

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

HAIDE MARIA HUPFFER

EDUCAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

São Leopoldo

2006

HAIDE MARIA HUPFFER

EDUCAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Tese de Doutorado em Direito
Para a obtenção do título Doutor em Direito
Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Programa de Pós-Graduação em Direito

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2006

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

H958e Hupffer, Haide Maria
Educação jurídica e hermenêutica filosófica / por Haide Maria
Hupffer. – 2006.
381 f. ; 30cm.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006.

“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, Ciências Jurídicas”.

1. Direito - ensino. 2. Hermenêutica – Fenomenologia. 3. Direito
– Filosofia.I. Título.

CDU 34:378

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

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, orientador desta tese, por ter aceitado participar da minha caminhada. Como orientador, desafiou-me a descobrir o paradigma da hermenêutica filosófica para rupturas conceituais e pelas possibilidades de resignificação de meu pensar. Quero também agradecer-lhe por sua disponibilidade ímpar, acompanhando-me passo a passo, com generosidade e sabedoria, introduzindo-me no novo, auxiliando-me a desalojar paradigmas para a busca não do ensino jurídico ideal e, sim, para a educação jurídica possível.

Ao Prof. Leonel Severo Rocha, pela brilhante condução do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e que, por sua capacidade intelectual de romper fronteiras, privilegiando o caráter transdisciplinar do saber jurídico, deu sentido à palavra *pesquisa*, abrindo perspectivas novas que aqui se consolidam.

Aos Professores Doutores do PPG em Direito da UNISINOS; com eles, ao ministrarem os seminários, tive oportunidade de dialogar e dividir angústias.

Aos coordenadores do Curso de Graduação em Direito, em especial aos Professores Wilson Engelmann e Antônio Carlos Nedel pelo interesse demonstrado sobre a pesquisa, a colaboração e a experiência partilhada.

A meu esposo Waldyr, pelo carinho, a colaboração e a compreensão incondicional.

Aos familiares, pela solidariedade e diálogo alentador.

Aos amigos e colegas que, por diferentes maneiras, torciam por meu empreendimento, ajudando a superar dúvidas, angústias, indefinições.

Aos colegas do Doutorado, pela oportunidade de partilhar discussões e usufruir de agradáveis momentos de convívio, estímulo e força.

As funcionárias do PPG em Direito, Denise, Vera e Carmem, pelo fraterno e solidário apoio.

RESUMO

O estudo procura investigar a crise na educação jurídica brasileira. Qualquer análise da crise mostrará, com ligeiras variantes, a necessidade de interrogar como ocorreu a construção do paradigma do positivismo exegetico-normativista e como ele encontrou solo fértil para se internalizar na educação jurídica por sua visão reducionista, em que o conteúdo do Direito é informado por um sistema de valores de orientação exegetica que limita o estudo do Direito à análise formal das normas e à correspondência lógica entre elas. Dirige sua análise, inicialmente, para compreender o pensamento jusnaturalista moderno-iluminista, como paradigma precursor à concepção do positivismo, para a verificação das relações de poder e controle do positivismo e normativismo jurídico na prática pedagógica, além das possíveis implicações pedagógicas de suas insuficiências, construídas historicamente com um caráter formalista, objetificante, legalista, lógico-dedutivo e metafísico, que estão presentes na construção dos currículos dos Cursos de Direito. Nesse contexto, será examinado o Curso de Direito como *locus* privilegiado da reprodução da ideologia dominante; a expansão desenfreada de Cursos Jurídicos no Brasil; o impacto da avaliação dos bacharéis em Direito por órgãos externos; as novas diretrizes curriculares como possibilidade de provocar rupturas e formar profissionais do Direito críticos, reflexivos e preocupados com a função social do Direito e, como juristas da atualidade, contribuem para uma compreensão desveladora da crise na educação jurídica, através de proposições efetivas, capazes de desocultar o ser (aluno) no ensino jurídico, obscurecido pelo dualismo sujeito-objeto e pelo discurso positivista/normativista do pensamento dogmático do Direito.

Essas interrogações demandam novos paradigmas. Por isso a opção do método será o hermenêutico. A compreensão é o alicerce do método fenomenológico hermenêutico porque ela se apropria do que compreende. Para a hermenêutica não há uma linguagem unívoca, não há garantia de certeza, não há categorias, não há deduções, não há método. Hermenêutica é existência (nossa condição de ser no mundo, nossa facticidade e nossa temporalidade).

