

PROPOSTAS DE UM ENSINO JURÍDICO COMPATÍVEL COM O PÓS-POSITIVISMO

Carla Eugenia Caldas Barros¹
Thiago Moreira da Silva²

RESUMO

Este trabalho possui por objetivo analisar as práticas de ensino ainda inspiradas no pensamento positivista e propor medidas metodológicas compatíveis com os postulados do atual constitucionalismo, inspirado na cultura pós-positivista, que prestigia a reaproximação do Direito a preceitos ético-morais e embasa uma hermenêutica centrada na necessidade de concretização de direitos fundamentais e na força normativa de normas constitucionais e densificação de princípios. Em um primeiro momento, far-se-á uma exposição do ideário do positivismo jurídico, suas características principais e sua evolução nos países de tradição jurídica romano-germânica. A segunda parte deste artigo cuida de demonstrar as bases do constitucionalismo atual, seus marcos histórico, filosófico e teóricos, em contraposição à corrente de pensamento anterior. A última parte terá por objeto, além da análise da influência do positivismo jurídico nas atuais práticas de ensino jurídico no Brasil, propor medidas compatíveis com os postulados da cultura pós-positivista que conforma o neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico. Pós-positivismo. Ensino jurídico.

PROPOSALS OF A LAW EDUCATION COMPATIBLE WITH POST-POSITIVISM

ABSTRACT

This work has the objective of analyzing teaching practices still inspired by the positivist thinking and proposing methodological measures consistent with the postulates of the current constitutionalism, inspired by the post-positivist culture that honors the rapprochement of the right to ethical and moral precepts and underpins a focused hermeneutics the need for realization of fundamental rights and the legal force of constitutional norms and principles of densification. At first, there will be an exhibition of the ideas of legal positivism, its main characteristics and its evolution in the countries of Roman-Germanic legal tradition. The second part of this article takes care to demonstrate the basis of current constitutionalism, its landmarks historical, philosophical and theoretical, in contrast to the previous school of thought. The last part will have as its object, as well as analysis of the influence of legal positivism on current legal education practices in Brazil, propose measures consistent with the post-positivist culture postulates that conforms the neoconstitutionalism.

Keywords: Positivism. Post-positivism. Law education.

¹ Professora Doutora da Universidade Federal de Sergipe (UFS).

² Mestrando em Direito (UFS), Especialista em Direito Processual Civil (UNISUL), Especialista em Direito Público (UNB), Graduado em Direito (UFPE).

1 INTRODUÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988, entre nós, foi a porta de entrada para um constitucionalismo que já vinha se delineando nos países europeus de tradição jurídica romano-germânica desde o período que se sucedeu ao fim da Segunda Guerra Mundial, caracterizado pelo encontro da Constituição com a Democracia, a aproximação entre o Direito e preceitos ético-morais e o desenvolvimento de uma nova hermenêutica fundada na força normativa das normas constitucionais, notadamente de princípios dotados de alta carga axiológica, na colisão de direitos fundamentais e a necessidade de suas concretizações, em que o método tradicional de subsunção já não mais correspondia aos anseios da sociedade contemporânea.

Não obstante a mudança paradigmática provocada pelo constitucionalismo inaugurado pela Carta de 1988, o ensino jurídico no Brasil tem testemunhado a reprodução de práticas metodológicas ainda inspiradas nos pilares do positivismo jurídico, com predomínio de aulas expositivas de transmissão unilateral do conhecimento, baseadas no “despejo” de informações relativas a leis e jurisprudências, avaliações centradas na capacidade de o aluno decorar conceitos ou exercer, de forma mecânica, juízos de subsunção sem qualquer senso crítico ou criativo do Direito.

Esse descompasso entre as práticas do ensino jurídico brasileiro e os postulados no constitucionalismo contemporâneo, denominados por alguns como neoconstitucionalismo, mostra-se ainda mais preocupante diante de um cenário de explosão de cursos privados de graduação em Direito, em que a lógica mercantilista pautada no lucro e na crescente expansão do negócio provoca, no mercado, um desembarque massivo de profissionais incapazes de realizar uma atividade profissional na área jurídica condizente com os desafios de uma sociedade complexa e global.

Isso se revela nos altos índices de reprovação nos exames da OAB, que são provas de mera suficiência, o que torna o quadro mais preocupante. De fato, em que pese a consciência crescente da necessidade de se exigir conhecimentos atuais e que demandem um mínimo de raciocínio jurídico dos postulantes ao exercício profissional da advocacia, é de conhecimento público e notório que tais exames não possuem o mesmo nível de dificuldade dos demais concursos para o ingresso nas carreiras exclusivas de bacharéis em Direito (procuradores, defensores públicos, magistrados, promotores de justiça e etc.), o que revela que o ensino

jurídico no Brasil precisa discutir suas práticas metodológicas no sentido de buscar a excelência exigida pelos desafios que se apresentam nesta quadra de século.

Os prejuízos provocados pelas deficiências de um ensino jurídico calcado nos ideais de uma corrente de pensamento incapaz de corresponder aos desafios da sociedade moderna também se revelam ainda mais perniciosos quando os profissionais da área, cuja formação se deu sob os auspícios de práticas inspiradas no positivismo jurídico, não conseguem conferir um tratamento adequado aos conflitos decorrentes da vida numa sociedade de massa, caracterizada pela necessidade de convivência de interesses legítimos, mas muitas vezes contraditórios.

Este trabalho possui por objeto, portanto, analisar as práticas de ensino ainda inspiradas no pensamento positivista e propor medidas metodológicas compatíveis com os postulados do atual constitucionalismo, inspirado na cultura pós-positivista, que prestigia a reaproximação do Direito a preceitos ético-morais e embasa uma hermenêutica centrada na necessidade de concretização de direitos fundamentais e na força normativa de normas constitucionais e densificação de princípios.

Em um primeiro momento, far-se-á uma exposição do ideário do positivismo jurídico, suas características principais e sua evolução nos países de tradição jurídica romano-germânica.

A segunda parte deste artigo cuida de demonstrar as bases do constitucionalismo atual, seus marcos histórico, filosófico e teóricos, em contraposição à corrente de pensamento anterior.

A última parte terá por objeto, além da análise da influência do positivismo jurídico nas atuais práticas de ensino jurídico no Brasil, propor medidas compatíveis com os postulados da cultura pós-positivista que conforma o neoconstitucionalismo.

Diante da característica qualitativa da análise ora proposta, a pesquisa se valeu, sobretudo, da leitura primária de artigos e obras jurídicas.

2 POSITIVISMO JURÍDICO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ENSINO JURÍDICO FRAGMENTÁRIO

Ensina Bobbio que o positivismo jurídico nasceu em fins do século XVIII (BOBBIO, 2006, p. 21), quando a distinção entre direito positivo e direito natural deixou de ser grau ou gradação, “no sentido de uma espécie de direito é considerada superior à outra” (BOBBIO,

2006, p. 25). Note-se que ambos se qualificavam como direito, havendo apenas prevalência de um sobre o outro a depender do contexto histórico-social.

Refere o renomado filósofo italiano que, na antiguidade clássica, por exemplo, o direito positivo prevalecia sobre o direito natural pelo critério da especialidade, já que o direito positivo era considerado como “particular de uma dada *civitas*”, em contraposição ao natural, concebido como “direito comum” (BOBBIO, 2006, p. 25).

Já na Idade Média, prevalecia o direito natural sobre o positivo, pois o primeiro era concebido como a vontade de Deus transmitida aos homens pela razão (BOBBIO, 2006, p. 25-26).

Em fins do século XVIII, contudo, com o positivismo jurídico, essa distinção de grau passou a ser de qualificação, no sentido de que o direito natural deixou de ser categorizado como direito, para ser suplantado pelo direito positivo. Para esse movimento jurídico-filosófico, o direito natural deixou de ser direito e todo o direito restou reduzido ao direito positivo (BOBBIO, 2006, p. 26).

