da aptidão para o uso dos textos legislativos, a possibilidade de interação social com valores éticos e ampla formação teórica. Estas aptidões são exigências de uma sociedade nos moldes do Estado Democrático de Direito.²²⁰

Embora as resoluções do MEC não tratem diretamente de temas, oriundos da globalização, do cenário de crise do Estado, dos problemas sociais, a inefetividade das garantias constitucionais, o desenvolvimento destas temáticas na graduação é imprescindível para o desempenho das atividades jurídicas.

²¹⁹ WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Cardoso. Ensino e saber jurídico. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca. 1977. p. 65.

²²⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; COPPETTI, André. Ensino do Direito, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. Op. Cit.. p. 65.

É necessário consolidar um paradigma que supere a racionalidade liberal - positivista, ainda presente no imaginário dos juristas, estabelecendo uma análise crítica a seu respeito, demonstrando as suas insuficiências, no modo como esta orientada a realização das tarefas constitucionais do Direito e dos Juristas. Dessa forma será retratado o descompasso entre a função do jurista na atualidade e o seu processo de formação, buscando aferir a possibilidade de sua superação, por meio de uma perspectiva transdisciplinar de ensino.²²¹

3.3 Um novo jurista!

Com as transformações contemporâneas do Direito, trazidas pelo constitucionalismo no atual contexto do conhecimento, bem como os novos paradigmas impostos pelos avanços tecnológicos trazidos pela comunicação, tem-se um fenômeno global e complexo, com ampla interação de todos. Nesta mesma linha, uma sociedade altamente complexa é uma sociedade (no sentido de um entrelaçamento em camadas, linhas, segmentos setores e articulações diversas), em que as somas das ramas se espalham e se espelham por todo lado, em todos, por toda parte, no todo e em cada um. Então, se o complexo deriva da ação que tece em conjunto (complexus), nessa sociedade altamente complexa vive-se em rede, em sintonia, em articulação permanente. Como diz Morin:

O conhecimento pertinente deve enfrentar a complexidade. Complexus significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o

²²¹ “os projetos pedagógicos construídos a partir de uma concepção exclusivamente dogmática do Direito, que concebem o ensino superior como uma simples passagem para o mundo profissional, possuem uma forte tendência em compartimentar o saber em disciplinas cujas ementas e programas reproduzem, usualmente, uma pura e simples topografia legal, sem incorporar os mais recentes debates da academia(...) o maior impacto das mudanças legislativas genéricas consiste em evidenciar o esgotamento de um modelo positivista de ensino e a crise dos projetos pedagógicos elaborados em cima de uma topografia legal. FRAGALE FILHO, Roberto. Impacto das mudanças legislativas nos projetos pedagógicos”. In: Anuário ABEDI, Ano I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p.97-98.

todo, o todo e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade. Os desenvolvimentos próprios a nossa era planetária nos confrontam cada vez mais e de maneira cada vez mais inelutável com os desafios da complexidade.

222

O conhecimento não pode ser visto de maneira isolada. No caso do pensamento jurídico ele não pode se resumir ao estudo das leis e dos procedimentos, pois do contrário não será possível sequer a percepção dos condicionantes que as determinam, fator que acaba por tornar o conhecimento legal inócuo.

Não pode ficar o pensamento jurídico imune a esta complexidade: o Poder Judiciário, como Poder e atividade estatal, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante do processo evolutivo das nações, sendo também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como a dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa. Co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa solidária e fraterna.

Uma formação jurídica transdisciplinar é imprescindível. O conhecimento sai cada vez mais de seus casulos epistemológicos e entrelaça-se com o que se produz em outros campos. O operador do direito não pode ser apenas um técnico, mas sim um jurista²²³. Deve pensar, meditar, refletir e aprofundar seus julgamentos, necessitando, para isso, de vasta cultura geral.

O desenho traçado, a partir da formação ideológica do operador jurídico brasileiro, perpassando o fenômeno da globalização e delineando o profissional do futuro, está a apontar para o operador jurídico um novo enfoque e um novo fundamento no exercício da atividade profissional. Não se pode mais ignorar essa crise social e política por que passamos. Realizará nas suas atividades, considerando-as como ações em prol de um projeto coletivo (a Constituição), abandonando o discurso da neutralidade, e incorporando um ingrediente político de representação popular, que se

²²² MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. Op.cit. p. 38.

²²³ “em Roma, os prudentes souberam distinguir, nitidamente, o *orator do jurisconsultus*, a *eloquentia* da *scientia jûris*. Desse elementar cuidado de discriminação e classificação- que presidiu, de resto, o nascimento da *jurisprudencia*- carecemos muito no presente. O termo jurista deveria, a meu ver, ser reservado unicamente ao cientista ou cultor intelectual do Direito. COMPARATO, Fábio Konder. Função social do jurista no Brasil contemporâneo. In Revista dos tribunais, São Paulo: RT, 1991, vol 670, p. 7.

legítima pela compreensão dos problemas mais agudos que afetam a sociedade e que incumbe ao Judiciário, como poder político, ajudar a resolver.

3.3.1 A CONDIÇÃO INTELECTUAL DO JURISTA

O termo intelectual, continua sendo usado para designar “os que pensam”, os que utilizam uma linguagem de código indecifrável, todavia é necessário repensar a sua função. O que separa um grupo do outro (intelectual e o não intelectual) não é a forma de conhecimento em si mesmo, mas um tipo de logicidade do pensamento, a coerência sistemática, a possibilidade de usar a própria história do pensamento, o seu sentido e também o seu desenvolvimento nas ações e tentativas de explicações do mundo.²²⁴

O jurista na sua condição intelectual se considera imune às estruturas dominantes, afirmando a racionalidade de seus atos, agindo sempre em nome da razão, imune aos fatores culturais que o determinam. O jurista gozaria de uma consciência verdadeira e não seria determinado por interesses econômicos ou políticos. Tal afirmação não se sustenta, revela apenas desconhecimento dos fatores determinantes do seu modo de pensar.

Faz-se necessário reestabelecer a unidade (inseparável) entre ação e idéia, e que se torne permanente a reflexão sobre o comportamento político de forma paralela, e isto torna imprescindível a relação entre teoria e prática, que é o único caminho de se articular prática jurídica e o jurista em sua atuação intelectual. O intelectual do Direito hoje, precisa romper com as formas de pensar estabelecidas, mais ainda:

O intelectual de hoje, se tem uma razão de ser, é na medida em que ele confirma e propaga diferenças; o que acontece – de forma trágica – é que a diferença é vista como uma dissidência que passa também pela pesquisa de formas e linguagens novas.²²⁵

Para se entender melhor o papel dos intelectuais do Direito hoje seria preciso definir novos tipos de relações que unem o indivíduo aos grupos. Só a prática incorporada ao cotidiano do intelectual poderá levantar novas possibilidades bem sucedidas, tanto teóricas quanto práticas, de realização do Direito. É preciso reformular

²²⁴ PECAUT, Daniel. Os intelectuais e a política no Brasil. Rio de Janeiro: Ática, 1989, p. 30.

²²⁵ KRISTEVA, Julia. Cadernos de Opinião. Rio de Janeiro: Paz e Terra n. 1; 1977. p. 02.

o entendimento do Direito, para que ele seja então uma linha de conduta, e não simplesmente uma “fé” a ser seguida, de maneira irrefletida.

A produção de conhecimento jurídico não pode esquecer que ação e idéia são uma unidade inseparável. Não basta o discurso teórico brilhante, é preciso, antes de tudo, a ação coerente com o discurso presente na Constituição. Esta preocupação revoluciona as formas do jurista compreender o mundo e sua posição no contexto deste mundo. O grande desafio para ciência do Direito é por meio dos seus artífices ir ao encontro dos reclamos da sociedade, expressos constitucionalmente.

Há que se pensar nas categorias conceituais produzidas pela ciência jurídica como instrumentos mediadores para uma interpretação e explicação da condição humana, sobre o mundo e suas posições, nestas novas formas de mundo. Pensamos numa abordagem que contemple os aspectos históricos inerentes à atividade científica, bem como os condicionantes externos, isto é, políticos e ideológicos que determinam a escolha do tipo de conhecimento que vai ser produzido pela comunidade de praticantes da ciência. Assim procedendo, pensamos contribuir para consolidar uma prática pedagógica crítica na educação jurídica, bem como, possibilitar uma leitura desmitificadora da totalidade da realidade social.