O referencial teórico fundamenta-se na perspectiva hermenêutica-fenomenológica de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Da hermenêutica heideggeriana, o apoio vem da pergunta pelo ser que Heidegger realiza de forma radical, pela essência daquilo que “é” ser-no-mundo, pela linguagem como a casa do ser, como instância onde o ser se mostra e ao mesmo tempo se esconde, daí a idéia de velamento e desvelamento, por fundar uma nova forma de compreender que superou o esquema sujeito-objeto, resgatando, ainda, a essência do pensar como possibilidade de criar saberes. De Gadamer, a experiência como princípio hermenêutico que se dá no acontecer de uma

obra de arte, no círculo hermenêutico, no diálogo, na linguagem, na essência da pergunta como forma de manter abertas as possibilidades, na consciência da história dos efeitos e, principalmente, em seu entendimento da hermenêutica como aplicação, que possibilita sua internalização como estratégia pedagógica na educação jurídica.

As concepções teóricas que deram apoio ao estudo permitem indicar estratégias pedagógicas capazes de iluminar novos caminhos para promover mudanças na educação jurídica, onde compreender é sempre aplicar. Os aportes teóricos de Heidegger e Gadamer revolucionaram as possibilidades do conhecimento ao mostrarem que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma questão de método para ser filosofia. O ensino jurídico, ao assumir um caráter hermenêutico, tem condições de contribuir para o desenvolvimento de competências complexas que reúnem habilidades de ordem ontológica, crítico-reflexiva, problematizadora, intelectual, prática e ética, na medida em que desloca sua preocupação para a construção de estratégias pedagógicas capazes de tornar o Curso de Direito um espaço onde se aprende a pensar e a construir saberes, devolvendo-lhe a dignidade de romper com seu isolamento da realidade social.

ABSTRACT

The study intends to investigate the crisis at the Brazilian juridical education. Any analysis of the crisis will show, with slight differences, the need to interrogate how the construction of the energetic-normative positivism paradigm took place, and how this found fertile ground to internalize in the juridical education through its reductionist view, in which the content of Law is informed by a system of energetic guidance values that limits the study of Law to the formal analysis of norms, and to the logic correspondence between them.

Firstly, it directs its analysis towards understanding the modern-illuminist jusnaturalistic thought, as precedent paradigm to the conception of positivism, to the verification of power and control relations of the juridical positivism and normativism in the pedagogic practice, besides the possible pedagogic implications of their insufficiencies, historically built with a formalist, objectificative, legalist, logical-deductive and metaphysical character, which are present in the construction of Law Courses curriculums.

In this context, the Law course will be examined as privileged *locus* of the dominant ideology reproduction; the unruly growth of juridical courses in Brazil; the impact of Law bachelors evaluation by external organs; the new curricular directrices with possibility to cause ruptures and form Law critical professionals, which are reflexive and worried with the social function of Law, and, as nowadays jurists, through effective propositions, capable of unveiling the being (student) in the juridical education, darkened by the subject-object dualism, and by the positivist/normative speech of the Law dogmatic thought.

These interrogations demand new paradigms. Therefore, the option for the method will be the hermeneutical one. Understanding is the ground stone of the hermeneutical phenomenological method, because it takes hold of what it understands. For hermeneutics, there is no univocal language, there is no warranty certainty, there are no categories, there are no deductions, and there is no method. Hermeneutics is existence (our condition of a being in the world, our feasibility, and our temporality).

The theoretical referential is based on the hermeneutical-phenomenological perspective of Martin Heidegger and of Hans-Georg Gadamer. From the Heidegger hermeneutics, the support comes from the quest for the being that Heidegger performs radically, by the essence of what “is” to be-in-the-world, through the language as the being’s home, as instance where the being shows himself and, at the same time, hides himself; therefore, the idea of veiling and unveiling, for foundation of a new form of understanding, which overcomes the subject-object scheme, and recovering the essence of thought as a possibility to create knowledge. From Gadamer, the experience as

hermeneutic principle, which occurs on the occasion of happening a masterpiece, in the hermeneutic circle, in the dialogue, in the language, in the essence of the question as form to keep the possibilities open, in the conscience of the history of effects, and, particularly, in its understanding of hermeneutics as application, which enables its internalization as pedagogic strategy in the juridical education.