Ainda segundo Bobbio, tal distinção de qualificação entre direito natural e direito positivo teve origem no processo histórico-social de dissolução da sociedade medieval para dar passagem à formação do Estado moderno (2006, p. 26).

As sociedades medievais eram pluralistas, ou seja, eram caracterizadas pela existência de mais de um centro de poder: senhores feudais, Igreja, nobres, todos eles exerciam poder dentro dos organismos sociais, de modo que o direito refletia essas relações dispersas de poder. Conforme Bobbio, o direito se “apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil” (2006, p. 27).

Com o surgimento do Estado moderno, o direito passou a ser unicamente produzido pelo próprio Estado. Por conta do “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”, a estrutura do direito deixou de ser pluralista para ser monista, “no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito”, de forma direta, por meio da produção de leis, ou de maneira indireta, mediante o “reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária” (BOBBIO, 2006, p. 27).

Ensina Bobbio que o papel do juiz teve destacada atuação nesse processo de monopolização do direito pelo Estado. Antes órgão da sociedade, com livres poderes para solucionar a demanda de acordo com as normas emanadas do direito natural (princípios

equitativos e de ordem racional), os juízes passam a ser agentes do Estado, subordinados ao Legislativo, transformados em um titular de poder (2006, p. 28).

Além da vinculação formal ao Estado, o juiz se viu obrigado a dirimir demandas “segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural) possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado” (BOBBIO, 2006, p. 28-29).

Já restou dito que a chamada teoria positivista, também conhecida como positivismo jurídico, surgiu em fins do século XVIII, quando o direito natural é desqualificado como categoria de direito, de modo que todo o direito restou reduzido ao direito positivo.

O direito positivo, portanto, passou a ser entendido como aquele que é “posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como ‘lei’”, de modo que o positivismo jurídico tem sua origem histórica no prestígio da legislação, que resultou na codificação (BOBBIO, 2006, p. 119).

De fato, o positivismo jurídico está na base do movimento das codificações, observado a partir do início do século XIX, o qual Bobbio explica como “fruto da cultura racionalista trazida pelo Iluminismo” (2006, p. 64).

A crença na razão e no progresso, notas marcantes do Iluminismo, embasou o movimento jurídico-filosófico segundo o qual seria possível disciplinar, por meio da edição de leis escritas, todos e quaisquer conflitos sociais e relações humanas.

Esse pensamento se encontra enraizado até os dias atuais, conforme confessa Bobbio, no sentido de que o direito deve ser pensado sempre em termos de codificação. Segundo o filósofo italiano, “isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar” (BOBBIO, 2006, p. 63).

Refere Bobbio que o movimento das codificações, de inspiração iluminista, teve na Revolução Francesa o nascedouro de suas condições políticas para prosperar e dominar boa parte da legislação e do pensamento jurídico ocidental durante os séculos XIX e XX (2006, p. 63-65).

Os juristas da Revolução Francesa, inspirados nos escritos de Rosseau, pretenderam abandonar o direito produto do desenvolvimento histórico, para criar “um direito fundado na natureza e adaptado às exigências universais humanas”, direito esse considerado simples e unitário, ditado pela “ciência da legislação”, que se contrapunha ao direito caótico e particular produzido pelo “arbítrio da história” (BOBBIO, 2006, p. 65).

Através da codificação, “o direito se tornaria simples, claro e acessível a todos”, sendo esse princípio consagrado até mesmo na Constituição Francesa de 5 de setembro de 1791 (BOBBIO, 2006, p. 66), o que evidencia a importância dada à codificação à época.

A codificação, na verdade, representou a supremacia da lei sobre as outras fontes do direito como produto do racionalismo iluminista, assim estruturado por Bobbio: a) necessidade de um ordenamento racional da sociedade, por meio de regras gerais e abstratas, em contraposição aos “comandos individuais e ocasionais”, identificados como arbitrários e caprichosos; b) desejo de modificação da sociedade racional, consciente, o que não poderia ser realizado pelos costumes, “inconsciente e irrefletido” (2006, p. 119-120).

Ainda conforme o ilustre filósofo italiano, o positivismo jurídico pode ser caracterizado pela abordagem avaliativa do direito, já que os positivistas se propunham a estudar o direito como uma ciência com as mesmas características das ciências físico-matemáticas. Isso pressupõe uma separação entre juízos de fato – “tomada de conhecimento da realidade” - e juízos de valor – “tomada de posição frente a realidade” -, esses desprezados pelos juspositivistas. Para o positivismo jurídico, o cientista deve realizar juízos positivos da realidade, ou seja, deve se despir de atitudes moralistas ou metafísicas e reconhecer a realidade como ela é; o direito deve ser estudado como ele é, e não como deve ser (BOBBIO, 2006, p. 135).

O juspositivista estuda o direito como um fato, e não como um valor, em uma atitude científica própria daqueles que se debruçam sobre as ciências físico-matemáticas. Seu foco é com o direito real, tal como ele é, sem se preocupar como ele deveria ser. Não se ocupa do direito ideal (natural), e sim como na realidade ele é (positivo). Não investiga se ele é bom ou mau, justo ou injusto. Para os jusnaturalistas, ao revés, deve-se comparar o direito real (positivo) ao ideal (natural), isto é, deve ser realizado um juízo de valoração do direito real em face de um direito ideal de concepção naturalista (BOBBIO, 2006, p. 136).

Segundo Bobbio, essa divergência de atitude entre juspositivistas e jusnaturalistas pode ser melhor compreendida pela distinção entre os conceitos de validade e valor do direito: pelo primeiro, tem-se que uma norma é válida quando “tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade”; pelo segundo conceito, a norma valorosa, justa, é aquela conforme o direito ideal (2006, p. 136-137).

Nesse toar, os jusnaturalistas defendem que uma norma somente será válida se for valiosa, ou seja, há uma identidade entre os conceitos de validade e de valor, em que o

primeiro se encontra reduzido ao segundo. Para os juspositivistas, contudo, dá-se o contrário, ou seja, “uma norma jurídica é justa pelo único fato de ser válida” (BOBBIO, 2006, p. 137).

Como dito acima, o positivismo jurídico não se ocupava de juízos de valor, os quais foram relegados à filosofia do direito (BOBBIO, 2006, p. 138).

Defende o filósofo italiano, portanto, que os positivistas possuíam um conceito científico para o direito, ou seja, as definições para os institutos jurídicos deveriam ser fatuais, avalorativos ou ontológicos (BOBBIO, 2006, p. 138).

Essa definição científica do direito se opunha a uma definição filosófica, caracterizada por ideológica, valorativa ou deontológica, em que o direito deve existir como instrumento de satisfação de um valor, razão pela qual também são conhecidas como teleológicas (BOBBIO, 2006, p. 138).

Ainda conforme Bobbio, não existe uma unanimidade acerca do valor supremo a ser alcançado pelo direito, variando para cada filósofo. Para Aristóteles, esse valor seria a justiça, assim como entendia Radbruch; Santo Tomás de Aquino, por seu turno, centrava o valor primeiro do direito no bem comum; para Kant, esse papel deveria ser ocupado pela liberdade individual, valor que o Estado deveria garantir pelo ordenamento jurídico, sob pena de lhe ser “negado o caráter de juridicidade” (BOBBIO, 2006, p. 138-140).