Os elementos transdisciplinares suscitados ao longo deste trabalho nos sugerem a possibilidade de estabelecer uma relação entre ciência jurídica e as demais, o que vem a redefinir o contexto pedagógico do Direito. Tendo em vista os elementos positivistas que ainda orientam epistemologicamente o Direito, percebe-se a necessidade de usar uma teoria social que não contemple apenas os aspectos internos que condicionam a prática da ciência jurídica, mas, interprete e explique as determinações histórico-culturais que dão concretude a esta nova forma histórica de produção do conhecimento jurídico, de modo a criar uma nova cultura jurídica. Segundo Gramsci:

Criar uma nova cultura não significa apenas fazer individualmente descobertas ‘originais’ significa também, e sobre tudo, difundir criticamente verdades já descobertas, ‘socializadas’ por assim dizer; transformá-las, portanto, em base de ações vitais, em elementos de coordenação e de ordem intelectual e moral. O fato de uma multidão de homens seja conduzida a pensar coerentemente e de maneira unitária a realidade presente é um fato ‘filosófico’ bem mais importante e original do que a descoberta, por parte de um ‘gênio

filosófico' de uma nova verdade que permaneça como patrimônio de pequenos grupos de intelectuais.²²⁶

Para um momento histórico determinado, filosofia e ciência (como produção humana) contribuem conjuntamente para o estabelecimento de uma concepção de mundo, porém, pelas características estabelecidas pelas condições econômicas de nossa realidade, condiciona os juristas, em função da ideologia hegemonicamente dominante. A construção de uma nova cultura jurídica que dê nova identidade aos juristas, passa necessariamente, pela reflexão sobre as relações que os seres humanos estabelecem socialmente e, para que seja construído um novo momento ético-político no Direito faz-se mister o rompimento com o consenso passivo, elemento este, estabelecido por meio do senso comum teórico dos juristas.

Por conseguinte, para que se torne eficiente e cumpra seu objetivo de emancipação do ser humano, o conhecimento jurídico, assim como todo o conhecimento produzido pela ciência, deve ser socializado e desmitificado a fim de termos uma nova sociedade formada por novos atores sociais, culturalmente elaborados.

A ciência como uma atividade intelectual, portanto coerente, deve através da produção de novos conhecimentos e socializada através da educação científica, fornecer elementos aos seres sociais, para que possam , “dar início” a um processo crítico, de suas próprias concepções de mundo, “criticar a própria concepção do mundo, portanto, significa torná-la unitária e coerente e elevá-la até ao ponto atingido pelo pensamento mundial mais desenvolvido” e “ significa, portanto, criticar, também toda a filosofia até hoje existente, na medida em que ela deixou estratificações consolidadas” .²²⁷

Para desenvolvermos uma nova juridicidade para a sociedade, precisamos pensar a ciência do Direito e o conhecimento por ela produzido, de forma a alcançar a unidade entre ciência e cotidiano, com a eliminação da distância entre teoria e prática (Universidade e os tribunais).

Há que se resgatar o papel da filosofia do Direito para que seja representante de uma determinada sociedade, que reaja positivamente ou negativamente e à medida em que ela reage, é justamente a medida de sua importância histórica, de não ser ela

²²⁶ GRAMSCI, Antonio. *Concepção Dialética da História*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1987. p.

14

²²⁷ Idem, . p. 13.

elucubração individual, mas fato histórico. Para que uma nova forma de compreender o mundo efetive-se de fato, e supere-se no momento que toma-se as coisas como filosofias, e construa-se uma concepção de mundo coerente, portanto uma filosofia.

Este processo de interação entre a teoria e uma prática constitucionalmente comprometida é que produz uma juridicidade capaz de atingir um novo momento ético-político, tornando as relações políticas direcionadas a valores coletivos. O conhecimento concreto da história e, dos processos históricos de construção do conhecimento da ciência são momentos essenciais e reveladores das formas humanas de produzir suas manifestações culturais e, definidor das formas reais de produção da vida.

Outrossim, é neste contexto que a educação jurídica pode contribuir para o exercício de uma cidadania realmente solidária. Para isso deve-se pensar novas bases para fundamentar as ações pedagógicas no campo do ensino do Direito, estabelecidas estas ações como essenciais no processo de construção da cultura jurídica tendo em vista a formação de juristas coerentes com seu tempo e sujeitos ativos para transformar a Constituição em ato. Para tanto, as práticas jurídicas orgânicas, em termos esquemáticos, para o caso brasileiro, são de três tipos de racionalização do direito, (re)definidores do direito positivo: a legalidade sonogada, a legalidade relida e a legalidade negada. Os operadores jurídicos engajados com este novo projeto social têm no Estado (sociedade política) ‘um lugar de lutas por hegemonia, ao lado das lutas na sociedade civil. A ampliação de espaços consensuais para o projeto democrático, é trabalho cultural’.²²⁸

A emergência e/ou realização de juridicidades, novas e velhas, dão-se no marco das ‘regras do jogo’, portanto, no terreno da legalidade. Não se limitam, todavia, ao plano formal, mas estendem ao da real efetividade das normas, já reconhecidas e sonogadas pelo poder político vigente. Tal processualidade admite o conteúdo moral trazido pelas constituições, quando expressão e condição de progresso, recepcionado na legalidade estatal, o que atesta a racionalização progressiva no sentido de racionalidade jurídico-normativa. Não se trata, tão-somente, de lutas por dentro do direito estabelecido (sonogado), mas de reconhecimento de direitos novos, ainda não reconhecidos nas leis

²²⁸ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. Direito moderno e mudança social: Ensaio de Sociologia Jurídica. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 66.

positivadas, como é o caso dos movimentos dos ‘sem teto’, dos ‘sem terra’, entre outros.”²²⁹

A reconstrução intelectual do Direito passa necessariamente pela reavaliação do seu papel. Historicamente tem-se um função justificadora e reprodutiva, cuja prática tratava-se de remendar discursos quando a realidade os revelava anacrônicos. Contra isto tem surgido, principalmente nos anos 80 e 90, um forte pensamento crítico, disposto a denunciar a função opressiva e ideológica do Direito. Tal pensamento permitiu, a arquitetura de construções teóricas as quais vieram arrefecer o pensamento jurídico, renegando os lineamentos positivistas perseguidos até então no Direito.

Contudo, uma postura crítica deve permanecer preocupada com a construção de alternativas, evitando uma postura exclusivamente “protestativa”, sem assinalar outras perspectivas, apenas manifestando uma vocação à contrariedade, a qual muitas vezes é até gratuita, não acrescentando soluções, nem tendo a real dimensão dos desafios.²³⁰

A intelectualidade do Direito deve perceber que só realizará sua função de maneira útil e efetiva, quando associado a uma prática, quando do seu engajamento, buscando aferir a viabilidade e aceitabilidade das proposições defendidas.²³¹ Nas palavras de Warat:

²²⁹ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. Direito moderno e mudança social: Ensaio de Sociologia Jurídica. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 66-67

²³⁰ Warat na sua crítica certas posturas didáticas que ignoram, contexto e os anseios discentes, em prol de uma prática eminentemente crítica, que reflete uma postura narcisíca do professor: “os críticos da cultura se alimentam desta crítica, vivem em função dela. Mito deles não conseguem falar de outra coisa.... pelo geral, o professor ocupa o papel de um grande incoformista, fala da das misérias do mundo e se vai. Os alunos ficam piores, tão só com o prazer masoquista que dá certo sofrimento. O prazer muito “argentino” de sentir-se, no fundo, bem nas situações de angústia... na maioria das vezes o professor inconformista- o grande iconoclasta- brinca de Deus. Simula derrubar todos os ídolos com a secreta esperança de pode dele ocupar o lugar de todos eles. Nada presta, só sua palavra: único fetiche a ser venerado”. (a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Territórios desconhecidos volIII. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 202-203.

²³¹ “o papel de um intelectual não é dizer aos outros o que eles tem que fazer, com que direito ele o faria? E lembrem-se de todas as profecias, promessas, injunções e programas que os intelectuais puderam formular na decorrer dos dois últimos séculos e dos quais se via agora os efeitos. O trabalho de um intelectual não é modelar a vontade política dos outros; é, através das análises que ele faz nos domínios que são seus, reinterrogar as evidências e os postulados, sacudir os hábitos, as maneiras de fazer e de pensar, dissipar as familiaridades aceitas, retomar a medida das regras e das instituições e a partir desta reproblemática (onde ele desempenha) um papel específico de intelectual) participar da formação de uma vontade política. FOUCAULT, Michel. Dossier: últimas entrevistas de Foucault Rio de Janeiro: Taurus, 1984, p. 83.

