

Crise da Jurisdição: A Superação do Paradigma Racionalista

Para a Consolidação do Estado Democrático de Direito

Crisis of jurisdiction: Overcoming the rationalist paradigm

for the consolidation of the democratic state of law

Juliana Gomes Silva¹

Angela Araujo da Silveira Espindola²

Resumo

O presente estudo tem como pano de fundo mostrar a complexidade do tema que envolve a crise da jurisdição, abordando a realização do direito por meio da construção dos modelos de jurisdição em Castanheira Neves. Percebe-se que o direito não pode ser compreendido como estrita legalidade e a jurisdição atuando meramente na solução de conflitos. Dessa forma, constata-se que o normativismo-legalista (racionalista) não atende mais aos anseios e a realidade do nosso tempo, ou seja, estaria superado! Portanto, necessário se faz, tratarmos a crise do “sentido do direito” o que nos remete a crise do “sentido da jurisdição”, nas palavras de Castanheira Neves, “um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo”. Para tanto, busca-se um novo paradigma que se propõe à realizar o direito, consolidando assim, o Estado Democrático de Direito. Para tanto, utilizou-se como autor base Castanheira Neves.

Palavras-chave: Crise da Jurisdição. Racionalismo. Sentido do Direito.

Abstract

The background of the present study shows the complexity of the matter involving the crisis of jurisdiction, discussing the performance of law through the construction of jurisdiction models based on Castanheira Neves. It is noted that law cannot be understood as strict legality, and jurisdiction merely working for conflict resolution. Thus, it is found that legal normativism (rationalist) no longer meets the needs and the reality of our time, meaning it

¹ Mestranda em Direito da Faculdade Meridional (Imed-RS). Endereço Eletrônico: julianasilvaadvogada@terra.com.br

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (IMED) e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). É Diretora Científica da Associação Brasileira do Ensino do Direito - ABEDI (2012-2014). Advogada, atua na área de Direito Público.

would be outgrown. Therefore, it is required to handle crisis in the “sense of law”, which addresses to the crisis in the “sense of jurisdiction”; in the words of Castanheira Neves, “a different meaning of law will correlatively imply a different meaning of jurisdiction called to perform it”. Hence, a new paradigm that proposes the performance of law, thus, strengthening the Democratic State of Law is sought. Therefore, Castanheira Neves was used as base author.

Keywords: Crisis of Jurisdiction. Rationalism. Sense of Law.

1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo mostrar a complexidade do tema que envolve a crise da jurisdição, abordando a realização do direito por meio da construção dos modelos de jurisdição. Neste contexto, os modelos em Castanheira Neves são: normativismo-legalista ou racionalista onde o direito é meramente reduzido à lei; o funcionalismo jurídico que trata o direito como instrumento da política e o jurisprudencialismo que surge como um contraponto aos dois modelos já mencionados, trazendo a perspectiva do homem-pessoa; e uma nova perspectiva assumida pelo direito “o direito como ciência da compreensão”. Dessa forma, necessário se faz tratarmos o “sentido do direito”, e, por consequência o “sentido da jurisdição”, e perceber a possível ruptura de um paradigma que não atende mais aos anseios e a realidade do nosso tempo, buscando então um novo “sentido” para o direito, possibilitando assim, alternativas para o direito, “o direito como alternativa humana”. Portanto, busca-se um novo paradigma que se propõe a realizar o direito, consolidando assim, o Estado Democrático de Direito.

2. A realização do direito em Castanheira Neves: a construção dos modelos de jurisdição

2.1 Normativismo-legalista: o direito reduzido a lei

Ao abordar o normativismo-legalista, a que se grifar, que se trata de um modelo em Castanheira Neves para a realização do direito. Para o autor, o referido modelo estaria superado, e um novo modelo seria necessário para esse fim.