Por seu turno, o filósofo italiano classifica como ontológicos os conceitos de direito trazidos por Marsílio de Pádua, Hobbes e Kelsen, o último considerado como um dos grandes nomes do positivismo jurídico. Segundo Bobbio, Kelsen centra o direito na ideia de ameaça de uma medida de coerção, em que a definição de direito é “depurada de todo elemento valorativo e de todo termo que possa ter uma ressonância emotiva”, tomado como “uma simples técnica”, que pode “servir à realização de qualquer propósito ou valor, porém é em si independente de todo propósito e de todo valor” (BOBBIO, 2006, p. 141-142).

Mostra-se medida de rigor concluir que a avaliação do direito conduziu a um pensamento jurídico formalista, uma vez que os positivistas estavam mais preocupados com a legitimação formal das normas do que com o seu conteúdo propriamente dito. Para eles, a técnica prevaleceria sobre a tradição fundada em comportamentos éticos como fonte de legitimidade das normas jurídicas.

Característica marcante do positivismo jurídico, o formalismo jurídico pode ser traduzido pela ideia de que o direito se estrutura a partir de seu aspecto formal, sem se importar com o conteúdo. Como destacado por Bobbio, a preocupação dos juspositivistas era “como o direito de produzir”, e não o que ele produz (BOBBIO, 2006, p. 145).

Não obstante, é cediço que é humanamente impossível prever todas as situações de conflituosidade de um grupo social, muito menos os caminhos trilhados pelas relações humanas na esteira da evolução da sociedade.

Como referido por Alexy, “Nenhum dador de leis pode criar um sistema de normas que é tão perfeito que cada caso somente em virtude de uma simples subsunção da descrição do fato sob o tipo de uma regra pode ser solucionado” (2015, p. 36).

A ruína do positivismo coincidiu, podemos grosso modo assim dizer, com o surgimento do Estado Democrático de Direito no bojo da reformulação das constituições após a Segunda Grande Guerra.

Em um movimento histórico que se fez notar particularmente após a Segunda Guerra Mundial, as constituições passaram a ocupar posição central no ordenamento jurídico e a veicular normas com força cogente, normas essas com alta carga axiológica, positivadas sobretudo por meio de princípios (CAMBI, 2011, p. 86), como será melhor demonstrado a partir do próximo tópico.

3 PÓS-POSITIVISMO E A VIRADA HERMENÊUTICA

A decadência do positivismo é correntemente associada à derrocada do nazifascismo na Alemanha e na Itália ao final da Segunda Guerra Mundial. Após aquele período, o pensamento jurídico ocidental abandonou a ideia de um ordenamento jurídico dissociado de valores éticos, preocupado apenas com sua estrutura formal (BARROSO, 2015, p. 276).

Para Barroso, o pós-positivismo é a denominação “provisória e genérica” para o pensamento jurídico surgido nesse período histórico, que prestigia “ideais de justiça além da lei e da igualdade material”, além de ser responsável pelo desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e da reestruturação de uma nova hermenêutica que redefiniu os papéis das regras, princípios e dos valores (2015, p. 276).

O Estado legislativo de direito cedeu espaço ao Estado constitucional de direito, cujo ideário, fixado a partir do marco histórico da Segunda Guerra Mundial, permanece prevacente até os dias atuais, caracterizado, notadamente, pela subordinação das leis a uma constituição rígida, em que a compatibilidade das normas legais não é aferida apenas em seu aspecto formal, mas, sobretudo, em função do conteúdo das normas constitucionais (BARROSO, 2015, p. 278-279).

No Brasil, esse ideário de ascensão constitucional foi observado a partir do período histórico que antecedeu a convocação para os trabalhos para a promulgação da Carta de

1988³, que permitiu a transição, “de maneira bem sucedida”, de um regime autoritário e violento para um fundado na ideia de Estado democrático de direito, além de ser responsável pelo maior período de estabilidade política em nosso país (BARROSO, 2015, p. 280).

Ainda conforme Barroso, o marco filosófico do constitucionalismo atual é o pós-positivismo, caracterizado pela “confluência” das duas correntes de pensamento anteriores: o jusnaturalismo e o positivismo (BARROSO, 2015, p. 281).

O jusnaturalismo moderno foi desenvolvido a partir do século XVI e buscou aproximar a lei a preceitos racionais, defendeu a existência de “princípios de justiça universalmente válidos” e serviu de arcabouço teórico para as revoluções liberais ocorridas no século XVIII. Segundo Barroso, essa corrente de pensamento teve seu apogeu na elaboração de constituições escritas e no movimento das codificações (2015, p. 281).

Considerado anticientífico e metafísico pelo positivismo, o jusnaturalismo foi abandonado ao final do mesmo século XVIII, em nome da necessidade de se dotar o direito da característica da objetividade científica. Assim, o direito restou reduzido à lei e afastado da ética, relegando-se discussões como legitimidade e justiça à filosofia (BARROSO, 2015, p. 281-282).

O pós-positivismo procurou conciliar essas correntes antagônicas, mas complementares, ao tentar prestigiar ordens como clareza, certeza e objetividade, tão necessárias à vida moderna e ao progresso social, sem abandonar os postulados de filosofia moral e da filosofia política, em uma clara aproximação do direito com a ética (BARROSO, 2015, p. 282).

O constitucionalismo atual, também conhecido por neoconstitucionalismo, busca inspiração na revalorização da razão prática kantiana, na teoria da justiça e na legitimação democrática, em que a ciência jurídica se aproxima da filosofia do direito, cujos preceitos éticos são introduzidos no ordenamento jurídico, sobretudo, por meio de princípios, que ostentam valores consagrados por uma dada comunidade social em determinado momento (BARROSO, 2015, p. 283-284).

Como marco teórico do constitucionalismo contemporâneo, Barroso destaca “três grandes transformações” operadas pela doutrina pós-positivista em relação à interpretação e aplicação do direito constitucional, quais sejam: a) a força normativa da Constituição; b) a

³ José Afonso da Silva, acerca do referido período histórico, categorizou-o de “situação constituinte”, aquela “que se caracteriza pela necessidade de criação de normas fundamentais, consagradoras de nova ideia de direito, informada pelo princípio da justiça social, em substituição ao sistema autoritário que nos vem regendo há vinte anos” (2007, p. 19).

expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional (BARROSO, 2015, p. 296).

Após a Segunda Guerra Mundial, a reconstitucionalização ocorrida nos países europeus, sobretudo na Alemanha, Itália e, depois, em Portugal e Espanha, promoveu a elevação da norma constitucional ao *status* de norma jurídica, dotada, portanto, de cogência (BARROSO, 2015, p. 296).

A partir desse período histórico, a constituição perde o seu caráter meramente programático para assumir uma posição de verdadeira norma jurídica, conformadora do Estado e da sociedade, em que a necessidade de incorporação de valores múltiplos se torna necessária para a otimização de sua força normativa (HESSE, 1991, p. 21).

No Brasil, esse reconhecimento só se concretizou a partir da década de 80, consagrado definitivamente a partir da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 (BARROSO, 2015, p. 297).

Outro fenômeno atribuído ao movimento pós-positivista é a expansão da jurisdição constitucional observada após a década de 40 na Europa, em desprestígio do modelo de direito em vigorava a supremacia do Poder Legislativo, calcado na teoria de origem inglesa de “soberania do Parlamento” e na ideia vigorante em França no sentido de que a lei representava a “vontade geral”. (BARROSO, 2015, p. 297).

Após a Segunda Guerra Mundial, nos países europeus de tradição romano-germânica desenvolveu-se um constitucionalismo mais inspirado na doutrina norte-americana de supremacia da Constituição (*judicial review*), em que direitos fundamentais foram constitucionalizados e cuja proteção passou a ser papel do Judiciário (BARROSO, 2015, p. 297-298).

No Brasil, novamente, somente a partir da Constituição Federal de 1988 se observou essa expansão da jurisdição constitucional, não obstante a primeira previsão de controle incidental remontar à Constituição Federal de 1891. Ainda conforme Barroso, essa expansão foi ocasionada pela ampliação e criação de novos mecanismos de controle concentrado (BARROSO, 2015, p. 298).