Esta pasando la época de los intelectuales clausurados en si mismo, y presos de las ilusiones de sus propias pretensiones de universalidad (los que idolatran su propia huerta). La filosofía que no es contemporanea empieza a rechazar al intelectual que dice ser un guardian del rigor, para poder hablar de si. Reproducir y trivializar, conforme a um modelo por el mesmo creado, para intentar sostener su narcisimo y descalificar la diferecia del otro. El intelectual que banaliza, en nombre de una ignorancia erudita, perdió su hora. Comenzamos a exigimos contar com os filosofos cooperativos, quen precisen del otro para pensar, sin la determinacion de um modelo a partir del cual se midan las diferencias. Filosofos que hablen en un nivel inmediato, vital, que apuesten en las intensidades de un “lugar entre –nos”aquello que explora, en vez de ser el origen narcisita de un cálculo de dominación.²³²

É inegável a necessidade de engajamento dos juristas em sua atividade, em meio ao um mundo, repleto de riscos e incertezas. Ele deve agir substituindo os modelos tradicionais estabelecidos com base na individualidade humana, na independência disciplinar e nas certezas epistemológicas, em razão de alternativas que considerem os valores coletivos e, exercitando atitudes transdisciplinares colaborar para a transformação proposta na Constituição. Sua atitude intelectual envolve uma práxis, a qual vai além das discussões acadêmicas, as quais não conseguem atingir a realidade. A adoção do engajamento jurídico, embasado por cultura constitucional envolta em um pensamento transdisciplinar “depende, além da capacidade de exteriorização e concretização que cada um possua, de uma certa ousadia e destemor de colocar adiante o já amplo espectro de consciência que hoje temos da complexidade do mundo e da necessidade de determinadas ações no interesse da preservação desse próprio mundo”.²³³ Dessa forma, “a dimensão operatória dos sonhos, das utopias e da paixão é traduzida pela ousadia. O pensar ousado pede uma práxis ousada”.²³⁴

3.3.2 POR UM NOVO IMAGINÁRIO DOS JURISTAS: A REFORMA DO PENSAMENTO E A REDESCOBERTA DA SENSIBILIDADE PELA ALTERIDADE

²³² WARAT, Luis Alberto. Surfando na porroca: o ofício do mediador. Florianópolis: fundação Boiteux, 2004. p. 230.

²³³ OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. Bobbio, a ciência jurídica do Direito e a função social do jurista. In: NAPOLI, Ricardo Bins de; GALLINA, Albertinho Luiz (orgs.). Norberto Bobbio: Direito, ética e política. Ijuí: Unijuí, 2005 p. 38.

²³⁴ AGUIAR, Roberto. O imaginário dos juristas. In: Revista de Direito Alternativo. Florianópolis: n. 2, 1993, p. 27.

O novo contexto propiciado pela ordem constitucional ao direito, requer a reconstrução de práticas judicantes, de modo a refletir uma cultura constitucional, a qual tem uma relação de mútua determinação com a política, à medida em que é instrumento de uma pactuação ético-política da sociedade. Mas para tal feito, há necessidade de uma outra ordenação simbólica, uma reformulação no modo de percepção do direito por parte dos operadores do direito, a formação jurídica deve consolidar um novo imaginário, consolidando no jurista um *habitus* republicano, capaz de dar ao seu cotidiano uma fundamentação constitucional, permeando sua prática pelo conjunto de valores trazidos pela Constituição. Uma nova forma de praticar o Direito só acontecerá a partir de uma nova organização simbólica, "A prática dos juristas unicamente será alterada na medida em que mudem as crenças matrizes que organizam a ordem simbólica desta prática. A pedagogia emancipatória do Direito passa pela reformulação de seu imaginário instituído".²³⁵

A reforma do pensamento para Morin se dá por intermédio de sete diretivas²³⁶ :

- 1) o princípio sistêmico ou organizacional, ligando o conhecimento das partes ao conhecimento do todo, já que ele é mais que a soma das partes, a organização do ser vivo produz qualidades desconhecidas no que se refere a seus constituintes físico-químicos;
- 2) o princípio Hologrâmico: este princípio mostra que não só a parte está no todo, mas o todo está nas partes, a sociedade está presente em cada indivíduo, enquanto todo, através de sua linguagem, sua cultura, suas normas, dentre outros;
- 3) o princípio do circuito retroativo: rompe com o princípio da causalidade linear, pois a causa age sobre o efeito, e o efeito age sobre a causa;
- 4) o princípio do circuito recursivo, por ele os produtos e os efeitos são, eles mesmos, produtores e causadores daquilo que os produz, os indivíduos humanos produzem a sociedade nas interações e pelas interações, mas a sociedade, a

²³⁵WARAT, Luís Alberto. O poder do discurso docente das escolas de Direito. Revista Sequência, Florianópolis, UFSC, a. I, n.2, p. 146-52.

²³⁶MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reforma o pensamento. Tradução: Eloá Jacobina. 3ªEd. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 88-89.

medida que emerge, produz a humanidade desses indivíduos, fornecendo-lhes a linguagem e a cultura;

- 5) Princípio da autonomia/dependência (auto-organização): os seres vivos são seres auto-organizadores, que não param de se autoproduzir e, por isso mesmo, despendem energia para manter sua autonomia. Como tem necessidade de retirar energia, informação e organização de seu meio ambiente, sua autonomia é inseparável dessa dependência;
- 6) O princípio dialógico: representa a união de princípios antagônicos, mas inseparáveis na realidade, desde a origem do Universo a uma conformação entre ordem, desordem e organização;
- 7) O princípio da reintrodução em todo o conhecimento: o conhecimento é uma reconstrução/tradução feita por uma mente, em determinada cultura, possibilitando uma ruptura paradigmática.

O paradigma ainda dominante mantém-se orientado pelo liberalismo e pelo positivismo, duas ideologias que favorecem o individualismo e o esvaziamento do conteúdo ético e humanista do Direito. Estas características são desafiadas pelo atual constitucionalismo, como já foi anteriormente mencionado. Ademais, a produção de conhecimentos jurídicos necessita imbuir-se de uma percepção humanista, pautada pela inclusão do outro, no qual é possível reencontrar a própria humanidade, suas dores e esperanças.

A percepção da importância de alteridade atinge a perspectiva constitucional, uma vez da face altruísta do constitucionalismo, contemporâneo o qual nos torna responsáveis uns pelos outros.²³⁷ Alteridade apresenta-se como possibilidade de reabilitar o imaginário, trazendo a revalorização da sensibilidade, aspecto indispensável à conformação inclusiva e igualitária da constitucionalidade. Uma perspectiva de valorização da alteridade propicia um horizonte ético adequado à Constituição. Os direitos humanos dependem desta reformulação ética, o jurista deve expressar com clareza que nenhum discurso jurídico é possível, do ponto de vista da sua possibilidade

²³⁷ CARDUCI, Michele. Por um Direito Constitucional Altruísta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50.

transcendental e crítica, sem que a solidariedade com qualquer ser humano seja o mínimo do qual partimos, e nenhuma democracia é possível sem que a solidariedade real, no sentido de considerar o mal dos outros como mal próprio ou de todos tenha alguma validade empírica, para construção de uma prática solidária.

Por meio desta percepção se dá a consolidação dos direitos humanos na vida cotidiana da sociedade, ou seja, a alteridade assume também uma dimensão pedagógica na sedimentação dos direitos humanos, pois situadas nestes termos, as articulações entre educação e direitos humanos devem supor um projeto pedagógico integrado que incite a viver e desfrutar dos direitos humanos que permita a compreensão e o aprendizado do valor existencial, que implica para os excluídos e os esquecidos, o exercício das práticas reivindicatórias de seus direitos de alteridade, pois as pessoas precisam aprender e exercer o valor da vida através da realização dos direitos humanos.

Finalmente, que permita fomentar um estado de opinião que leve a pensar que qualquer violação dos direitos humanos em qualquer lugar do mundo não nos pode deixar indiferentes, sendo de todos a responsabilidade de evitá-las. Faz-se uma invocação para que aprendam a ser solidários em termos dos direitos humanos, sentindo que quando alguém é violentado em seus direitos, estamos obrigados a reagir como se estivéssemos diante de uma ameaça à sobrevivência da espécie, como se faltasse o ar que respiramos.²³⁸

A alteridade (outridade) nos moldes propostos por Warat, apresenta-se como uma possibilidade para a realização do texto constitucional, a qual não depende mais da

²³⁸ “A falta de simetria entre os avanços tecnológicos e os sociais em detrimento destes últimos, põe na agenda temática a necessidade de compreender, modificar ou remediar a funesta desunião entre o paradigma científico dominante que dissocia os conhecimentos e não reflete sobre o destino humano, e o pensamento humanista da alteridade que ignora as conquistas da ciência, enquanto alimenta suas interrogações sobre o mundo e a vida. É através de uma concepção transmoderna dos direitos humanos (ecopolítica) que se pode estabelecer uma reforma de pensamento e de atitude para organizar o conhecimento que permita a ligação entre as duas culturas divorciadas; Através da concepção educacional dos direitos humanos pode-se realizar as dimensões pedagógicas dos direitos, ausentes nas práticas de administração da justiça da modernidade. As pessoas encontram sua identidade, constroem sua subjetividade, aprendem a entender o sentido do mundo e a administrar seus conflitos de modo pacífico através de uma pedagogia baseada numa concepção educativa dos direitos humanos. As pessoas podem aprender a se comunicar com os outros e a cuidar de si mesmos quando são incentivados a cuidar de sua vida, aprender o sentido de sua própria vida, saber que mesmo excluídos tem direito a se considerar vivos, e que não só tem vida os que o Estado admite politicamente como cidadãos. As pessoas aprendem a se cuidar aprendendo a lutar pelo direito a terem direitos, e a realizar suas vidas em termos de direitos humanos.” (WARAT, Luis Alberto. Direitos Humanos: subjetividades e práticas pedagógicas. Disponível em http://www.unb.br/fd/nep/livro_1.pdf, acesso em 26/06/2006).

sofisticação legal e da criação de novos mecanismos institucionais, mas de uma nova prática, desenvolvida por um novo jurista. Tal jurista precisa assumir uma postura altruísta, à medida que somente saídas coletivas, podem dar conta dos atuais problemas de nossa sociedade.