Trata-se de um modelo que traz a perspectiva individualista do modelo liberal, onde se constituiu uma compreensão voltada para a autonomia humana, portanto, percebe-se que no século XVI ao século XVIII ocorre uma ruptura da forma “teológica-metafísico-cultural

transcendente”, que passa a ser fundamentado por meio da razão e da liberdade. (CASTANHEIRA NEVES, 1995. p. 15)

Assim, o normavismo-legalista possui um ingrediente próprio na medida que o homem tem um entendimento subjetivo entre o Direito e a Sociedade, ainda, “afirmava-se a secularização e a emancipação do econômico, especialmente em relação aos quadros ético-religiosos”. Portanto, o “domínio da práxis social era o domínio dos interesses, expressão da prática da liberdade”, que teve como consequência a “emergência do individualismo moderno iluminista e do racionalismo”. (ESPINDOLA, 2013, p. 271)

Nesta seara o racionalismo, “expressão *ratio* moderna deixa de ser ontológico-metafísico-hermenêutica como a razão clássica e se volve na razão autofundamentante nos seus axiomas”, da mesma forma, “sistematicamente dedutiva nos seus desenvolvimentos – a razão cartesiana”. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 15)

Percebe-se que o racionalismo deixa de ser repensado a partir da tradição fenomenológico-hermenêutica assumindo uma razão própria do sistema cartesiano, ou seja, a razão moderna pode ser compreendida como um sistema lógico.

Neste contexto, o positivismo “pretende apenas ser lógica, método, sistema e assim manter-se respeitosa e distante das valorações, dos efeitos míticos e políticos da sua própria prática social”. Percebe-se então, que a “ciência jurídica imuniza-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política”. (WARAT, 1995, p. 104)

Denota-se, portanto, nesta perspectiva positivista, que o direito foi concebido para uma existência dissociada das outras ciências, como se bastasse em si mesmo, e que nele mesmo encontraria respostas necessárias ao seu funcionamento e aplicação, mantendo-se assim, fechado a uma evolução histórica.

Para tanto, a razão liberal mostrou “o Direito como um sistema auto-suficiente de preceitos legislativos, emanados da vontade soberana do Estado, que miticamente se auto-limita pela lei que ele mesmo cria”. Cabe mencionar que o “liberalismo inaugura, um espaço imaginário, que permite subtrair simultaneamente ao Estado e ao Direito, sua dimensão política reduzindo-o a um cálculo de possibilidades racionais, com esquecimento das condições da sua existência histórica”. (WARAT, 1995, p. 128)

Neste sentido, nas palavras de Baptista Silva (2004, p. 24), o “racionalismo procurou transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável como uma equação algébrica”.

Constata-se então, a imagem da ciência hermeticamente fechada, oriunda unicamente de uma concepção do Estado que o cria e o limita, e dessa forma transforma-o em um dado matemático.

Segundo Dworkin (2001, p. 219), “as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica”. Mas sim, “interpretativas da história jurídica, que combina tanto elementos da descrição quanto valoração”.

Neste contexto, o direito não pode dissociar-se da história e dos elementos de valoração, pois não é um dado matemático, lógico, mais do que isso, é uma ciência da compreensão que deve analisar, compreender e interpretar o próprio sentido do direito.

Para Espindola (2013, p. 252) “O Direito é, portanto, caracterizador de certa forma de vida – de certa cultura ou civilização -, apresentando-se apenas como uma possibilidade, e não como uma necessidade – a ser assumida”.

Nesta perspectiva, o direito pode ser caracterizado pela forma vivenciada, pela cultura ou civilização, deixando de certa forma de ser “necessário” para ser somente possível.

Conforme já abordado o normativismo-legalista pressupõe um modelo superado, dessa forma, é apresentado “sob outras roupagens: pela restauração do liberalismo radical, pelo pensamento jurídico analítico ou como alerta Castanheira Neves, pelo funcionalismo sistêmico”. (ESPINDOLA, 2013, p. 270)

Portanto, o normativismo-legalista, caracterizado pelo individualismo do modelo liberal iluminista, compreendido pela autonomia humana, e perspectivado perante um mero legalismo não atende as perspectivas e anseios da convivência comunitária na contemporaneidade, possibilitando assim, a ruptura de um a paradigma que parece estar superado, por um “novo paradigma” que possibilite a “realização do direito pelo direito!”. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 15)

2.2 Funcionalismo jurídico: o direito como instrumento político

Diferentemente do modelo normativista-legalista que seu referente era o individualismo, a perspectiva do funcionalismo jurídico versa sobre a sociedade.

Segundo Castanheira Neves,

trata-se de um sistema funcional ou pensado funcionalmente que funcionaliza todos os seus elementos e as suas dimensões. E nesta o próprio direito-também ele

funcionalizado à estruturação, à regulação e à organização operatória global da sociedade, numa conseqüente perda de autonomia intencional e material, pois que se converte num instrumento, de particulares características prescritivas e institucionais, ao serviço das exigências providas das instâncias e das forças políticas ou simplesmente sociais, culturais, econômicas. (1998, p. 16-17)

Constata-se que o funcionalismo jurídico é um sistema que a tudo funcionaliza, e o direito não fica alheio a essa funcionalização, neste sentido, o direito faz parte de um todo, servindo como instrumento da política, perdendo assim, sua autonomia.