The theoretical conceptions that provided support to the study enable to indicate pedagogical strategies, capable to illuminate new ways to promote changes in the juridical education, where understanding is always applying. Heidegger's and Gadamer's theoretical contributions revolutionized the knowledge possibilities while showing that the juridical hermeneutics is not an issue of method any longer, in order to be philosophy. Juridical education, taking over a hermeneutical character, has conditions to contribute to the development of complex competences that gather capabilities of ontological, critical-reflexive, problematist, intellectual, practical, and ethical order, as it deviates its worrying to the construction of pedagogical strategies, capable of making the Law Course a space where one learns to think and to build knowledge, returning to it the dignity of breaking its isolation from the social reality.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Studie versucht die Krise im brasilianischen Jurastudium zu untersuchen. Jede Analyse der Krise wird, mit leichten Varianten, den Bedarf haben zu fragen, wie sich der Aufbau des exegetisch-normativen Paradigmas ergab und Nährboden fand, um sich durch seine reduktionistische Vision in das Jurastudium einzuverleiben, wo der Inhalt des Rechts durch ein Wertesystem exegetischer Orientierung informiert wird, das das Studium des Rechts auf die formelle Analyse der Normen und auf die logische Analogie zwischen ihnen begrenzt.

Zunächst wird die Analyse zur Verständigung des Denkens des modernen aufgeklärten natürlichen Rechts geleitet, als vorlaufendes Paradigma zur Entstehung des Positivismus, zur Untersuchung der Machtbeziehungen und Kontrolle des juristischen Positivismus und Normativismus in der Pädagogik, außer der möglichen pädagogischen Einbeziehungen seiner Mangel, die historisch mit einer formalistischen, vergegenständlichen, gesetztreuen, logisch-deduktiven und metaphysischen Eigenschaft aufgebaut wurden, die in der Aufstellung gegenwärtiger Lebensläufe der Jurakurse zu finden sind.

In diesem Kontext wird der Jurakurs als privilegiertes *locus* der Fortpflanzung herrschender Ideologie untersucht; der maßlose Ausbruch von Jurakursen in Brasilien; die Wirkung der Evaluationen des Bakkalaureus im Rechtswesen von weiteren Organen; die neuen curricularen Richtlinien als Möglichkeit zum Bruch führen und kritische, reflexive Juristen ausbilden, die mit der sozialen Funktion des Rechts besorgt sind und die als Juristen der Gegenwart zu einem klaren Verständnis der Krise im Jurastudium beitragen. Dies durch effektive Vorschläge, die die Fähigkeit haben das Sein (den Studenten) des Jurastudiums aufzudecken, der durch den Dualismus Subjekt-Objekt und durch die positivistische/normative Rede des dogmatischen Denkens des Rechts verschleiert wurde.

Diese Fragen fordern neue Paradigmen, deshalb wird die Methodenwahl die hermeneutische. Das Verständnis ist die Grundlage der phänomenologisch-hermeneutischen Methode, weil sie sich dem, was sie versteht, aneignet. Für die Hermeneutik gibt es keine eindeutige Sprache, gibt es keine Gewähr der Sicherheit, gibt es keine Kategorien, gibt es keine Schlussfolgerung, gibt es keine Methode. Hermeneutik ist das Dasein (unsere Beschaffenheit des Daseins auf der Welt, unsere Faktizität und unsere Zeitlichkeit).

Der theoretische Bezug basiert sich auf die phänomenologisch-hermeneutische Perspektive von Martin Heidegger und Hans Georg Gadamer. Von der heideggerischen Hermeneutik kommt die Unterstützung von der Frage über das Sein, Frage die Heidegger auf radikaler Weise stellt, von der Essenz, was es "ist" auf der Welt Sein,

von der Sprache als das Haus des Seins, als Instanz in der das Sein sich gleichzeitig zeigt und versteckt, daher die Idee des Verbergens und des Aufdeckens, da eine neue Form des Verstehens gegründet wird, die das Schema Subjekt-Objekt überwindet, die auch noch die Essenz des Denkens als Möglichkeit neue Wissen zu erschaffen aus der Vergessenheit entreisst. Von Gadamer die Erfahrung als hermeneutisches Prinzip, das sich aus dem passieren eines Kunstwerkes ergibt, im Dialog, in der Sprache, im Sinne der Frage als eine Form Möglichkeiten offen zu halten, im Gewissen der Geschichte und hauptsächlich im Verständnis der Hermeneutik als Anwendung, die deren Internalisierung als pädagogische Strategie des Jurastudiums ermöglicht.