A formação jurídica deve desenvolver a habilidade de entender o outro, compreendendo os desdobramentos que relação eu-tu, possui no Direito contemporâneo²³⁹. Tal compreensão deve estar presente na estruturação do pensamento do jurista, partindo para um conhecimento pautado pela comunicação e pela empatia, pela intersubjetividade.²⁴⁰

3.3.3 FORMAÇÃO JURÍDICA E A PRODUÇÃO DE SUBJETIVIDADES

Toda construção de conhecimento precisa levar em conta o sujeito que produz, a subjetividade determina as formas de ser e de atuar. A consolidação dos direitos humanos implica novas formas de construção da subjetividade, ou como se refere Guatari subjetividades, afinal o ideal de que a razão seria o fundamento, ou a religiosidade entre outros, não cabe mais em uma época tão plural. A tratamos de construção de subjetividades, tem-se tal perspectiva não como algo individual e interiorizado. As subjetividades não são algo que se tem e que faz referência a particularidades, nem se refere a categorias como personalidade ou estrutura psíquica.

O jurista enquanto sujeito se constitui a partir do campo de possibilidades em que está imerso, sendo produto e produtor da sociedade. Não existindo uma essência humana universal, mas uma forma humana construída pela complexidade das relações sócio-históricas, as identidades e desejos não são de ordem puramente individual ou genética, mas construções coletivas que vamos significando singularmente, a partir do que está disponível nas instituições de cada tempo, entre elas as formas jurídicas.

²³⁹ AGUIAR, Roberto. Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro:DP&A, 2004, p.151.

²⁴⁰ “assim, compreendo as lágrimas, o sorriso, o riso o medo, por minha capacidade de experimentar os mesmos sentimentos que ele. A partir daí, compreender comporta um processo de identificação e de projeção de sujeito a sujeito. Se vejo uma criança em prantos, vou compreende-la não pela edição do grau de salinidade de suas lágrimas, mas por identificá-la comigo e identificar-me com ela, a compreensão, sempre intersubjetiva, necessita de abertura e generosidade. MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reforma o pensamento. Tradução: Eloá Jacobina. 3ªEd. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.93.

Seguindo esta perspectiva, o jurista está em constante processo de formação, constituindo-se como uma potência de vida que pode ser mais ou menos crítica diante do que lhe é oferecido na produção de subjetividade do seu tempo. Nesse sentido, a tarefa no ensino do Direito compreende a formação do sujeito. Devendo-se pensar se está contribuindo para sujeitos mais pensantes e críticos ou apenas reprodutores do instituído.

As subjetividades são territórios existenciais produzidos nas tramas do tecido social. São experimentadas de maneira individual, pois os territórios existenciais assumem consistência por meio de uma individuação em um corpo humano. Entretanto, não são individuais”, uma vez que se originam a partir de um processo de produção que envolve elementos múltiplos e heterogêneos: o corpo, a família, as cidades, as ruas, as relações de trabalho, o capitalismo, as escolas. Essa produção é industrial e se dá em escala mundial.²⁴¹

Há individualidade somente na medida em que ela própria é produzida. O que há, em uma sociedade capitalista é um efeito de individualização, pois nestas sociedades é assim que funciona hegemonicamente a produção de subjetividade. Tal qual a linguagem, a subjetividade é construída socialmente e assumida e vivida como particular.

Dentre os diferentes dispositivos produzidos pelo sistema capitalista, por exemplo, ressaltamos a divisão social do trabalho, que irá instituir e naturalizar dois territórios muito bem definidos. O primeiro, o do saber-poder, é identificado como o lugar da competência, do conhecimento/reconhecimento, da verdade, dos modelos, da autoridade, do discernimento, da legitimidade e adequação de certos modos de ser. O segundo, o do não saber, o da falta, caracterizado como território da exclusão, visto ser desqualificado, condenado, segregado, considerado, até mesmo, como danoso e perigoso – o campo do desvio – necessitando sistematicamente ser acompanhado, tutelado, monitorado e controlado.

A divisão social do trabalho, a designação dos indivíduos a seus postos de produção não dependem unicamente dos meios de coerção ou do sistema de remuneração monetária; mas também, e talvez de modo mais fundamental, das técnicas de modelização dos agenciamentos inconscientes operados pelos equipamentos sociais,

²⁴¹ GUATTARI, Felix. & ROLNIK, Suely. Micropolítica: cartografias do desejo. Petrópolis: Vozes, 1986.

pelos meios de comunicação, pelos métodos psicológicos de adaptação de todos os tipos.²⁴²

Pensar no trabalho que os juristas, tem desenvolvido é pensar num lugar instituído e naturalizado, percebido como a-histórico, neutro e objetivo, o qual eles tem ocupado e fortalecido: o do saber-poder. Pelo exposto, entende-se que:

A ordem capitalística produz os modos das relações humanas até em suas representações inconscientes: os modos como se trabalha, como se é ensinado, como se ama, como se trepa, como se fala, etc. Ela fabrica a relação com a produção, com a natureza, com os fatos, com o movimento, com o corpo, com a alimentação, com o presente, com o passado e com o futuro –em suma, ela fabrica a relação do homem com o mundo e consigo mesmo. Aceitamos tudo isto porque partimos do pressuposto de que esta é a ordem do mundo, ordem que não pode ser tocada sem que se comprometa a própria idéia de vida social e organizada.²⁴³

Os múltiplos e diferentes atravessamentos que constituem o modo de ser do jurista e deles fazem parte, podem ser lidos sob o aspecto de produções de subjetividades, em que não há oposição entre as relações econômicas de produção e as relações de produção subjetivas. E se constituem em um único processo, pois o que faz a força da subjetividade capitalística é que ela se produz tanto no nível dos opressores quanto dos oprimidos.²⁴⁴

São, portanto, essas produções de subjetividades que constroem e definem as formas de pensar, perceber, sentir e agir no mundo, sendo forjadas pelos diferentes equipamentos sociais. A prática jurídica também se orienta desta maneira, refundando os postulados de isenção subjetiva em prol da razão neutra, presentes nas legislações.

Apesar de estarmos imersos neste mundo, independente da classe social a que estejamos vinculados, há possibilidades de produzir rupturas, derivas, outras construções e conexões, outras subjetividades que não as hegemônicas. Este é o campo da criação e invenção, por excelência.

Como já se sabe o sujeito não é possuidor de uma natureza ou essência. Ao contrário, ele é produzido e produtor, nunca pensado como algo acabado, mas em

²⁴² GUATTARI, Felix. *Revolução Molecular: as pulsações políticas do desejo*. São Paulo: Brasiliense, 1981. p.171.

²⁴³ Idem, . p. 42.

²⁴⁴ Idem, . p. 44.

constante movimento e, ademais, com ilimitadas possibilidades de ser. Como produzido e produtor de subjetividades, o território do saber aponta, dentre outras, para algumas construções, como “o modo-de-ser-indivíduo”. A negação da multiplicidade, têm funcionado como mantenedora, e mesmo, fortalecedora do *status-quo*.²⁴⁵

Não tendo uma natureza, o homem, a sociedade e a política não são determinados previamente, mas sempre estão se fazendo. Renuncia-se aos modelos, às identidades, às permanências, às homogeneidades. Estamos, com isso, afirmando as especificidades dos diferentes e diversos saberes que se encontram no mundo. Devem ser considerados na produção de conhecimentos jurídicos, especialmente alguns que têm sido geralmente desqualificados e, mesmo, ignorados pela arrogância daqueles hegemônicos, nomeados como oficiais e, por isso, produzidos como verdadeiros, únicos, universais, totalizantes.²⁴⁶

Para sustentar a afirmação da importância dos múltiplos saberes específicos, abandonam-se as hierarquias, os limites duros e inflexíveis que tentam demarcar os sagrados territórios de cada um desses saberes, que tentam isolá-los e, decorrência, hierarquizá-los. Estamos apontando para uma proposta transdisciplinar em que todos esses saberes estejam presentes, possam misturar-se e “contaminar” uns aos outros. Aqui, interessa a apropriação da capacidade de movimentar-se, a possibilidade de sempre transitar, de ignorar cercas, reordenar e criar outros territórios.²⁴⁷

Pensar dessa forma traz efeitos para novas práticas. Essa proposta é, sem dúvida, um compromisso político que aposta na criação e na mudança, em formas diversas de realizar o Direito. Trata-se de afirmar as potências, as diferenças, as multiplicidades e possibilidades finitas e ilimitadas do homem, da sociedade, do direito e da política. Tal reflexão tem especial importância para o direito, uma vez que seus profissionais estão cada vez mais preocupados com uma formação pautada por especialismos, o que acaba por fechar os já estreitos horizontes.