Sendo assim, “trata-se da político-socialização do direito que teve as suas mais próximas determinações em duas linhas diferentes, mas também convergentes”. A primeira é a política e refere-se ao “aparecimento do *Welfare State*, do Estado- Providência, a outra diretamente social e tem a ver com a emergência social enquanto o campo e o critério de todos os problemas humanos”, nas palavras de Castanheira Neves (1998, p. 17) “do nascimento à sobrevivência, portanto, cabe a sociedade resolvê-los, e ao Estado enquanto “Estado de direitos sociais’ por meio do desenvolvimento econômico e social há de garantir e a que tudo se funcionaliza”.

O aparecimento do Estado como *Welfare* está relacionado a um processo histórico, e nas palavras de Streck (2013, p. 83) “pode-se dizer que ele acompanha o desenvolvimento do projeto liberal transformado em Estado do Bem-Estar Social”. Dessa forma, ocorre a passagem do Estado Mínimo para o Estado Intervencionista.

Neste sentido, abandonou-se o modelo onde as relações eram reguladas pelo mercado, mantendo-se o Estado somente como ente fiscalizador, assumindo assim, o próprio Estado a titularidade da obrigação de prover as necessidades de bem- estar social.

Percebe-se que a legislação continua sendo um meio jurídico, mas diferentemente do que ocorria na função normativa-legalista que buscava “a garantia dos direitos e da segurança jurídica”. Agora com outro viés, torna-se “instrumento da própria acção política”, pode-se dizer “passou a governar-se com leis”. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 17)

Para tanto, importante se faz diferenciar a racionalidade finalística (formal), da racionalidade axiológica (material). A primeira é adotada pelo funcionalismo jurídico, que preocupa-se somente como a forma e não com seu conteúdo, trata-se de um modelo funcionalista que busca a funcionalidade e eficiência, agindo como instrumento da política, dessa forma, pode-se dizer que possui finalidades externas ao direito.

Portanto, “a decisão judicial, na concepção funcional do Direito, é vista como a realização de uma estratégia político-social, teleologicamente programada”. É a decisão-solução enquanto momento tático”. (ESPINDOLA, 2013, p. 257)

Constata-se então, que por essa característica teleológica a decisão judicial já está programada, para atingir um fim determinado.

Portanto, “como bem alerta Castanheira Neves o Direito é, afinal, puramente política no funcionalismo político; simplesmente tecnologia ou administração no funcionalismo social e econômico. (ESPINDOLA, 2013, p. 257). Dessa forma, “o funcionalismo jurídico não envolve as funções que o Direito exerce na sociedade, mas, as funções que se pretende realizar através dele”. (ESPINDOLA, 2013, p. 257)

Depreende-se que o funcionalismo está presente nas mais diversas áreas, na política, na administração, na econômica e no jurídico, sendo assim, o funcionalismo jurídico por meio da política, a tudo instrumentaliza, à seu favor e na medida dos seus próprios interesses. Passa, portanto, de uma linha que valoriza o bem, o justo e torna-se uma linha que busca a utilidade e a eficiência.

A segunda linha, denominada racionalidade axiológica (material), preocupa-se com o conteúdo sem desprezar a forma de alcançá-lo. No entanto, a mudança do “pensamento clássico para o pensamento moderno faz com que as categorias da ação e do comportamento em geral não mais sejam as do bem, do justo, da validade (axiológica-material), e sim as do útil, da funcionalidade, da eficiência”. (ESPINDOLA, 2013, p. 272)

Infere-se que, esta passagem da racionalidade axiológica para a racionalidade finalística causou um engessamento dos valores em relação aos fins e dos fundamentos em relação aos resultados.