Die theoretischen Einwürfe, die der Studie als Grundlage dienen, erlauben auf pädagogische Strategien hinzuweisen, die fähig sind neue Wege zu erleuchten, um Änderungen im Jurastudium auszulösen, wobei verstehen stets anwenden heißt. Die theoretischen Fundamente von Heidegger und Gadamer revolutionierten die Möglichkeiten des Wissens, indem sie zeigten, dass die juristische Hermeneutik nicht mehr eine Frage der Methode ist, um Philosophie zu sein. Bei der Aufnahme eines hermeneutischen Charakters hat das Jurastudium Kondition bei der Entwicklung von komplexen Kompetenzen beizutragen, die ontologische, kritisch-überlegende, fragestellende, intellektuelle, praktische und etische Fähigkeiten zusammenstellen, indem es seine Sorgen zum Aufbau pädagogischer Strategien verlegt, die fähig sind das Jurastudium in ein Raum zu verwandeln, in dem man das Denken und Wissen aufbauen lernt und ihm die Würde zurückgibt mit seiner Abkapselung von der sozialen Realität abzurechnen.

Im Zeitalter des unüberschaubar ausgebreiteten Wissens behält die **Hermeneutik** immer den humanen Fluchtpunkt im Auge. (Quelle: *Die Zeit* 2002) Die **Hermeneutik** bietet hierfür flexible Angebote, die auf ein normatives Dogma verzichten. (Quelle: *Die Zeit* 2002)

In das Vakuum tritt eine Verstehenstheorie wie die **Hermeneutik** mit weichen Kanten und weitem Horizont ein, welche die geschichtliche und interkulturelle Dimension miteinbezieht, ohne die sogar die exakteste Beschreibung des Status quo blind wäre. (Quelle: *Die Zeit* 1998)

In **Faktizität** und Geltung habe ich aber die Sache aus einer ganz anderen Perspektive betrachtet... (Quelle: *Die Zeit* 1998)

Die Erfahrung des Komischen wie des Religiösen "transzendiert" die menschliche Tragik, "erlöst" von der Welt des Schmerzes, des Todes und der unerbittlichen **Faktizität** des Daseins. (Quelle: *Die Zeit* 1998)

Das Ergebnis ist jene Diskurstheorie des Rechts, die sich 1992 in dem Buch **Faktizität** und Geltung findet; darin entwirft Habermas, an Motive seiner frühen Studie zur bürgerlichen Öffentlichkeit anknüpfend, eine normative Theorie des Rechtsstaates. (Quelle: *Die Zeit* 1999)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O PARADIGMA DO POSITIVISMO JURÍDICO COMO BASE FUNDANTE DA ORIENTAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO	25
1.1 O legado do jusnaturalismo moderno-iluminista para a construção do positivismo jurídico	27
1.1.1 O Direito Natural explicado pela razão humana	27
1.1.2 Racionalismo e a grande ruptura científica	35
1.1.3 A influência do Direito Natural para a construção do positivismo jurídico	51
1.2 O positivismo jurídico como consumação dogmática da racionalidade moderna	59
1.2.1 O positivismo sociológico ou filosófico: A consolidação dos caracteres do positivismo jurídico	60
1.2.2 A Escola da Exegese	64
1.2.3 O normativismo jurídico de Hans Kelsen	71
1.2.4 Hart e o poder discricionário do juiz	80
1.2.5 Dworkin e a força argumentativa dos princípios	87
1.2.6 As insuficiências do modelo positivista	94
2 A CRISE NA EDUCAÇÃO JURÍDICA	110
2.1 O Curso de Direito como locus privilegiado da reprodução da ideologia dominante	112
2.1.1 A inadequação do modelo objetificante de ensino jurídico no Brasil ...	112
2.1.2 Paradigma dominante: O positivismo exegético-normativista	116
2.1.3 A expansão dos cursos jurídicos no Brasil e o impacto da avaliação dos egressos por órgãos externos	126
2.1.4 O currículo e o projeto político-pedagógico: uma possível leitura do locus da formação de juristas	138
2.2 As novas diretrizes curriculares: esperança para a promoção de mudanças ...	154
2.3 Formação de uma consciência crítica no ensino jurídico brasileiro	159
2.3.1 A visão waratiana da crise do ensino jurídico	162
2.3.2 O pensamento crítico e problemático de Castanheira Neves	171
2.3.3 Lenio Luiz Streck e a crítica hermenêutica do Direito	181