Cabe à formação jurídica propiciar um reencontro com um sentido de vida não serializado e pré-programado. Impõe-se uma tomada de consciência da necessidade de desregular a lógica temporal do processo produtivo capitalista e as ideologias do

²⁴⁵ GUATTARI, Felix. & ROLNIK, Suely. Micropolítica: cartografias do desejo. Op. Cit.. p. 46

²⁴⁶ FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

²⁴⁷ GUATTARI, Felix. & ROLNIK, Suely. Micropolítica: cartografias do desejo.op. cit. p. 44

individualismo, liberalismo, positivismo legalista, detonando o tipo específico de subjetividade por ele elaborado.²⁴⁸

3.3.4 POR UM *HABITUS* REPUBLICANO

A internalização dos valores e das práticas inerentes ao constitucionalismo, por parte do jurista, leva à formação de um novo *habitus*, rompendo com as tradições formalistas e pouco eficazes presentes no imaginário dos juristas. Bourdieu, ao utilizar o conceito de *habitus*, “mostra que a cultura não é só um código comum, nem mesmo um repertório comum de respostas a problemas comuns ou um grupo de esquemas de pensamento particulares e particularizados: é, sobretudo, um conjunto de esquemas fundamentais, precisamente assimilados, a partir dos quais se engendram, segundo uma arte da invenção semelhante à da escrita musical, uma infinidade de esquemas particulares, diretamente aplicados a situações particulares”²⁴⁹. O conceito de *habitus* surge da necessidade empírica de apreender as relações de afinidade entre o comportamento dos agentes e as estruturas e condicionamentos sociais. *habitus* é compreendido como:

Um sistema de disposições duráveis e transponíveis que, integrando todas as experiências passadas, funciona a cada momento como uma matriz de percepções, de apreciações e de ações – e torna possível a realização de tarefas infinitamente diferenciadas, graças às transferências analógicas de esquemas.²⁵⁰

Habitus é um instrumento conceitual que auxilia a apreender uma certa homogeneidade nas disposições, nos gostos e preferências de grupos e indivíduos produtos de uma mesma trajetória social. Assim o conceito consegue apreender o princípio de parte das disposições práticas normalmente vistas de maneira difusa. Não obstante, *habitus* não pode ser interpretado apenas como sinônimo de uma memória sedimentada e imutável; é também um sistema de disposição construído continuamente, aberto e constantemente sujeito a novas experiências.

²⁴⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia. Porto alegre: livraria do Advogado; santa Cruz do Sul:Edunisc, 1998. p.77.

²⁴⁹ BOURDIEU, Pierre. A Economia das Trocas Simbólicas. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 349.

²⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. Sociologia. São Paulo: Ática. 1983 p. 65.

Pode ser visto como um conjunto de disposições incorporadas, mas postas em prática a partir de estímulos conjunturais de um determinado grupo social. É possível vê-lo, pois, como um sistema de disposição que predispõe à reflexão e a uma certa consciência das práticas, se e à medida que um feixe de condições históricas permitir.

É necessário considerar o *habitus* um sistema flexível de disposição, não apenas resultado da sedimentação de uma vivência nas instituições sociais tradicionais, mas um sistema em construção, em constante mutação, adaptável aos estímulos do mundo moderno, como expressão de uma identidade social em construção. Nesse sentido, o caráter transitório dos conhecimentos é um elemento chave para a reflexão sobre o conceito de *habitus*, o processo de socialização e a construção das identidades individuais.²⁵¹

Vive-se em um mundo com uma variedade crescente de instituições produtoras e promotoras de saberes, valores e comportamentos. Observa-se como fato o ritmo das mudanças tecnológicas, o questionamento das instâncias de referências e as transformações na construção das experiências individuais. As influências antigamente generalizadas de agentes solidamente constituídos, como a tradição (nos papéis da família e da escola), passam aos poucos a ser fragmentadas e dispersas. No modo de ação dos juristas, cabe refutar o engessamento repetitivo que tem deformado a instância jurídica, entretanto, a tarefa de superação criativa, precisa evitar uma recaída para o relativismo e o arbítrio infundado. Mas qual o norte que orienta a construção de novas práticas?

A consolidação de novas práticas jurídicas, como já foi anteriormente tratado, passa pela reforma do pensamento, reestruturando o imaginário dos juristas, por meio de uma nova percepção científica do Direito, das atitudes intelectuais e das práticas pedagógicas. Mas indo além, a formação jurídica implica em incorporar sentimentalmente o Direito, a constitucionalidade passa pela sensibilidade.

A construção de um novo *habitus* deve levar em conta as virtudes cívicas do republicanismo²⁵², como ideal de ação. Mais do que justificação de comportamentos,

²⁵¹ SETTON, Maria da Graça Jacintho. A teoria do habitus em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. Disponível em www.scielo.br, acesso em 13/06/2006.

²⁵² AGRA, Walber. Republicanismo. Porto Alegre: livraria Advogado, 2005, p. 72.

deve ser uma estratégia de ação produzindo uma prática consolidada em motivações internalizadas, que revelam um *ethos* voltado para práticas coletivas e inclusivas.²⁵³

Muito além disso, se faz necessária a percepção de um sentimento Constitucional, o qual consiste “em la adhesión interna a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos consciente, porque se estiman (sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridade y funcionamiento) que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivência.”²⁵⁴

Isto nos reporta ao fato de que “ya no puede ser, solo, fruto de la intección consticucional, sino, ademas, y algunos momentos y casos muy sgnificativamente, resultado dela sensibilidad constitucinal, de modo que la explicación de las conexiones normativo-institucionales del esta em constitución nunca han de perder de vista las motivaciones emocionales del tener constitución y convivir conforme a la Constitución.”²⁵⁵

O conceito de constituição se completa quando a sua intelecção teórica se une a uma compreensão emocional mediante o sentimento que adere ao conceito. O ensino do Direito constitucional não se encerra na exposição de conexões teóricas lógicas e técnicas, requer, que se insista na necessidade da sociedade aderir a ela, sentindo-a como coisa sua. Esta percepção sentimental da constituição, reflete uma prática transdisciplinar, pois atravessa vários níveis de realidade.²⁵⁶

²⁵³ Ética reflete um dado grupo, e configura o fato de que pertencemos a uma sociedade. Somos socializados em um grupo por estarmos integrados nas normas e valores de um certo modo de vida. Ética revela um tom dominante de pessoas ou comunidade, neste grau, ética é um sistema de disposições socialmente homogeneizantes pelas quais os indivíduos vêm compartilhar o que Bourdieu chama a mesma de Habitus. Este habitus não é senão o *ethos* ou o habitat onde os indivíduos vivem eticamente, tendo aprendido a se acostumar, se habituar uns com os outros. TAYLOR, Paul. Ética universal e a noção de valor. In: NICOLESCU, Basarab et al. educação e transdisciplinarietà. Brasília: Unesco, 2000, p. 61.

²⁵⁴ VERDU, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional (aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integracion política). Madrid: Editorial Reus, 1985, p. 71.

²⁵⁵ Idem, p. 8.

²⁵⁶ Manter uma direção constante na travessia dos diferentes níveis de realidade garante uma afetividade crescente que assegura a ligação entre o todo e nós mesmos. Os sábios de todos os tempos têm afirmado que o conhecimento de si mesmo é um processo evolutivo sem fim. Desde o início da humanidade até nossos dias, os grandes textos da mística, da religião e da literatura, as grandes obras de arte, testemunharam todos a presença constante da afetividade neste mundo. A harmonia entre o objeto e sujeito pressupõe uma harmonia entre o espaço exterior da efetividade e o espaço interior da afetividade. Efetividade e afetividade devem ser as palavras de ordem de um projeto de civilização proporcional aos desafios de nosso tempos. NICOLESCU, Basarab. A prática da transdisciplinarietà. In: NICOLESCU, Basarab et al. educação e transdisciplinarietà. Brasília: Unesco, 2000, p.139.