A última grande transformação operada pelo marco teórico do pós-positivismo, conforme Barroso, é o desenvolvimento de uma nova hermenêutica, notadamente influente no direito constitucional, a partir da consolidação dos ideários do constitucionalismo democrático e da expansão da jurisdição constitucional, aliada à complexidade da sociedade contemporânea, marcada pelo “pluralismo de visões, valores e interesses”, às demandas

incessantes por justiça e consagração de direitos fundamentais e ao crescente interesse na participação dos processos políticos (BARROSO, 2015, p. 299-300).

Referido conjunto de fatores provocou uma reelaboração das premissas teóricas da interpretação tradicional, em que novos elementos categóricos ganharam destaque, como as cláusulas gerais, a força normativa dos princípios, a constante colisão entre normas constitucionais e direitos fundamentais e a utilização das técnicas de ponderação e da razão prática para validar e legitimidade das decisões judiciais (BARROSO, 2015, p. 300).

Diante desse cenário de abertura do direito, refere Alexy que

[...] De importância fundamental são a vagueza da linguagem do direito, a possibilidade de contradições normativas, a falta de normas, sobre as quais a decisão deixa apoiar-se, e a possibilidade de, em casos especiais, também decidir contra o texto de uma norma [...] (2015, p. 36).

A nova hermenêutica jurídica não despreza o método clássico de subsunção, caracterizado pela prevalência da aplicação de regras, tampouco os elementos tradicionais, quais sejam, as interpretações gramatical, histórica, sistemática e teleológica (BARROSO, 2015, p. 343).

Consoante Barroso, “a grande virada na interpretação constitucional” ocorreu quando houve a constatação de que a norma não possui sentido unívoco, objetivo, aplicável a qualquer situação através do método de subsunção (BARROSO, 2015, p. 343).

A interpretação tradicional centrava o foco no sistema, relegando o problema ao papel secundário de ofertar elementos fáticos para a aplicação do juízo de subsunção. O intérprete, por seu turno, exercia uma atividade objetiva, neutra, de identificar o conteúdo da norma inserido no texto da lei e fazê-lo incidir no caso concreto por meio do método da subsunção (BARROSO, 2015, p. 343).

A nova interpretação constitucional restabelece o papel da norma jurídica na atividade hermenêutica, papel esse revelado por dois aspectos: a) a norma já não basta em si para oferecer a solução, ao revés, ela é “apenas um início de solução”, ou seja, ela não traz em si todos os elementos necessários para a determinação de seu conteúdo; b) a norma não se confunde com seu texto, mas é fruto da interação entre seu texto e a realidade em que se encontra inserida (BARROSO, 2015, p. 344).

Nas palavras de Machado Jaborandy (2014, p. 70), “o exegeta deve sempre ter presente a interação, ou mesmo, a tensão dialética entre texto e contexto, de maneira que haja uma conformação do enunciado normativo com a realidade circundante”.

O intérprete, por seu turno, não é mais tomado de forma objetiva, como sujeito apenas cognoscente do problema. Para o pós-positivismo, o intérprete assume papel não apenas declarativo do direito, mas, sobretudo, criativo, pois complementa “o trabalho do constituinte ou do legislador”, notadamente por meio do preenchimento das cláusulas gerais e da escolha “entre soluções possíveis” (BARROSO, 2015, p. 345).

Barroso, portanto, sustenta a existência de três mudanças paradigmáticas trazidas pelo pós-positivismo observadas no último quarto do século XX no Brasil (BARROSO, 2015, p. 345).

A primeira é a superação do formalismo jurídico, caracterizado pelas ideias de que o direito era pura expressão da razão e que se realizava mediante mero exercício mecanicista de interpretação lógico-dedutiva de subsunção de fatos a normas. O pós-positivismo prega que o direito nem sempre é expressão de uma ideia de justiça imanente, mas muitas vezes representa a consolidação de interesses hegemônicos de uma dada sociedade. De outro giro, as respostas muitas vezes não se encontram prontas e acabadas no ordenamento jurídico, sendo necessário, então, construir a solução de forma argumentativa e racional a partir de elementos fáticos e até mesmo externos ao direito, através de uma postura ativa do intérprete (BARROSO, 2015, p. 345-346).

A segunda mudança paradigmática trazida pela cultura pós-positivista é a constatação de que a solução, em muitas situações, não se encontra na norma, sendo necessário buscar elementos externos ao direito, o que se contrapõe à separação preconizada pelo positivismo jurídico que punha o direito de um lado, e de outro, a moral e os outros ramos do saber (BARROSO, 2015, p. 346).

Em terceiro, tem-se a ascensão do direito público e a centralidade da constituição, fenômeno que provoca a chamada constitucionalização de direitos, através da expansão das normas constitucionais, seus princípios e valores, com força cogente e diretiva, para os demais ramos do direito, cujas regras passam a ser validadas através do filtro constitucional, em seus aspectos formais e materiais, filtro esse que atua como agente de conformação da interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais (BARROSO, 2015, p. 390-391).

A hermenêutica trazida pela cultura pós-positivista, portanto, ao incorporar novos elementos de interpretação (cláusulas gerais, força normativa dos princípios, colisões entre normas constitucionais e direitos fundamentais, técnicas de ponderação e de razão prática), procura ofertar uma adequada solução aos chamados casos difíceis (hard cases), para os quais não se mostra suficiente a utilização do método tradicional de subsunção, operada pelos

elementos consagrados no positivismo (interpretações gramatical, histórica, sistêmica e teleológica) (BARROSO, 2015, p. 347).

Mostra-se imperioso, portanto, repensar as práticas metodológicas do ensino jurídico no Brasil para adequá-las às exigências impostas pela cultura pós-positivista que permeia o pensamento jurídico moderno, objetivo que se pretende buscar no próximo tópico.

4 PROBLEMAS E DESAFIOS DO ENSINO JURÍDICO FRENTE À CULTURA PÓS-POSITIVISTA

Nos tópicos antecedentes, discorreu-se sobre as características marcantes do positivismo jurídico e da corrente de pensamento que possui por pretensão lhe superar, denominada de forma genérica de pós-positivista.

Não por acaso, as práticas vivenciadas nos inúmeros cursos de graduação em Direito espalhados por este país refletem, de forma direta ou indireta, as ideias compartilhadas por essas correntes de pensamento, mais notadamente a do positivismo jurídico, cujas marcas ainda se mostram muito presentes na cultura do ensino jurídico brasileiro.

A partir dos próximos tópicos, serão expostas algumas práticas ainda vivenciadas em sala de aula nos cursos jurídicos que refletem o pensamento positivista, seguida de forma imediata de uma crítica no sentido de adequá-la ao pensamento pós-positivista que hoje domina o cenário jurídico nos países ocidentais de tradição da *civil law*.

4.1 Saber enciclopédico como reflexo da cultura positivista e a necessidade de desenvolver o raciocínio crítico do aluno de graduação em Direito

Em entrevista recente, o Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, Mangabeira Unger, acerca dos problemas atuais da educação no Brasil, afirmou que é preciso “romper com enciclopedismo raso e a decoreba e instituir um ensino analítico, focado nas competências básicas de interpretação de texto e raciocínio lógico” (UNGER, 2015).