3	TECENDO CAMINHOS: PERSPECTIVAS A PARTIR DA HERMENÊUTICA DE CUNHO FILOSÓFICO	196
3.1	A questão do ser: o projeto de Heidegger	202
3.1.1	A pergunta pelo sentido do ser	207
3.1.2	Compreender é sempre um compreender-se	211
3.1.3	O pensar como essência do Homem em Heidegger	216
3.1.4	A angústia como um acontecer no ser-aí	226
3.2	A hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer	230
3.2.1	O jogo como ponto de partida para a experiência hermenêutica	231
3.2.2	O círculo hermenêutico e a consciência da história efetual como elementos que dão sustentabilidade à compreensão das ciências do espírito	239
3.2.3	A primazia hermenêutica da pergunta: o diálogo enquanto lugar da experiência hermenêutica	263
4	PARA ALÉM DO POSITIVISMO: O ACONTECER DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA EDUCAÇÃO JURÍDICA	275
4.1	A interpretação não se autonomiza da compreensão e da aplicação	277
4.1.1	Formar para pensar	281
4.1.2	Formar para a práxis	284
4.1.3	A organização do currículo por Temas	287
4.1.4	Integrar ensino, pesquisa e extensão	290
4.1.5	Formar para a cidadania	291
4.2	O exemplo privilegiado do jogo como momento da autêntica experiência hermenêutica	293
4.3	Consciência da história efetual e a prática pedagógica: uma tentativa de aplicação	305
4.4	A problemática da realidade social como possibilidade crítico-reflexiva da realização do Direito: as contribuições da transdisciplinaridade	315
4.4.1	A compreensão da realidade jurídica na sua complexidade	315
4.4.2	Educação é educar-se e formação é formar-se: o diálogo como caminho integrar a realidade à educação jurídica	327
	CONCLUSÃO	337
	BIBLIOGRAFIA	362

INTRODUÇÃO

A tese pretende investigar a dimensão constitutiva do paradigma do positivismo exegético-normativista predominante no ensino jurídico brasileiro e seu papel na transmissão do saber jurídico dominante e de fundamentação teórica, que ainda exerce fascínio por sua força de atração para justificar as vantagens de apoiar-se em uma metodologia de ensino-aprendizagem baseado preponderantemente no estudo das normas formalmente vigentes, como um conceito abstrato, confundindo a lei com o Direito. Ao absorver os ideais da certeza, da previsibilidade e da validade formal das normas, o positivismo jurídico descansa sob o modelo do império da lei, reconhecendo o Direito como um sistema fechado em que gravitam os conceitos jurídicos, produzindo o assim chamado mundo jurídico, um mundo abstrato, avalorativo e isolado dos dados sociais da realidade.

Com efeito, o ensino jurídico assume uma orientação exegética e informativa em suas práticas de ensino-aprendizagem, amparado na tendência de organizar o currículo em torno do corpo das normas mais importantes (ex.: Direito Civil – Código Civil; Direito Penal – Código Penal; Direito Processual Civil – Código de Processo Civil; Direito Tributário – Código Tributário), na interpretação lógica-dedutiva da lei limitada à idéia da jurisdição contenciosa, na correspondência lógica da lei ao fato jurídico, no currículo estritamente disciplinar, no obsessivo culto aos códigos e manuais, no divórcio entre o Direito e a realidade da dinâmica social e no ensino do fenômeno jurídico como sendo fenômeno desvinculado da história, isto é, a-temporal.

A formação dos profissionais em Direito é, neste início do 3º milênio, um desafio para todas as Universidades brasileiras. O problema da pesquisa indaga sobre a

crise no ensino jurídico. Assim, a tese pretende responder a seguinte questão: seria a matriz da hermenêutica de cunho filosófico de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer capaz de indicar caminhos para desenvolver novas estratégias pedagógicas como alternativa ao paradigma do positivismo exegético-normativista que, como base fundante da orientação do ensino jurídico brasileiro, não possibilita, de um lado, a formação de operadores jurídicos críticos, reflexivos e preocupados com a função social do Direito e que, de outro, também não consegue formar operadores jurídicos, de acordo com o modelo de orientação do positivismo exegético-normativista do fenômeno jurídico?