Verdú revela a capacidade de internalizar o Direito, como um meio de dar eficácia normativa aos textos legais. A única forma de um ordenamento jurídico sustentar-se efetivamente na sociedade é por meio do desenvolvimento do sentimento jurídico, do qual o sentimento constitucional é decorrente. Logo, sentir significa estar implicado com algo, e esta implicação é parte estruturante inerente à ação e o pensamento, não é mera referência retórica, mas ao contrário é ter a Constituição como centro de nossa cultura e de nossa consciência jurídica, orientando assim o desenvolvimento de nossa prática.

Tal prática leva em conta a substancialidade de nosso constitucionalismo atual, por ele percebe-se a decrepitude do castelo de procedimentos de outros tempos, preocupado apenas com a validade. Ademais “Deixando de lado as imagens evocadoras, não se pode mais eximir da verificação de que o mundo inteiro corre em uma direção, que já não é mais aquela do encerramento na couraça da validade, mas de uma valorização do oposto princípio da efetividade; veja-se a carga vital de certos fatos e sua incisividade no social, está determinada pelas suas próprias forças interiores”²⁵⁷.

Valorizando efetividade, tem-se como resultado imediato o abandono do positivismo jurídico, para uma abertura substancialmente constitucional, por meio da consideração de seus princípios e seus projetos, pois o império do válido é unitário e compacto enquanto o efetivo é heterogêneo, plural e complexo.

Tal postura exige do jurista um novo protagonismo, pois:

Não se trata, como se pode perceber, de exercícios teóricos desprendidos de toda tradução na realidade concreta; a sua relevância, porém, está, no nosso entender, sobretudo em um aspecto: são juristas – na maior parte, homens de ciência – que, atrás de uma vocação que é típica do cientista, desenham uma trama jurídica que é pensada como supranacional, tendencialmente universal. A tarefa de tecer tramas corajosas que superem as misérias do particular pode ser confiada à ciência jurídica, a única fonte que tem em si os recursos intelectuais e espirituais para vencer as tentações fracionistas. São juristas e também isso é muito significativo: após uma longa expropriação perpetrada durante todo o moderno, depois de séculos de condenação aos trabalhos forçados da exegese, o direito torna a ser aquilo que foi nos grandes momentos da história jurídica ocidental – o romano e o medieval – o que foi e é no planeta do common law: coisa de juristas. Que assim o seja prova o atual contexto histórico com as suas vocações universalistas, com juristas protagonistas na elaboração e fixação dos princípios, com juristas

²⁵⁷GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repeamento” epistemológico. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. Disponível em <http://calvados.c3sl.ufpr.br>. Acesso em 27/06/2006.

protagonistas do fenômeno globalizatório. Hoje, esse bruxo mantido com os seus destiladores em um calabouço do castelo à servil disposição dos poderosos, mostra-se com seu papel engrandecido. Não é mais o técnico que gere modestos aparelhos ortopédicos para prover as claudicâncias do onipotente legislador, mas é, ele, o último elo de uma corrente bimilenária de tradições culturais, enquanto aquele que percebe valores universais e ao mesmo tempo é capaz de traduzi-las em regras, o personagem a quem pode ser confiado o ofício difícilimo de tecer aquela rede da qual temos necessidade. Assim O novo protagonismo dos juristas não responde ao orgulho de uma ordem, mas a um reclamo de nosso tempo histórico.²⁵⁸

O espaço da invenção deve ser ampliado no Direito, para que as práticas formativas sejam capazes de produzir um novo jurista com “personalidade” capaz de dar margem à criação de alternativas, partir da pactuação feita pela sociedade a partir da Constituição. A contemporaneidade requer mais do jurista do que simplesmente a distinção entre o lícito e o ilícito, exige a utilização dos instrumentos, para a realização da dimensão propositiva do Direito atual.

Nesta cruzada a universidade e seus cursos de Direito, como espaço privilegiado deve proporcionar elementos para reflexão que permita desenvolver um raciocínio jurídico crítico em seus alunos. Entende-se que a construção de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, pela formação do indivíduo que seja, ao mesmo tempo, autônomo perante o poder, eis o tema do Estado de Direito; e livre por meio da participação ativa na cidade. Advoga-se como tese que se esta forma de pensar e agir for instaurada na formação do discente, intencionalmente pelo professor, pode-se contribuir para que o bacharel assumira sua prática profissional com a mesma postura emancipatória adquirida na universidade, contribuindo para uma mudança de paradigmas na cultura acadêmico-jurídica e para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.²⁵⁹

Em síntese, uma nova prática depende de uma nova formação abrangente ao ponto de, além de formar profissionalmente, atinja a subjetividade do jurista. Para tanto deve-se priorizar uma a formação jurídica, a qual lhe dê um embasamento teórico primando pela construção de uma cultura constitucional; uma fundamentação ética

²⁵⁸ GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repeamento” epistemológico. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. Disponível em <http://calvados.c3sl.ufpr.br>. Acesso em 27/06/2006.

²⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999 p. 7.

pautada pela alteridade; aptidão profissional para o conteúdo moral da Constituição e formação de subjetividades capazes de dar vida ao projeto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo brasileiro, a partir de 1988, assume contornos que revelam nele um projeto de sociedade, um ideário ético –político. Tal proposta transcende a posição do constitucionalismo tradicional, com as suas funções restritas à regulação do poder, garantias individuais e disciplina das liberdades. A ordem constitucional brasileira se molda refletindo os anseios sociais de um momento histórico peculiar, de superação do autoritarismo, em busca de uma realidade solidária, pautada pela superação das diferenças que tornam os cidadãos desiguais, com a busca de uma verdadeira integração societária, tendo a dignidade humana como horizonte.

Este documento traz uma riqueza enorme de prerrogativas, as quais revelam uma pactuação ética, a qual remete à disposição em romper com o paradigma liberal-individualista, rumando à construção de uma ordem democrática, visando favorecer projetos coletivos. Esta perspectiva exige importantes modificações do Direito e da prática jurídica. Interesses coletivos passam a pesar sobre a realização do Direito, os conflitos não se dão mais de forma individual, pois os interesses agora se dão em uma dimensão transindividual.

A proposta de Estado Democrático de Direito e seus objetivos de transformação social, fazem a prática jurídica transcender à resolução de conflitos individuais. O Direito insere nos seus expedientes normativos, de maneira preponderante, a defesa de direitos e a promoção de valores coletivos.

Neste cenário inquietante e desafiador, a ciência jurídica precisa trabalhar de maneira prescritiva, revelando as respostas adequadas ao conteúdo constitucional do Direito. Ela não se reduz mais a um papel meramente descritivo.

O “confronto” entre as propostas do constitucionalismo contemporâneo e a compreensão tradicional do Direito mostra que ele rompe com o imaginário convencional dos juristas, com seus procedimentos e suas técnicas, pautados pela repetição, e o temor à criação. Rompe, também, com a exigência de isentar as práticas jurídicas de atitudes que remetam à subjetividade, a qual deveria ser descartada deste

processo, pois o mesmo deveria expressar a razão isenta e superior a quaisquer interesses, do contrário se afirmaria o arbítrio.

Percebe-se que a prática jurídica está ainda distante das inovações constitucionais. A Constituição ainda não se fez realidade, sendo este o grande desafio para os juristas. Este trabalho aponta como umas tarefas necessárias, para superação da pouca efetividade do texto constitucional, uma reforma no pensamento jurídico, por meio da produção de conhecimentos jurídicos, aptos a reformular a atuação dos juristas, desenvolvendo novas atitudes imbuídas de um sentimento constitucional.

O constitucionalismo contemporâneo desafia os horizontes teóricos e práticos dos juristas, à medida que reestrutura o seu papel. O desafio de implantação da Constituição Federal depende da reformulação do imaginário dos juristas, uma nova cultura para o Direito deve ser consolidada para que ela triunfe.

A ciência e o conhecimento jurídico abandonam definitivamente o caráter descritivo, passando a contribuir para afirmação da constituição e do caráter ético e emancipatório do Direito.

A cultura é elemento determinante na ação humana, é o universo que constitui o imaginário, são as crenças que orientam o dia-a-dia. A formação do Estado Democrático de Direito consolidou a expansão do constitucionalismo, o qual passou da liberdade à promoção humana, e precisa também assumir uma dimensão pedagógica. A formação jurídica só afirmará seu papel contemporâneo, quando aderir aos anseios que levaram ao constitucionalismo dirigente, o qual é a verdadeira vocação de nosso Direito Constitucional.