Para Espindola,

[...] é preciso compreender que a emergência do Direito enquanto direito impõe assumir o caráter hermenêutico do Direito e também um questionamento da jurisdição e do papel do juiz, não há todavia como trilhar esse caminho, nesta quadra da história sem superar a ideia da funcionalização do Direito e da jurisdição. (2013, p. 257)

Portanto, o Direito como a jurisdição tornando-se instrumento da política, perde seu sentido, pode-se dizer sua autonomia. Dessa forma, “[...] não se pode permitir que os mesmos se funcionalizem, ou seja, que sejam manipulados a serviço de estratégias de poder utilizadas pelos governos para implementar políticas”. (ESPINDOLA, 2013, p. 257)

Contudo, o funcionalismo jurídico, é um modelo que trata o direito como instrumento político, pode-se dizer, aplicado a finalidades externas ao direito, podendo levar assim a arbitrariedade. Dessa forma, o direito perde seu “sentido”, bem com sua autonomia e

passa a ser um instrumento dissociado da sua finalidade. Percebe-se então, a necessidade de tratarmos um novo modelo permitindo assim, a realização do direito.

2.3 Jurisprudencialismo: a perspectiva do homem-pessoa

Por fim, temos o último modelo de jurisdição desenvolvido por Castanheira Neves, o jurisprudencialismo. Pode-se dizer, que é um contraponto entre o normativismo-legalista e funcionalismo jurídico, trazendo uma nova perspectiva:

[...] *do homem* (do homem-pessoa), i. é, aquela perspectiva em que o direito, com sua normatividade axiologicamente fundada, é assumida por, e está diretamente ao serviço de uma prática pessoalmente titulada e historicamente concreta, prática dinamizada pelas controvérsias também pratico-concretas, mas cuja intencionalidade capital é a realização nessa prática e através dela, como básica condição mediadora, do homem-pessoa convivente e assim do homem no seu “direito” e no “seu dever ou na sua responsabilidade”. (1998, p. 18)

Percebe-se que neste modelo o homem (pessoa) assume papel fundamental, resgatando-se a convivência do homem com seu direito, e se o homem possui direitos, também há de possuir deveres.

Para Espindola, a perspectiva da jurisdição adota uma postura em que o homem precisa se recompreender, e reconhecer-se não somente na sua individualidade, mas um reconhecimento comunitário da própria pessoa e de sua dignidade ética.

Nessa perspectiva, uma concepção da jurisdição, da função judicial e do papel do juiz passa, necessariamente pela recompreensão do próprio homem, de seus compromissos, passa pelo reconhecimento comunitário da pessoa e da sua dignidade ética, mas também assume implicações normativas, consequentes dessa recompreensão e reconhecimento. (ESPINDOLA, 2013, p. 257)

Diante dessa nova forma de ver o direito, é necessário que o homem, assuma um papel diferente ao que vem desempenhando na sua relação com a sociedade, e posteriormente o juiz, na sua atuação jurisdicional, abandone o modelo tradicional de uma aplicação automática, aritmética da lei ao caso concreto.

Assim, o jurisprudencialismo assume o paradigma da jurisdição centrado no juízo e não na subsunção lógico-dedutivista ou na simples decisão arbitrária. Juízo esse que não se identifica com qualquer raciocínio lógico, mas que antes, realiza o sentido prático de julgar. É um juízo de ponderação prática, de índole pratico-argumentativa, que assume como critérios fundamentos- ou seja, um juízo que, mediante uma

ponderação argumentativa racionalmente orientada, convoca posições divergentes e conduz a uma solução comunicativamente fundada [...] Trata-se portanto de juízos axiológico-normativamente críticos sobre o objeto problemático de resolução, cuja principal função social está na afirmação de valores em seu concreto cumprimento. Assim para o jurisprudencialismo, a perspectiva legalista é imanente e o seu tempo é o presente (não o passado, como na perspectiva legalista, nem no futuro, como na perspectiva funcionalista), sendo indispensável o juiz e a sua responsabilidade ética de projeção comunitária. (ESPINDOLA, 2013, p. 276-277)

Nessa postura, do homem e do juiz, o denominado sentido prático de julgar corresponde a uma decisão fundamentada em juízos de valor – reitere-se, não somente a aplicação da lei – mas esta aplicação associada a uma análise acurada e próxima da situação concreta, busca-se então nesta perspectiva a responsabilidade ética de uma projeção comunitária, o direito como ciência da compreensão.

3. A Superação da crise pela mudança no paradigma do direito: por uma justiça sustentável

3.10 paradigma dominante na jurisdição em busca de sentido

Pode-se dizer que estamos vivenciando nas palavras de Castanheira Neves (1998, p. 1-2), um “apelo à razão contra a atávica irracionalidade”. Neste contexto, ao mencionarmos a crise que assola o direito e por consequência a jurisdição percebe-se que esta crítica refere-se a “falta de jurisdição para que se apela”.