Apesar de se referir, na ocasião, ao desafio de desenvolver a educação básica brasileira, é inegável que o ensino jurídico pátrio é dominado, em grande parte, pela cultura enciclopédica caracterizada pelo conhecimento de conceitos legais e posicionamentos jurisprudenciais, notadamente as súmulas, vinculantes ou não, os recursos especiais

submetidos ao regime de demandas repetitivas, recursos extraordinários julgados pelo sistema de repercussão geral e as diversas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

O ensino jurídico a partir do relato descritivo de tais enunciados, sem realização de uma análise crítica de seus conteúdos, além de não preparar os alunos para o desempenho profissional no âmbito jurídico atual (ADEODATO, 2013, p. 572), em nosso sentir, é reflexo do pensamento enciclopédico trazido pelo fenômeno da codificação impulsionado pelo positivismo jurídico.

Como exposto, através da codificação, acreditava-se poder regular, de uma forma mais abrangente possível, todas as condutas, interesses e conflitos da sociedade, de modo que o pleno domínio das leis, por mais extensos que fossem os catálogos de legislação, concedia ao bacharel a chancela de qualidade de um profissional do ramo jurídico.

Bastava conhecer a lei, pois o resto limitava-se a um exercício mecânico de subsunção dos fatos ao enquadramento normativo da lei.

Hodiernamente, o saber enciclopédico ganhou um aliado poderoso, que é o fácil acesso a uma praticamente infinita gama de informações, de boa qualidade ou não, fenômeno atualmente conhecido como *big data*, viabilizado pelo desenvolvimento de ferramentas tecnológicas, notadamente a rede mundial de computadores e suas plataformas de acesso.

É bastante comum, hoje, constatar a presença, em qualquer curso de ensino superior no país, de uma miríade de alunos portando *smartphones*, *tablets* e *notebooks*, todos com rápido acesso a Internet, o que permite um acesso fácil a um conjunto de informações que, há apenas duas décadas, seria inimaginável.

A cultura do saber enciclopédico, aprofundada pela possibilidade de ter acesso quase que instantâneo a uma gigantesca quantidade de informação, não contribui, contudo, para o aprofundamento crítico exigido pelos novos desafios que circundam o ensino jurídico.

Como demonstrado, a sociedade atual, caracterizada pela pluralidade e complexidade, é centro de produção de conflitos cada vez mais elaborados, em que interesses e valores legítimos e razoáveis, muitas vezes protegidos por normas constitucionais, entram em rota de colisão, a exigir a construção de soluções jurídicas que não prescindem de uma argumentação racional.

A interpretação clássica realizada por meio do juízo de subsunção trazida pelo positivismo jurídico, da qual faz parte a cultura enciclopédica, como se demonstrou, não se mostra suficiente para responder de forma adequada a esses conflitos qualificados.

Como referido por Giovani de Paula (2006, p. 217), “os novos tempos não permitem uma base pedagógica conteudista, de retransmissão de informações, de um tecnicismo alheio às contingências da realidade social, é preciso inovar”.

Mostra-se medida de rigor, portanto, desenvolver novas técnicas de ensino que trabalhem a capacidade de argumentação crítica dos alunos de graduação em Direito, de modo que possam superar a mera capacidade de acumulação de conceitos.

Giovani de Paula propõe algumas medidas interessantes para tentar superar esse modelo de pura retransmissão de conteúdos (2006, p. 221):

[...] uma das alternativas pode ser a mudança no eixo tradicional das aulas expositivas-dialogadas, passando-se a explorar mais novas técnicas de seminários e debates, ou ainda se valer de metodologias de ensino lúdico, como, por exemplo, dramatizações, histórias, música, arte, brincadeiras em grupo, gincanas, jogos folclóricos, oficinas, campanhas, debates, serviços comunitários voluntários, uso de tecnologias como “simuladores eletrônicos”, aulas ao ar livre, visitas a praças, museus, instituições, pois o espaço público não está adstrito às salas de aula. Enfim, o docente pode e deve, compartilhando com os alunos, dar azo à criatividade e imaginação através de atividades diversificadas e criação de novas oportunidades educativas.

Outra alternativa seria dar um enfoque maior aos chamados *hard cases*, seja por meio de debates organizados em sala de aula, seja através de atividades extraclases, como pesquisas que não se limitem a um mera reprodução de conhecimentos, mas que trabalhem a capacidade argumentativa racional dos alunos de acordo com a hermenêutica trazida pelo pós-positivismo, calcada na normatividade dos princípios, na utilização da ponderação e da razão prática.

A superação do saber enciclopédico não depende somente de uma nova postura dos docentes. É preciso também convocar o corpo discente para enfrentar esse desafio. É o que será tratado no próximo tópico.

4.2 Necessidade do despertar da consciência crítica do discente do curso jurídico como reflexo da nova postura do hermeneuta no pós-positivismo

Destacou-se nos tópicos antecedentes que a virada hermenêutica trazida pelo pós-positivismo redefiniu os papéis tradicionalmente atribuídos à norma, aos fatos e ao intérprete.

Particularmente no que tange à atividade do intérprete na atualidade, demonstrou-se que o direito não mais se contenta com a postura mecanicista de interpretação sustentada pelo

positivismo jurídico, com definida distinção entre o sujeito cognoscente e o objeto de conhecimento, à luz do preconizado para as ciências físico-matemáticas.

Como defendido por Eunices Bezerra Santos e Santana (2013, p. 431), é inegável que a interpretação mecanicista preconizada pelo positivismo jurídico, que negava o caráter criativo ao operador jurídico, influenciou o ensino do Direito em nosso país.

Vê-se que a postura acrítica dos estudantes de Direito vivenciada em sala de aula, pouco interessados na construção do raciocínio jurídico, e sim nas respostas que podem ser obtidas por simples silogismos, é um desafio que somente pode ser superado a partir da compreensão de que esse fenômeno deita suas raízes em uma forma de pensamento prevalecente até a metade do século XX.

Os desafios da sociedade moderna, espelhados pelos denominados *hard cases*, exigem dos hermeneutas uma postura proativa no sentido de que a solução não será encontrada simplesmente nas normas dispostas no ordenamento jurídico, como se fossem apenas reveladas, mas na atividade de argumentação jurídica que exige posicionamento acerca de valores e soluções razoáveis e defensáveis, os chamados “desacordos morais razoáveis”, como destacado por Barroso (2015, p. 348).

Nesse sentido, elucidativas são as palavras de Machado Jaborandy (2014, p. 69-70):

[...] a tarefa do intérprete no Estado Contemporâneo não pode mais se resumir a analisar a norma (premissa maior) e aplicá-la a um caso concreto (premissa menor), com vistas a um resultado, como se fosse um processo matemático e independente de sua vontade. A interpretação jurídica e, principalmente, a constitucional têm que levar em consideração a realidade histórico-concreta em que o enunciado normativo está inserido e a pré-compreensão do intérprete, a fim de atribuir-lhe um significado que acompanhe as aspirações da sociedade.

Faz-se necessário, portanto, despertar nos alunos “uma consciência crítica”, conforme defendido por Giovani de Paula (2006, p. 219), de modo a abandonar a passividade trazida pelo positivismo no sentido de que o hermeneuta – no caso, o aluno de graduação em Direito – não cria direito, mas apenas o declara por meros juízos de subsunção.

Assim como defendem Flávia Pessoa e Layanna Andrade (2013, p. 506), faz-se necessário desenvolver uma nova metodologia do ensino jurídico fixando o protagonismo no aluno, em que seja desafiado a um aprendizado crítico através do desenvolvimento da argumentação jurídica e dos novos paradigmas da interpretação jurídica, sob o primado do neoconstitucionalismo.

Propõe-se, dessa forma, a exemplo do que foi defendido no tópico anterior, a realização de trabalhos, em sala de aula ou fora dela, que priorizem a construção argumentativa racional por meio do estudo dos *hard cases*, notadamente aqueles que já foram submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal, cujas razões de decidir, em um sentido ou no outro, podem ser trabalhadas pelos alunos, de modo a compreender o papel criativo do atual aplicador do direito.