O imaginário jurídico está em crise apresenta-se pobre, afeito à repriminção do repertório dogmático ainda do modelo liberal e positivista, em uma perspectiva, ignora o papel ao qual o direito é chamado na atualidade. O constitucionalismo e a teoria jurídica refutam-no, em razão de uma percepção mais apurada do sentido ético da política e do Direito. É justamente a percepção desta relação entre política e direito, a qual se dá de forma explícita através da Constituição Federal, que precisa ser trazida para o cotidiano, necessita-se contemporaneamente promover uma prática jurídica, capaz de cotidianamente fazer ressoar esta perspectiva.

Assim, deve-se formar um novo jurista. O modo como se produzem as subjetividades por meio do ensino do direito, deve aflorar uma preocupação substancial, voltada com o Direito e não apenas formal, preocupada com a descrição padronizada das leis.

Postos os desafios que o constitucionalismo contemporâneo traz para a vida jurídica, sendo que o mesmo descortina um horizonte de possibilidades para a realização do Direito, fazendo com que as construções jurídicas atravessem diversos níveis de realidade, associando-se à ética e à política para a definição do quadro regulativo da sociedade atual, de modo a estabelecer os níveis liberdade e de igualdade e propor a transformação em razão da justiça social.

O que ainda falta para que venha à realidade as perspectiva humanitárias, propostas ao Direito, por meio da dimensão prospectiva do constitucionalismo?

Falta uma reforma no pensamento dos juristas, que permita refazer o Direito, por meio de um novo imaginário, tornando-o uma prática social capaz de efetivar os fundamentos ético-políticos, estabelecidos nas legislações contemporâneas. Refazer o jurista, produzir, através do ensino, subjetividades capazes de internalizar a Constituição, dar-lhe uma dimensão sentimental, a medida que ela seja formalmente o centro da vida jurídica, seja também o centro das motivações dos jurista, refletindo-a em todas as suas atitudes um agir republicano.

Falando em habilidades, a capacidade de transgredir é ainda a grande aposta nos juristas contemporâneos, para que inventem um novo protagonismo. Transgredir, principalmente os abismos criados entre teoria e prática, política e Direito, validade e eficácia. Transgredir a ditadura do pensamento vigente, estruturado no apelo formal, e nesta transgressão, reinventar a dogmática e a ciência, explorando suas potencialidades. Assim, reinventado o jurista, renova-se o sentido do Direito.

A formação jurídica necessita abandonar a pedagogia voltada apenas à difusão de conhecimentos legalistas fundadores de uma prática, pautada pela incorporação de procedimentos. A formação jurídica precisa adotar novas propostas voltadas para os três eixos: desenvolvimento de uma formação humana preocupada com a produção de subjetividades, a qual refute a padronização dos pensamentos e das atitudes dos bacharelandos.

Como segundo eixo, estabelecer uma preocupação ético-política, direcionada à emancipação social, voltada para a construção de saídas coletivas, tendo a preocupação com a alteridade, medida que no reconhecimento do outro, vislumbram-se possibilidades de uma repactuação ética voltada para a solidariedade e à igualdade.

Numa terceira dimensão recomenda-se que a formação prática não se restrinja à disseminação de procedimentos, mas sim ao desenvolvimento de um conjunto de atitudes, o qual propicie um novo *habitus*, capaz de refletir no cotidiano os valores constitucionais, internalizados na forma de um sentimento constitucional. Isto posto, a formação prática deve desenvolver mais que habilidades burocráticas, habilidades humanizadoras.

A constatação destas perspectivas do ensino jurídico, favorece o desenvolvimento das possibilidades de efetividade da Constituição. Esta efetivação só acontece através do desenvolvimento de uma nova produção de conhecimento jurídico, o qual forneça elementos à ciência, para que possa superar a pureza pela transdisciplinariedade, somente dessa forma poderá formar-se uma nova cultura para o Direito.

Uma nova cultura jurídica só será formada a partir de um novo imaginário, superando os abismos entre teoria e prática, superando também, o individualismo em prol da dimensão ética da normatividade contemporânea. Deste modo, a Constituição só assume a sua supremacia pela reforma do pensamento dos juristas. Por outro lado, o pensamento jurídico só supera as suas misérias pela adesão ao constitucionalismo contemporâneo. Esta ligação complementar, revela a dupla missão da ciência e do ensino jurídico: reformar o imaginário dos juristas para que se possa dar vida a Constituição e aderir ao constitucionalismo para que se possa atualizar o pensamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro, 2003.

ABRÃO, Paulo, TORELY, Marcelo Dalmás. As diretrizes curriculares e o desenvolvimento de habilidades e competências nos cursos de direito: o exemplo privilegiado da assessoria jurídica popular. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/nova/emancipartexto.pdf>, acesso em 03/06/06.

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA Luciano. O Estado da arte da pesquisa jurídica e sócio-jurídica no Brasil. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/seriepesq04.htm> acesso 02/06/06.

ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do Poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGRA, Walber. Republicanismo. Porto Alegre: livraria Advogado, 2005.

AGUIAR, Roberto. Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

AGUIAR, Roberto. O imaginário dos juristas. In: Revista de Direito Alternativo. Florianópolis: n. 2, 1993.

AGUIAR, Roberto. Direito, Poder e Opressão. São Paulo: Alfa Omega. 1990.

AMARAL, Rafael Caiado. Peter Haberle e a Hermenêutica Constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. Direito moderno e mudança social: Ensaios de Sociologia Jurídica. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

AZEVEDO, Plauto Faraco De. Direito, Justiça Social e Neoliberalismo. 1ª Edição . São Paulo: Revista Dos Tribunais. 1999.

BARACHO, José de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 23, n. 91, p. 05-62, jul./set. 1986.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós –positivismo). Revista Interesse Público, Sapucaia do Sul: Notadez, n. 11, p. 42-73, jul/set 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross, Hart. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil. 2º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro.. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

BAZARIAN, Jacob. O problema da verdade. São Paulo: Círculo do Livro, s.d.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: Revista Brasileira de Informação Legislativa n 142 . Brasília: Senado Federal, jan-jul 1999.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: Revista Brasileira de Informação Legislativa n 142 . Brasília: senado federal, jan-jul 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In: Revista Lua Nova nº 61. São Paulo: CEDEC, 2004.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 6ºed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: revista de Estudos Avançados n 51. São Paulo: USP, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOURDIEU, Pierre. A Economia das Trocas Simbólicas. São Paulo: Perspectiva, 1982.

BOURDIEU, Pierre. Sociologia. São Paulo: Ática. 1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CANOTILHO, José J.G. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2ªed.Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CAPELLA, Juan Ramon. Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARDUCI, Michele. Por um Direito Constitucional Altruísta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CHAUÍ, Marilena. Escritos sobre a universidade. São Paulo: UNESP, 2001.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLEVE, Clemerson. Controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, João. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CLÉVE, Clemerson. O direito e os direitos. 2 ed., são Paulo: Max Limonad 1999.

COELHO, Edmundo. As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro 1822-1830. Rio de Janeiro: Record, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social do jurista no Brasil contemporâneo. In Revista dos tribunais, São Paulo: RT, 1991, vol 670.

- COUTINHO, Jacinto Miranda (org.). Canotilho e a Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DANTAS, Francisco Cletino San Tiago. Renovação do Direito. In: encontros UNB: ensino jurídico; 1984.
- Diaz, Elias. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Cuadernos para el Dialogo, Espanha, 1975.
- DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FALCÃO, Joaquim, WERNECK, Diego. “A FAVOR DA DEMOCRACIA” – A CONSTRUÇÃO DE UM CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Disponível em www.Conpedi.org. acesso em 28/07/2006.
- FARIA, José Eduardo. (Org). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FARIA, José Eduardo. (Org). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FARIA, José Eduardo. (Org). O Direito e a Justiça: A função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.
- FARIA, José Eduardo. A reforma do ensino jurídico. Porto Alegre: 1987.
- FARIA, José Eduardo. A reforma do ensino jurídico. Porto Alegre; Sergio Fabris, 1987.
- FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: experiência recente e futuros desafios. In: revista de Estudos Avançados n 51. São Paulo: USP, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Saraiva, 1988.
- FORQUIM, Jean-Claude. Currículo e Cultura. In: Comentários do Centro Pedagógico Pedro Arrupe - vinculado à Associação dos Colégios Jesuítas- ACOJE- Rio de Janeiro. Disponível em (<http://www.pedroarrupe.com.br/curriculo.htm>. Acesso em 26/07/2006).
- FOUCAULT, Michel. Dossier: últimas entrevistas de Foucault Rio de Janeiro: Taurus, 1984.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: RABINOW, Paul e DREYFUS, Hubert. Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FOUCAULT, Michel. Microfísico poder. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRAGALE FILHO, Roberto. Impacto das mudanças legislativas nos projetos pedagógicos”. In: Anuário ABEDI, Ano I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

FREYRE, Gilberto. Em torno de um novo conceito de tropicalismo. In: um brasileiro em terras portuguesas. Lisboa: Coleção Livros do Brasil, S.D.