De qualquer sorte, “[...] A crise não traduz apenas o negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas, sobretudo, a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas [...]”. Percebe-se que a referida crise envolve a efetiva dificuldade de compreensão na identificação das normas e valores que se deve seguir. É neste contexto que o paradigma ora dominante parece estar esgotado, “[...] o paradigma que vigora esgotou-se, um novo paradigma se exige. Portanto, “o essencial dos sistemas e dos paradigmas não está na sua estrutura, mas no seu sentido: a estrutura organiza e permite, mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta”. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 2-3)

Neste cenário, percebe-se que, são vários os fenômenos que acabam por afirmar que o normativismo-legalista (racionalismo) e/ou positivismo jurídico estaria superado, dentre eles podemos mencionar os problemas estruturais ou externos, entretanto, o problema

considerado decisivo para Castanheira Neves seria o problema intencional ou interno, que refere-se ao problema do sentido.

É preciso demonstrar a impossibilidade de “compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo”. No entanto, não se pode afirmar que o legalismo “esteja de todo abandonado e não se tenha como uma referência comum e um modo da juridicidade ainda concorrente ou alternativo”. Mas é certo que, “[...] são muitos já os fenômenos da sua superação e com directa repercussão nas tarefas da função jurisdicional”. Segundo o autor, o “positivismo jurídico está definitivamente morto devemos dar substância a uma razão jurídica alargada (LENOBLE)”. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 4)

Neste sentido, constata-se que o paradigma ora dominante restringe-se ao aspecto formal da norma, e acaba por desmerecer o conteúdo ou substância da mesma, acarretando uma frustração aos expectadores que recorrem ao Direito como forma de terem seus direitos garantidos, assegurados e principalmente interpretados de forma adequada.

Para Espindola (2013, p. 259), “uma jurisdição eminentemente repressiva, e reparadora não atende ao sentido do Direito [...]. O Direito não é algo em geral e abstrato, mas é substância, é valor. Não basta reparar a lesão a direitos ou a violação a direitos, mas é preciso preveni-las”.

Percebe-se que existe por parte dos juristas a “reprodução de um senso comum”, pode-se dizer oculta-se o sentido do Direito, “transformando os juristas em *mitlaufer jurídicos*, que, incapazes de criar um Direito, reproduzem receitas de um Direito sem sentido (e sem tempo) ou, pior, de um Direito funcionalizado, instrumento do poder ou de governo”. (ESPINDOLA, 2013, p. 259)

Portanto, os magistrados tornaram-se mero reprodutores de um direito funcionalizado, instrumento que atua por meio da política, um direito sem sentido e em desacordo com nosso tempo.

Baptista Silva menciona:

Com a separação entre a teoria e prática, as classes dominantes conseguiram dois resultados significativos: (a) sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; (b), ao concentrar a produção do Direito ao nível legislativo, sem que aos juízes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do Direito, soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento da sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e portanto incerto. (2004, p. 36)

Segundo o autor, a separação que ocorreu entre a teoria e a prática acabou sujeitando os juízes como mero servos da lei, bem como, ao transferir ao legislativo a produção do direito na tentativa de alcançar a “certeza do direito”, impossibilitou a produção judicial, pode-se dizer, vivenciamos um direito movido pelas incertezas, meramente legalista e sem qualquer interpretação.

Portanto, ao mencionarmos a superação do paradigma ora dominante, necessário se faz, abordarmos os fenômenos que consideram sua superação:

- a) “A recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a legalidade (a mera legalidade), através de uma renovada distinção entre *ius elex*”. Esse fenômeno vem a comprovar a falta de autonomia do direito face a estrita legalidade, bem como a distinção entre o direito e a lei por meio de dois polos principais. “[...] o primeiro pólo é o actual reconhecimento da separação dos ‘direitos’” (direitos fundamentais, especificamente) em relação a lei e da preferência jurídica perante esta”. Enquanto o segundo é a “[...] reafirmação de *direitos fundamentais*, como projecção dos proclamados ‘direitos do homem’”.
- b) o segundo fenômeno diz respeito aos “limites normativos-jurídicos da lei, ao abrirem um espaço que só a jurisdição na sua realização concreta do direito, em necessária intenção normativamente constituenda, pode preencher”. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 5-7)

Tais fenômenos comprovam a superação do paradigma dominante, o primeiro demonstra a necessidade da recuperação da autonomia do direito, que acabou sendo obstaculizado pelo legalismo. Enquanto o segundo, trata dos limites normativos da lei que busca a efetiva realização do direito.