Nesse cenário, fundamental importância assumem os debates dirigidos em sala de aula, que constituem uma útil técnica de estímulo do pensamento crítico dos alunos, que são exortados a realizar uma participação ativa na construção do raciocínio jurídico proposto pelo debate, além de servir de estímulo para a participação de outros alunos, que passam a ser encorajados a tomar parte do debate diante da intervenção de seus pares (LOWMAN, 2004, P. 160).

Logicamente, caberá ao professor da disciplina filtrar os pontos a serem submetidos aos alunos, de acordo com a complexidade das questões envolvidas e o grau de afetação à matéria do curso, sem descuidar, contudo, da importância de o aluno aprender a exercitar a capacidade argumentativa racional exigida pelo pós-positivismo jurídico.

Outra proposta pedagógica que se defende para o despertar crítico dos discentes é o estudo dirigido das denominadas cláusulas gerais, integrantes, conforme Barroso (2015, p. 349), das novas categorias da interpretação jurídica.

A título de exemplo, pode-se trabalhar a cláusula geral da “atividade de risco” trazida pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002⁴ (BRASIL, 2002) mediante levantamento, em doutrina e jurisprudência, acerca de seu conteúdo e alcance para uma determinada situação específica, como a condução de veículos automotores para deslocamento pessoal cotidiano, sem caráter profissional. Após o levantamento de tais dados, passa-se à análise qualitativa dos argumentos e à discussão de outros dados e temas pertinentes, mas ainda não abordados pelo material colhido.

A atividade proposta serviria para demonstrar que não há uma única solução para a problemática proposta, que depende de um processo argumentativo que necessita trabalhar com valoração de posições defendidas e, até mesmo, buscar elementos além da esfera jurídica, como, por exemplo, estatísticas de acidentes de trânsito.

⁴“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

A abertura do sistema para além da esfera jurídica, que revela a aproximação entre Direito e a moral, bem como entre o direito e outros ramos do saber, é mais uma das características da virada paradigmática trazida pelo pós-positivismo, a qual merece devido tratamento pelo ensino jurídico, como será demonstrado a seguir.

4.3 Interdisciplinaridade como elemento necessário para o ensino jurídico na cultura pós-positivista

Já se demonstrou neste trabalho que a divisão entre direito e moral e entre direito e outros ramos do saber foi uma característica marcante do positivismo jurídico.

Com a derrocada do pensamento positivista, que sucumbiu na esteira dos horrores deixados pelo Nazifascismo na Europa, o mundo ocidental viu surgir uma corrente de pensamento que, quanto a esse aspecto, preconizou o reencontro entre o direito e os valores da moral e da filosofia política.

Referida aproximação trouxe consequências importantes para a atividade de interpretação, no sentido de que a resposta da solução jurídica passou a ser construída, também, a partir de elementos externos ao direito (BARROSO, 2015, p. 346).

Acerca do tema, colaciona-se o ensinamento de Machado Jaborandy (2013, p. 69):

[...] A confluência das promessas da pós-modernidade com as virtualidades do fenômeno jurídico trouxe à tona o paradigma emergente do pós-positivismo, a fim de tentar coordenar as relações sociais do Estado Contemporâneo através de uma interpretação axiológica e uma abertura sistemática do direito à política, à sociologia, à economia etc.

A abertura do sistema preconizada pela cultura pós-positivista, em que a norma não traz em si, de maneira completa e exauriente, a única resposta da solução, torna necessário, além da análise das circunstâncias fáticas, buscar elementos externos ao direito para a construção argumentativa racional necessária ao adequado tratamento da questão.

Essa abertura sistemática requer, portanto, o tratamento interdisciplinar entre o direito e outros ramos do saber, aí incluídas a filosofia moral e política, sob pena de não se atingir a resposta adequada à complexidade dos atuais conflitos sociais.

Giovani de Paula (2006, p. 218), nesse sentido, destaca a necessidade hodierna do estudo interdisciplinar do direito com os demais ramos do saber das ciências sociais:

O ensino do Direito, em qualquer das disciplinas “estudadas” ou “ensinadas”, portanto, não pode ficar adstrito a uma base epistemológica determinista, mas sim avançar, enquanto ciência interdisciplinar, com uma abordagem transversal que contemple os meandros da filosofia, da ética, da antropologia, da sociologia, da psicologia, da pedagogia, enfim, de outras áreas do conhecimento humano em que se vislumbre uma real necessidade/utilidade/social dessa “ciência”, a ciência jurídica [...]

O estudo interdisciplinar que se propõe, na verdade, implicaria uma verdadeira revolução nas matrizes curriculares dos cursos de Direito de nosso país. De fato, por conta da imposição da abertura sistemática operada pelo pós-positivismo, o ideal seria que houvesse uma formação plural do operador jurídico, com possibilidade de formação acadêmica em ramos distintos, mas complementares, como Direito, Economia, Ciências Políticas, Sociologia, Psicologia, Filosofia, dentre outros ramos do saber das ciências sociais e humanas.

A interdependência dos conceitos, institutos e princípios dessas áreas de saber poderia proporcionar uma visão mais completa para o adequado tratamento jurídico dos problemas da sociedade atual, caracterizada pela complexidade e pluralidade de interesses e valores.

Não obstante, ainda nessa linha de estudo interdisciplinar, mostra-se mais factível a formulação de um ensino integrado das denominadas disciplinas do Direito, como Civil, Penal, Administrativo, Processo Civil e Penal e Constitucional.

Explicita Lanzoni Alves (2006, p. 111) que a integração das disciplinas pode se dar no âmbito horizontal ou no vertical:

O primeiro diz respeito às unidades curriculares que se relacionam de forma direta, a exemplo da unidade curricular Direito Penal com a de Processo Penal, Constitucional, Criminologia, Direito Penitenciário, dentre outras. O segundo, de forma indireta, mas não menos importante para o seu desenvolvimento, continuando com o exemplo da unidade de Direito Penal, esta se relaciona indiretamente com a Filosofia do Direito, a Ética Geral e Profissional, Direito Ambiental, Administrativo, Tributário, Psicologia Jurídica, dentre outras.

O que se busca, com a interdisciplinaridade, é combater o pensamento atomizado, estanque, de premissas formais, herança do positivismo jurídico (SANTANA, 2013, p. 437), em prol de um ensino em que as unidades curriculares e, sempre que possível, os outros ramos do saber, possam dialogar e interagir, sempre tendo em consideração a realidade

concreta do problema que se apresenta, de modo que o ensino jurídico seja capaz de formar profissionais que sejam agentes de transformação social (LANZONI ALVES, 2006, p. 112).

Para além da necessidade do estudo integrado das diversas disciplinas do direito, um recente fenômeno que caracteriza o constitucionalismo atual não pode ser ignorado quando se propõe uma nova metodologia de ensino compatível com a cultura pós-positivista, que é a chamada constitucionalização do Direito.

Leciona Barroso que há um “razoável consenso” na doutrina no sentido de que o fenômeno da constitucionalização do direito teve origem na Alemanha do pós-guerra, notadamente a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, que assentou as bases para o desenvolvimento do direito constitucional baseado na irradiação de seus preceitos e princípios para os demais ramos do direito, com especial atenção para a proteção e promoção dos direitos fundamentais (2015, p. 393).

No Brasil, esse fenômeno somente foi observado a partir da consolidação do constitucionalismo instaurado pela Carta de 1988, com recrudescimento na última década, quando “a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios” (BARROSO, 2015, p. 401).

Como consequência da constitucionalização do Direito, as normas constitucionais passaram a conformar, tanto no plano formal como no material, a interpretação e a aplicação das demais normas jurídicas, de modo que não se pode conceber um ensino jurídico, nos dias atuais, sem a análise transversal das normas constitucionais sobre as demais disciplinas jurídicas.