GARCIA, Manuel calvo. Los fundamentos Del método jurídico: una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994.

GARCIA-PELAYO, Manuel. Las transformaciones Del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza, 1996.

GAUER, Maria Chittó. A Construção do Estado-Nação no Brasil: a contribuição dos egressos de Coimbra. Curitiba: Juruá. 2001.

GEERTZ, A Interpretação das Culturas, Ed. Guanabaraa Koogan, RJ, 1989.

GRAMSCI, Antonio. Concepção Dialética da História. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1987.

GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica. Tradução: Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GROSSI, Paolo. A FORMAÇÃO DO JURISTA E A EXIGÊNCIA DE UM HODIERNO “REPENSAMENTO” EPISTEMOLÓGICO. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. Disponível em <http://calvados.c3sl.ufpr.br>. Acesso em 27/06/2006.

GUATTARI, Felix. & ROLNIK, Suely. Micropolítica: cartografias do desejo. Petrópolis: Vozes, 1986.

GUATTARI, Felix. Revolução Molecular: as pulsações políticas do desejo. São Paulo: Brasiliense, 1981.

HÄBERLE, Peter. Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997. v. II, p. 193-305.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HELL, Victor. *A Idéia de Cultura*. Tradução: Halumi Tateyama Takahashi, São Paulo: Martins Fontes, 1989.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

JUNQUEIRA Eliane Botelho. *Faculdades de Direito ou fábricas de Ilusões?* Rio de Janeiro: Letra Capital, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KOZIMA, José Wanderley. *Retórica e o bacharelismo no Brasil*. In: WOLKMER, ANTONIO CARLOS (ORG.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: del Rey, 1996.

KRISTEVA, Julia. *Cadernos de Opinião*. Rio de Janeiro: Paz e Terra n. 1; 1977.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4ª. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A constituição como Princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

LOPES, José Reinaldo Lima Lopes. *Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História-lições Introdutórias*. 2º São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Teoria de la Constitución como ciência cultural*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

MACHADO, Mario Brookman. *Cultura jurídica e democracia: a favor da democratização do judiciário*. LAMONIER, Bolívar, WEFFORT, Francisco, BENEVIDES, Mária Vitória. in: *Direito, Cidadania e Participação*, São Paulo: TA Queiroz Editor, 1981.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. *Manual de educação jurídica*. Curitiba: Jura, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización Del poder y libertad. História del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Direito, Literatura Ética. Florianópolis: OAB, 2005.

MICHELON Jr. Cláudio Fortunato. Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2004.

MONREAL, Eduardo Novoa. O Direito Como Obstáculo à Transformação Social. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

MORAIS, José Luís Bolzan de &STRECK, Lenio. Ciência política e teoria do Estado. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia. Porto alegre: livraria do Advogado; santa Cruz do Sul:Edunisc, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de; COPPETTI, André. Ensino do Direito, transdisciplinariedade e Estado Democrático de Direito. In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n 3. Porto Alegre: IHJ, 2005.

MORAIS, Jose Luis Bolzan. Do Direito social aos interesses transindividuais – o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reforma o pensamento. Tradução: Eloá Jacobina. 3ªEd. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários a educação do futuro. Rio de Janeiro: Editora Planeta, 2001.

MULLER, Friedrich. Métodos de Trabalho de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NALINI, José Renato. A formação do jovem jurista, Rio de Janeiro, 1997.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica, ed. Acadêmica, SP, 1994.

NICOLESCU, Basarab et al. educação e transdisciplinariedade. Brasília: Unesco, 2000.

NICOLESCU, Basrab. Carta da transdisciplinariedade. In: educação e transdisciplinariedade. Brasília: Unesco, 2000.

OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. Bobbio, a ciência jurídica do Direito e a função social do jurista. In: NAPOLI, Ricardo Bins de; GALLINA, Albertinho Luiz (orgs.). Norberto Bobbio: Direito, ética e política. Ijuí: Unijuí, 2005.

OLIVEIRA, José Sebastião de. O perfil do profissional do direito neste início de século XXI. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 26/07/06.

OLIVEIRA, VELLOSO E CASTRO, apud PECAUT Daniel. Os intelectuais e a política no Brasil: entre o povo e a nação. São Paulo: editora Ática, 1990.

PAULO FILHO, Pedro. O bacharelismo brasileiro: da Colônia a república. Campinas: Bookseller, 1997.

PECAUT, Daniel. Os intelectuais e a política no Brasil. Rio de Janeiro: Ática, 1989.

PORTO, Inês Fonseca. Ensino jurídico, diálogos com a imaginação: construção do projeto didático no ensino jurídico. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

POZO, José Hurtado. El principio de legalidad, la relación de causalidade y la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmatica penal. Nuevo Foco Penal, Coimbra, n. 39, 1988.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. Paradigma dogmatico y ciencia del derecho. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

REALE, Miguel, O Direito como Experiência, Ed. Saraiva, SP, 1968.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O direito errado que se conhece e se ensina: a crise do paradigma epistemológico na área d direito e seu ensino. In: FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo. Florianópolis: OAB, 2004.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Ensino do direito no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

ROESLER, Claudia Rosane. Debate sobre a função social do operador jurídico e seus pressupostos. In: CORRÊA, Darcísio. Direito espaço público e transformação social. Ijuí: Unijuí, 2003.

ROESLER, Claudia. O Poder Judiciário e o Estado de Bem-Estar Social: Notas para um Estudo sobre a sua Transformação. In: Direito em Debate n. 12. Ijuí: Unijuí, jul/dez.98.

SCAFF, Fernando Facury. Ensino, pesquisa e profissões jurídicas. Disponível em: www.leniostreck.com.br/aceso 11 de outubro de 2005.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. A teoria do habitus em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. Disponível em www.scielo.br, acesso em 13/06/2006.

STRECK, Lenio Luiz.. Hermenêutica jurídica e(m) crise - uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais -sociais em terrae brasilis. Revista brasileira de direito constitucional. Rio de Janeiro: ESDC, 2004.

STRECK, Lenio. A hermenêutica, a lei e a justiça: uma discussão dos obstáculos do acontecer da constituição. In: ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. LEAL, Rogério Gesta. Direitos sociais e políticas públicas. Santa Cruz: Edunisc, 2001.

STRECK, Lenio. A inefetividade dos Direitos Sociais e a necessidade construção de de uma teoria da constituição dirigente adequada aos países da modernidade tardia. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2002.

STRECK, Lenio. A inefetividade dos Direitos Sociais e a necessidade construção de de uma teoria da constituição dirigente adequada aos países da modernidade tardia. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional. 2002.

STRECK, Lenio. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In:SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro, 2003.

TAQUARI,Carlos. Caminhos da Graduação. Revista de Ensino Superior. Jun 20056. São Paulo: segmentos. 2005.

TAYLOR, Paul. Ética universal e a noção de valor. In: NICOLESCU, Basarab et al. educação e transdisciplinarietà. Brasília: Unesco, 2000.

VENANCIO FILHO, Alberto. Análise histórica do ensino jurídico no Brasil. In: encontros da UNB. Brasília: 1979.

VENANCIO FIIHO, Alberto. Das arcadas ao bacharelismo. São Paulo: Perspectiva. 1982.

VERDU, Pablo Lucas. El sentimiento constitucional (aproximacion al estudio del sentir constitucional como modo de integracion política). Madrid: Editorial Reus, 1985.

VIDAL NETO, Pedro. Estado de Direito. São Paulo: LTr. 1979.

WARAT, Luis Alberto. A pureza do Poder. Florianópolis: editora UFSC: 1984.

Warat, Luis Alberto. A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Territórios desconhecidos vollI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Direitos Humanos: subjetividades e práticas pedagógicas. Disponível em http://www.unb.br/fd/nep/livro_1.pdf, acesso em 26/06/2006.

WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do Direito: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2004.

WARAT, Luis Alberto. Fobia al Estado de Derecho. In: Anais do Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Integrada do Alto Uruguais e Missões - URI, Rio Grande do Sul, Brasil, 1994.

WARAT, Luis Alberto. O poder do discurso docente das escolas de Direito. Revista Sequência, Florianópolis, UFSC, a. I, n.2.

WARAT, Luis Alberto. Surfando na porroca: o ofício do mediador. Florianópolis: fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto; CUNHA, Rosa Cardoso. Ensino e saber jurídico. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca. 1977.

WARAT. Luis Alberto. Introdução a Estudo do Direito I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991.

WEILL, Pierre. Uma nova concepção de vida. In: A arte de viver em paz: por uma nova consciência, por uma nova educação. São Paulo: Gente, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002.