Contudo, nos dias atuais, marcado por um tempo de constantes mudanças, e na tentativa de superar um modelo de jurisdição que não atende a realidade e anseios jurídicos, econômicos, sociais e culturais, paradigma ora dominante normativista-legalista ou racionalista, bem como um modelo que a tudo funcionalizou, sendo este o funcionalismo jurídico, necessário se faz, a ruptura de um paradigma que encontra-se superado, possibilitando assim, à jurisdição não somente atribuição de uma função repressiva, reparatória e individualista, mas sob outra perspectiva, pode-se dizer coletiva e preventiva. Busca-se, portanto, a realização do “direito pelo direito”, esta seria então, a possível solução para concretização de direitos e a consolidação do Estado Democrático de Direito.

3.2 O sentido do direito corresponde a um diferente sentido da jurisdição

É fato que o sentido do direito, implica em um diferente sentido da jurisdição, nas palavras de Castanheira Neves (1998, p. 4) “[...] pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação ao direito (juris-dictio): um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo”. Para tanto, [...] é fundamental ter presente a impossibilidade de compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo”.

Compreender o sentido do direito, é compreender a existência do próprio homem, sua dimensão histórica, cultural e social. Trata-se, portanto, de um sentido que “[...] se postulam valores [...], da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da comunitária participação e da responsabilidade social”. Tais valores pode-se dizer são “[...] dimensões analíticas da humanidade do homem, ou daquela *humanitas em que afirma o autêntico ‘reconhecimento do homem pelo homem’*”. (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 222)

O sentido da jurisdição não pode ser compreendido pela estrita legalidade, tampouco pelo modelo que a tudo funcionaliza - o funcionalismo jurídico, onde preocupa-se somente com a forma, ou seja, com o procedimento, desmerecendo seu conteúdo e/ou a substância. Pelo contrário compreender o sentido do direito é interpretar seu conteúdo por meio da hermenêutica. É realizar o direito pelo direito!

[...] significa que o direito tem uma carga axiológica que o homem assume como sujeito-objeto. O direito, portanto, não é apenas uma ordem com estrutura, funções, notas caracterizadoras e efeitos observáveis. Apenas estes não desvelam o Direito. Tampouco a referência Estado (a estadualidade) é necessária ou suficiente para reconhecer-se o Direito. O direito tem um sentido, que importa compreender. Daí falar-se que tem sentido a pergunta pelo sentido do Direito! (ESPINDOLA, 2013, p. 253-254)

Dessa forma, é impossível compreender o direito tão somente pela ordem com sua estrutura e funções, o direito vai muito além dessa perspectiva, reconhecer o direito é compreender que o direito tem um sentido próprio, e este é o desafio do nosso tempo “a compreensão do sentido do direito”.

Assim, é preciso primeiramente compreender a situação e posicionar-se perante ela abandonando as formas dogmáticas de pensar e superando a ideia de que é possível entender algo isolando-o de outras coisas. A questão é: o Direito não carece de método, e portanto, não se associa as ciências exatas, como pretendia o cientificismo moderno. Ao contrário o direito pretende as ciências da compreensão e não se pode negar a sua dimensão hermenêutica. (ESPINDOLA, 2013, p. 253)

Contudo, percebe-se que o direito não pode ser compreendido somente pela perspectiva dogmática, também não pode ser dissociado da realidade do nosso tempo, no entanto, pertence a dimensão hermenêutica, pois sustenta a ciência da compreensão. E este é o grande desafio do nosso tempo! Dar sentido ao “direito” o que nos remete ao “sentido da jurisdição”.

3.3 Uma alternativa para o direito: o direito como alternativa humana

Castanheira Neves (1995, p. 299), nos traz a perspectiva histórica “o direito é só uma resposta possível para um problema necessário”, dessa forma, [...] “o direito só será uma solução possível” desde que se confirme algumas condições denominada pelo autor condições “constitutivas emergente do direito”.