Demonstra-se, mais uma vez, a necessidade de se desenvolver uma nova metodologia de ensino desgarrada das premissas do positivismo jurídico, que preconizava, como demonstrado, a assimilação estanque dos conceitos jurídicos, sem reflexões críticas e sem preocupação com qualquer ordem de valor que não fosse a observância formal das validades das normas.

A necessidade do desenvolvimento do ensino jurídico de forma interdisciplinar, como reflexo dos marcos teóricos e filosóficos do pós-positivismo, não se trata, contudo, de proposta de fácil concretização.

Obstáculos de matizes diversas se apresentam à realização de um ensino interdisciplinar em nosso país. Lanzoni Alves assim os categoriza (2006, p. 99-101): a) formação das matrizes curriculares que não promovem a integração entre as unidades

disciplinares; b) formação fragmentada do docente, cuja formação se deu sob os auspícios de uma pedagogia ultrapassada; e c) baixo comprometimento dos professores, que muitas vezes não possui dedicação integral à docência.

Especificamente acerca dos problemas relacionados ao corpo docente em relação ao ensino jurídico como um todo, Colaço (2006, p. 13-34) faz argutas observações em que evidencia as mazelas dos profissionais que se dedicam ao ensino jurídico em nosso país, o que contribui, de forma inegável, para a não implementação da interdisciplinaridade na graduação em Direito no Brasil.

Aponta Colaço a heterogeneidade do grupo docente, em que muitos são profissionais de outras atividades jurídicas, como magistrados, promotores, procuradores e advogados, com muito pouco ou quase nenhum tempo “para se dedicar à preparação das aulas, à pesquisa, à formação, à capacitação e à participação efetiva na instituição de ensino em que trabalham” (2006, p. 18). Isso muitas vezes leva a um “amadorismo pedagógico”, em que o educador jurídico não possui capacitação didático-pedagógica para conciliar o saber teórico com a prática do ensino (COLAÇO, 2006, p. 22).

Mesmo quando o profissional somente se dedica à docência, o aviltamento dos salários produzidos pela massificação do ensino jurídico no país, ocasionado pela proliferação de faculdades privadas e pela mercantilização do ensino superior, conforme destacado por Adeodato (2013, p. 571-572), faz com que esse professor assuma uma quantidade de turmas que lhe retira tempo hábil para uma formação que permita o desenvolvimento de um ensino interdisciplinar.

Em que pese a magnitude dos problemas aqui destacados, são merecedoras de registro as propostas de superação da problemática do ensino jurídico fragmentado apontadas por Lanzoni Alves (2006, p. 105-110): a) necessidade da promoção de um redimensionamento do projeto pedagógico, notadamente no que se refere à matriz curricular, à avaliação e às atividades complementares; b) engajamento do corpo docente com a prática interdisciplinar, mediante a devida contrapartida da instituição de ensino, no âmbito estrutural e pedagógico.

A questão da interdisciplinaridade demanda, contudo, análise mais aprofundada, o que não é objeto deste trabalho, que buscou evidenciar, dentre outros tópicos, a necessidade da estruturação de um ensino interdisciplinar para atender ao paradigma pós-positivista de abertura sistemática do direito.

Ainda nessa linha de raciocínio, passa-se ao estudo da importância da abordagem do problema na prática do ensino jurídico na cultura pós-positivista.

4.4 O despertar do pensamento problemático no ensino jurídico

Em tópico anterior, evidenciou-se que a hermenêutica jurídica nos países de tradição romano-germânica sofreu uma mudança paradigmática em que foram redefinidos os papéis da norma, do intérprete e do problema.

A mudança paradigmática recaída sobre os dois primeiros elementos e seus reflexos para o ensino jurídico já foram abordados nos três tópicos anteriores a esta seção.

Faz-se necessário, portanto, abordar a importância do problema para o desenvolvimento de uma hermenêutica jurídica compatível com o neoconstitucionalismo e seu impacto na metodologia do ensino jurídico.

Conforme Barroso (2015, p. 344), o problema assumiu papel de relevo ao deixar de ser mero aporte de fatos sobre os quais incide a norma, para funcionar como próprio elemento para a solução jurídica. Esse tipo de pensamento hermenêutico de caráter indutivo é próprio da tradição anglo-americana (*common law*) e recebeu importante impulso nos países de tradição romano-germânica a partir dos estudos de Theodor Viehweg sobre a Tópica (1979).

Segundo Kretschmann e Wiedemann Neto (2014, p. 63), Theodor Viehweg desenvolveu uma razão prática, através de uma racionalidade tópico-retórica, em que o centro da argumentação jurídica desloca-se para o estudo dos tópicos (problemas), para somente depois ser remetida ao sistema.

A solução dos casos possuem por ponto de partida os problemas, os quais devem ser analisados a partir dos inúmeros aspectos da lei ou até mesmo de questões extrajurídicas, até que se obtenha um consenso entre os participantes do diálogo (KRETSCHMANN; WIEDEMANN NETO, 2014, p. 64).

O pensamento de Viehweg pôs em dúvida a estrutura sistemática do direito em seu aspecto axiomático-dedutivo. Ao buscar a racionalidade da argumentação jurídica por meio da análise das peculiaridades do caso concreto, procurou Viehweg combater o formalismo característico do sistema lógico-dedutivo, em voga no positivismo jurídico. Além disso, Viehweg defendia a remessa, a partir dos problemas, para um sistema aberto, ou até mesmo para questões além do direito, conduta essa que também divergia do pensamento juspositivista de buscar a solução sempre na lei, nunca além do direito.

A tópica, para Viehweg, é “uma técnica do pensamento problemático”, ou seja, técnica de pensamento que se orienta para o problema (VIEHWEG, 1979, p. 33).

O pensamento problemático desenvolvido por Viehweg não conduz a respostas definitivas ou absolutas, tal como acontece dentro de uma lógica-dedutiva, própria de um pensamento sistemático.

Ao centrar o pensamento no problema, ter-se-á uma busca por um sistema que sirva para encontrar uma solução. Segundo Viehweg, “a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas” (1979, p. 34). Ao contrário, se se foca no sistema, haverá uma seleção de problemas, pois é possível que um dado sistema não possua a resposta para o problema, o qual poderia ser desprezado como mero problema aparente (1979, p. 34).

Segundo o autor alemão em comento, “o problema é uma questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar” (1979, p. 34), ou seja, o problema é algo previamente dado que opera como um guia na interpretação em busca da solução.

Para Viehweg, a busca da solução pode ser resumida da seguinte forma: o problema é trazido para um conjunto de deduções, deduções essas previamente dadas, a partir do qual se infere uma resposta. Se se chama esse “conjunto de deduções” de sistema, então se pode afirmar que o “problema se ordena dentro de um sistema” (1979, p. 34).

A tópica de Viehweg é um modo de pensar aporético, em que a questão principal da argumentação jurídica centra-se no problema, e não no sistema (1979, p. 35). Segundo o autor alemão, a tópica não nega o sistema, ao revés, pressupõe a existência do sistema, não um sistema definitivo, mas “uma ordem que está sempre por ser determinada” (1979, p. 35).

O raciocínio problemático possui por ponto de partida uma série de “pontos de vista”, “premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas”, previamente fixadas, que caracterizam os *topoi* (1979, p. 36).

Esses *topoi* podem ser universalmente aceitos ou característicos de um determinado ramo do saber (1979, p. 37).

A função dos *topoi* é servir a uma discussão de problemas, ou seja, orientam discussões e operam como “fios condutores de pensamento” (1979, p. 38).

Para Viehweg, entre os diversos *topoi* selecionados para a discussão do problema, “parece existir um nexa que não é possível reduzir a um puro nexa lógico”, mas que servem, contudo, para que a tópica seja caracterizada como “um procedimento de busca de premissas” (1979, p. 39).