Assim, as condições constitutivas emergentes do direito “[...] depende de que o homem se assuma como sujeito ético mediante o seu próprio reconhecimento como pessoa [...]”. Neste contexto, “as duas primeiras condições não dependem do homem - são expressões ‘naturais’ da existência humana no mundo”, entretanto, a terceira condição “já depende dele, pois é função de como o homem se compreenda e reconheça-sendo certo que não se trata agora de *realidade*, mas de *valor*”. (CASTANHEIRA NEVES, 1995, p. 299)

Dessa forma, ao mencionar as condições constitutivas do direito percebe-se, que o homem deve reconhecer-se como pessoa, levando em conta o seu caráter ético, é a compreensão do homem pelo “valor”, entretanto, somente a terceira condição depende do homem, as duas primeiras dizem respeito a própria existência humana.

Para Espindola,

O direito é, portanto caracterizador de certa forma de vida – de certa cultura ou civilização-, apresentando-se apenas como uma possibilidade, e não como uma necessidade – a ser assumida. A decisão pelo Direito, segundo o pensamento de Castanheira Neves, é a decisão pela instauração do humano como pessoa. Portanto, tem-se que o Direito não é qualquer institucionalização, mas a institucionalização de certa índole, na qual o homem se reconhece não apenas como o destinatário, mas verdadeiramente como o sujeito do Direito. Trata-se, portanto, de uma alternativa humana, nos termos de Castanheira Neves. O que implica na conclusão de que o Direito é, parafraseando Hannah Arendt, “o direito ao direito”. (ESPINDOLA, 2013, p. 252-253)

Neste contexto, o direito representa uma forma de vida, de cultura, expondo-se apenas como uma possibilidade e não como necessidade. Tem-se a referência do humano

como pessoa, que se reconhece como sujeito do direito, e assim sendo, o direito passa a ser uma alternativa humana.

Nesta seara, comenta Espindola:

O direito é uma “resposta culturalmente humana” ao problema também humano “da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social”; ele não é um dado, mas antes, é “constituído por exigências humano-sociais particulares” e, portanto, sua validade é continuamente constituída pela práxis, pois o direito é, diferentemente convocado e, nessa convocação, problematizado pelo homem concreto que vive e comunitariamente convive os acontecimentos práticos (volvidos em casos e acontecimentos práticos) da inter-acção histórico social”. Desse modo, o “Direito é, na verdade, a alternativa humana nesta nossa circunstância, em que ele já pode ser concebido como alternativa”. (2013, p. 253)

Neste sentido, sendo o direito uma possível solução para os problemas humanos, que emergem por meio de casos práticos, e de seu contexto histórico social, o direito passa a referir-se como uma alternativa humana.

Cabe mencionar que, a crise que incide sobre o direito (ceticismo e dogmatismo) “põem em risco o próprio homem e sua cultura, na medida em que, não sendo necessário [...], pode deixar de ser assumido e afirmado como a resposta para o problema universal da convivência”. (ESPINDOLA, 2013, p. 254-255)

Neste sentido, ao percebermos o direito como alternativa, estamos de certa forma abandonando-o, e esse abandono do direito reflete também o contexto histórico e cultural da convivência comunitária.

Segundo Castanheira Neves,

E não somente por que há sempre duas maneiras de construir uma estrada- para usarmos o impressionante símile de ALBERTO MORAVIA. Uma maneira humana, aquele que vê na estrada um instrumento de valor muito relativo ao serviço do homem que, por isso mesmo, haverá de adaptar-se à paisagem humana em que vai ser implantada, sem sacrificar não apenas as comunidades instaladas na região, mas as próprias aquisições estéticas e os monumentos e ruínas da história; outra a maneira racional ou da violência - pois, diz MORAVIA, “o único meio verdadeiramente racional é a violência” -, aquele que se vê projectado da estrada um fim em si procurará construí-la “do modo mais rápido, mais rectilíneo e mais expedito que seja possível sem considerar seja o que for senão ela”. Não somente, dizíamos porque há sempre a possibilidade de escolher entre uma forma humana e uma forma puramente racional de construir o progresso. (1998, p. 18)

De fato, há sempre mais de uma possibilidade para construção de algo, se escolhermos a possibilidade humana, relevante seria o valor como instrumento, bem como o

contexto histórico vivenciado, se a opção for pelo racional a preocupação será em considerar a forma mais rápida; que se prolonga em linha reta. Eis as duas formas para construção do progresso que se apresenta hoje como um desafio.

Dessa forma, pode-se inferir que a projeção para um futuro possível para o direito e consequentemente para a jurisdição tem nas palavras de Espindola o seguinte sentido:

[...] é a matriz axiológica que justifica o Direito naquilo que ele é e naquilo que ele há de ser. Desse modo, as bases de uma discussão que se programa a projetar um futuro possível para a jurisdição, enquanto processo emancipador, não pode deixar de tomar o homem-pessoa como sujeito, com autonomia e dignidade éticas, e não como mero objeto da imperatividade do Direito. Tampouco uma refundação da jurisdição, umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, não pode deixar de interrogar-se sobre o sentido do Direito. São valores e princípios que dão sentido a ordem e ao sistema de justiça – o Direito “não é, portanto, uma qualquer ordem socialmente eficaz, mas a ordem que tem seu fundamento nas valências éticas por mediação das quais nos reconhecemos uns aos outros como pessoas, sendo igualmente esse fundamento que legitima a obrigatoriedade que ela nos dirige” - e viabilizam sempre uma integração das diferenças, eis que, nessa ordem integradora, é possível que os homens reconheçam-se uns aos outros como pessoas, e não como meros objetos da imperatividade do Direito. Nessa perspectiva está imbricada historicidade da cultura e Direito – não podem inferir-se de qualquer pressuposto ontológico-metafísico, pois tem um caráter histórico, constituindo respostas a problemas postos pela prática. (2013, p. 255)

Portanto, percebe-se que o futuro da jurisdição depende necessariamente que se reconheça o homem-pessoa, como sujeito de direitos, bem como sua autonomia e dignidade ética e não como objeto da imposição do direito. Há que ser levado em consideração os valores e princípios que dão sentido ao sistema, bem como, a perspectiva histórica da cultura e do direito, dessa forma, pode-se dizer o direito pode ser compreendido como uma “alternativa humana”.

4. Considerações Finais

A partir do presente ensaio constata-se que são três modelos construídos por Castanheira Neves para a realização do direito, sendo eles: o normativismo-legalista (racionalista), o funcionalismo jurídico, e o jurisprudencialismo. Dito isso, importante se faz, trazermos a perspectiva dos modelos abordados.

O normativismo-legalista trata-se de um modelo que traz a perspectiva individualista do modelo liberal iluminista e do racionalismo, constituiu-se por uma compreensão voltada para a autonomia humana, no entanto, acabou por reduzir o direito à mera legalidade. Posteriormente surge o funcionalismo jurídico, sendo este, um sistema que a tudo

funcionaliza, o direito não ficou alheio a essa funcionalização, neste modelo o direito passou a ser instrumento da política, perdendo assim, sua autonomia. Por fim, temos o último modelo, o jurisprudencialismo, onde tem-se um contraponto entre os dois modelos, entre normativismo-legalista e o funcionalismo jurídico, trazendo uma nova perspectiva do homem o “homem-pessoa”, por meio de juízos de valor, resgatando-se a convivência do homem com seu direito, um reconhecimento comunitário da própria pessoa e de sua dignidade ética, ou seja, constata-se o reconhecimento do direito como ciência da compreensão.

Portanto, nos dias atuais, marcado por um tempo de constantes mudanças, e na tentativa de superar um modelo de jurisdição que não atende a realidade e anseios jurídicos, econômicos, sociais e culturais, paradigma ora dominante normativista-legalista ou racionalista, bem como um modelo que a tudo funcionalizou, sendo este o funcionalismo jurídico, conclui-se necessária, a ruptura de um paradigma que encontra-se superado, possibilitando assim, à jurisdição não somente atribuição de uma função repressiva, reparatória e individualista, mas sob outra perspectiva, pode-se dizer coletiva e preventiva.

Busca-se dessa forma, um “sentido para o direito” o que nos remete a um diferente “sentido da jurisdição”, pode-se dizer, a realização do “direito pelo direito”, esta seria então, a possível resposta “o direito como alternativa humana” para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

5. Referências

CASTANHEIRA NEVES, A. A revolução e o Direito. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

_____. Direito como alternativa humana. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

_____. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 74, 1998.

_____. O papel do jurista no nosso tempo. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Uma resposta culturalmente humana a um problema também humano: a crise da jurisdição e a emergência do Direito como plataforma civilizacional. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira;

BOFF, Salete Oro. (Org.). *Direito, Democracia e Sustentabilidade: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional*. Passo Fundo: IMED Editora, 2013.

_____. A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 8, n. 3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acessado em: 26 mar., 2014.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?)*. Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2008. 305p.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 16, n. 2, p. 150-169, maio/ago., 2011. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3278/2061> Acessado em: 26 mar., 2014.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 14 ed. São Paulo: Editora Vozes, 2014.

MORAES, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.