Defende o autor alemão, assim, que a busca da solução passa pelo confronto dialético entre os *topoi* selecionados para a discussão do problema apresentado (1979, p. 42).

O enfrentamento e análise dos casos práticos, com enfoque no desenvolvimento da argumentação jurídica e nas técnicas de convencimento, sob inspiração dos postulados da *common law* e do primado do neoconstitucionalismo, em detrimento de aulas expositivas de mera transmissão unilateral de conhecimentos, encontra respaldo na doutrina (ANDRADE; PESSOA, 2013, p. 509) e é proposta metodológica de um ensino jurídico adequado à cultura pós-positivista.

É preciso desenvolver técnicas metodológicas em que os suportes fáticos, e não apenas as normas previstas de forma puramente abstrata, façam parte do cotidiano do aprendizado jurídico, que deve ser voltado à solução dos diversos casos práticos resultantes dos conflitos de nossa sociedade complexa e plural.

Justamente tendo em consideração tais preceitos, Flávia Pessoa e Layanna Andrade propõem a adoção de um ensino jurídico sob o método do enfoque nos problemas, conhecido pela expressão inglesa *Problem Based Learning* – PBL, próprio dos cursos das áreas de saúde (ANDRADE; PESSOA, 2013, p. 506), como forma de superar o pensamento cartesiano, formal e distanciado da realidade herdado do positivismo jurídico, que produz um conhecimento fragmentado e não compatível com os anseios da sociedade moderna.

Cuida-se, assim, de se prestigiar também o método indutivo de conhecimento, em que a solução é construída a partir das particularidades do caso concreto, para então haver a incidência das normas jurídicas (ANDRADE; PESSOA, 2013, p. 513), em uma clara inversão do prestígio do pensamento sistemático, em voga no positivismo jurídico, para se abraçar o pensamento aporético defendido por Viehweg.

Além da necessidade da mudança de abordagem dos temas da norma e do problema na vivência em sala de aula, mostra-se necessário, de igual modo, desenvolver um aprofundamento nas experiências das práticas jurídicas, mediante a instituição de disciplinas práticas que, de fato, exijam dos alunos a capacidade de equacionar os problemas apresentados com a resposta jurídica a ser construída de forma argumentativa e racional.

As práticas jurídicas devem assumir ponto de fundamental importância na formação do discente do curso de graduação em Direito, com enfoque no atendimento de casos concretos e no devido tratamento jurídico da situação, em abandono do cumprimento de meras etapas burocráticas, como simples comparecimentos em audiências, coleta de assinaturas de profissionais da área jurídica (magistrados, promotores, procuradores ou

advogados) ou realização de atendimentos sem qualquer exigência de uma contrapartida efetiva na solução da demanda.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho procurou demonstrar que muito da crise vivenciada no ensino jurídico atual decorre da reprodução de práticas que refletem o pensamento do positivismo jurídico, caracterizado pelo formalismo, pela dissociação entre o Direito e a moral e outros ramos do saber, que redundam na produção de um conhecimento atomizado, distanciado da realidade que pretende transformar.

A massificação do ensino jurídico observada na última década no Brasil, revelada pela multiplicação desenfreada de cursos de graduação em Direito, notadamente privados, traz para o centro do debate a necessidade de repensar as práticas de ensino atuais para adequá-las aos postulados do constitucionalismo contemporâneo.

Para superação desse cenário, propõe-se a adoção de práticas de ensino focadas na análise crítica e reflexiva dos conceitos, institutos e princípios da área jurídica, em detrimento de aulas expositivas de mera retransmissão de conhecimento. Nessa linha de intelecção, sugere-se que seja dado enfoque maior ao estudo dos chamados *hard cases* e das novas categorias da hermenêutica pós-positivista, notadamente a força normativa de princípios, a densificação das cláusulas gerais e a colisão de normas e direitos fundamentais, com destaque preponderante para o estudo da técnica da ponderação e da razão prática, tudo como forma de capacitar os alunos para desenvolver argumentos de forma racional.

Defende-se, portanto, o desenvolvimento de um ensino jurídico em que o aluno figure como protagonista, e não mero receptor de informações do professor, em conformidade com o novo papel conferido ao intérprete na cultura pós-positivista, de criador do Direito.

Ainda como sugestão para superar o modelo de ensino fragmentário de inspiração positivista, e a despeito dos respeitáveis obstáculos que se apresentam à concretização da medida, defendeu-se a necessidade de se implementar um estudo interdisciplinar entre o Direito e os demais ramos de saber, bem como entre as diversas disciplinas jurídicas, com destaque para o fenômeno da constitucionalização do direito.

Por fim, diante da redefinição do papel atribuído ao problema pela hermenêutica pós-positivista, no sentido de superação do dogma da suficiência da norma jurídica, propõe-se o desenvolvimento do ensino do método indutivo preconizado pelo pensamento aporético de

Viehweg, através do enfoque nas particularidades do caso concreto para a solução do problema por meio de vivências em sala de aula ou nas chamadas práticas jurídicas.

Não se pretende, com essas propostas, superar de forma definitiva os desafios atuais do ensino jurídico no Brasil. Busca-se, ao revés, contribuir para o diálogo necessário para a identificação das causas e superação dos problemas que qualificam o cenário de crise que se apresenta, de forma a ajudar a construir práticas de ensino, que, de fato, proporcionem um estudo crítico, reflexivo e criativo do Direito, compatível com o constitucionalismo contemporâneo.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. A OAB e a massificação do ensino jurídico. In: COUTO, M. B.; NASPOLINI SANCHES, Samyra. H. D. F.; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (Org.). **Educação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, L. M. S.; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Por Um Novo Método no Ensino Jurídico. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (Org.). **Reflexões sobre a Docência Jurídica**. Aracaju: Evocati, 2013 (Série estudos de metodologia, v. 1).

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 09 jul. 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COLAÇO, T. L. Ensino do Direito e Capacitação do Docente. In: COLAÇO, T. L. (Org.). **Aprendendo a Ensinar Direito o Direito**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

KRETSCHMANN, Ângela. WIEDEMANN NETO, N. Argumentação Jurídica. In: KRETSCHMANN, Ângela (Org.). **Formação Jurídica: 2º ano**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/9323503/Forma%C3%A7%C3%A3o_Jur%C3%ADica_II_Ano>. Acesso em: 11 jul. 2015.

LANZONI ALVES, E. A Docência e a Interdisciplinaridade: um desafio pedagógico. In: COLAÇO, T. L. (Org.). **Aprendendo a Ensinar Direito o Direito**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

LOWMAN, Joseph. **Dominando as técnicas de ensino**. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO JABORANDY, C. C. A influência da Hermenêutica Constitucional para Formação do Raciocínio do Intérprete. In: ASSIS JR., Luiz Carlos de; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Hermenêutica Aplicada**. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

PAULA, Giovani de. Alternativas Pedagógicas para o Ensino Jurídico. In: COLAÇO, T. L. (Org.). **Aprendendo a Ensinar Direito o Direito**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

SANTANA, E. B. S. A Interdisciplinaridade e os Desafios do Ensino Superior de Direito no Brasil. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (Org.). **Reflexões sobre a Docência Jurídica**. Aracaju: Evocati, 2013 (Série estudos de metodologia, v. 1).

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1979 (Coleção do Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. I).

UNGER, Roberto Mangabeira. 'O quadro atual da Educação é calamitoso', diz Mangabeira Unger. Brasil Econômico. 18 maio 2015. Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/assuntos/nordeste/o-quadro-atual-da-educacao-e-calamitoso-diz-mangabeira-unger-jose-negreiros-brasil-economico-em-18-05-2015/>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

Recebido 02/10/2015

Aprovado 15/10/2015

Publicado 04/11/2015

''

'''