O fio condutor que irá permear toda a pesquisa é a compreensão da crise no ensino jurídico a partir da matriz hermenêutica de cunho filosófico. Para compreendê-la, será examinado, sucintamente, o contexto histórico em que ocorreram as grandes mudanças da Humanidade, fixando o olhar no jusnaturalismo moderno-iluminista e no positivismo jurídico. Portanto, sente-se necessidade de desenvolver uma consciência histórica, e é isso que se busca ao visitar pensadores que, de algum modo, foram decisivos na evolução do pensamento humano e caracterizaram as épocas históricas em suas diferenças e, acima de tudo, revolucionaram a ciência, a filosofia e o Direito. Objetiva-se, portanto, no protagonismo dos pensadores entender o fio condutor que é transmitido pela linguagem, possibilitando, assim, realizar, pela compreensão, uma “fusão de horizontes”.¹

Dado o número significativo de pensadores que, com suas idéias, revolucionaram o conhecimento da Humanidade, esta análise se complexifica por se poder observar, dentro do jusnaturalismo moderno-iluminista e do positivismo, a divisão de tendências e matrizes filosóficas. Essa pluralidade pode levar a supervalorizar a importância de uma tendência e, por outro lado, fragmentar o que distingue um movimento filosófico do outro. Entende-se que, para avançar na compreensão do paradigma do positivismo, é necessário realizar uma prévia incursão

¹ A expressão é de Hans-Georg Gadamer e ganha força na hermenêutica filosófica por ele lapidada. Significa o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmo procedemos. “O horizonte do presente não se forma, pois, à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre um processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 457.

filosófica. Em outras palavras, um olhar sobre como o homem respondeu, a partir do século XVII, a grande interrogação que ainda move a Humanidade para seu crescimento: como é possível o conhecimento? Esta reflexão resultará em um sucessivo enriquecimento, pois o apoio virá das contribuições dos principais precursores que dão sustentabilidade e diferenciam o pensamento jusnaturalista das teses positivistas e sua articulação entre si ou sua mutação para o positivismo exegético-normativista que marca o ensino jurídico na atualidade.

Ao pautar o ensino no universalismo da razão, na matematização de seus modelos e no estudo da lei os juristas, em sua grande maioria, não conseguem transcender as práticas jurídicas resumidas nos manuais jurídicos ou nos códigos comentados, pois nos bancos escolares se reproduziu e se perpetuou a ilusão da soberania da lei como expressão da verdade científica que, por detrás da norma, tem sempre uma vontade, sendo a tarefa do juiz ‘descobrir’ essa vontade, como se possuísse sentido unívoco e perene.

Destaque-se que não se pretende realizar um estudo sobre os Cursos de Direito no Brasil – várias investigações ativeram-se à historiografia das alterações curriculares e as conexões com as ideologias políticas presentes nos propósitos pedagógicos, nos métodos de ensino e nos interesses sociais e politicamente dominantes em determinado momento histórico. Ao longo dos últimos trinta anos, vários juristas, professores e instituições como a OAB, a ABEDi e o Ministério da Educação, entre tantos outros, contribuíram com debates e proposições em relação à gravidade da crise na educação jurídica relacionadas aos projetos pedagógicos, às metodologias de ensino-aprendizagem e à precariedade da formação dos egressos dos Cursos de Direito, reconhecendo que a Universidade precisa retomar seu propósito de ser o espaço privilegiado de produção do conhecimento.

O propósito da presente tese não é o de esgotar a análise da crise de ensino jurídico ou, mesmo, de creditar à hermenêutica de cunho filosófico a função de ser o único caminho possível para superar a orientação do positivismo exegético-normativista no ensino do Direito. Não é demasiado salientar que a escolha da matriz hermenêutica como teoria de base não descarta a importância de outras matrizes para o enfrentamento da questão. Portanto, a tese tem os seguintes objetivos:

a) Refletir sobre a influência das principais idéias jurídico-filosóficas, mais notadamente o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, que foram construídos ao longo dos últimos séculos, conhecendo os fundamentos que serviram de substrato teórico para a perpetuação do paradigma do positivismo exegético-normativista como base fundante de orientação do ensino jurídico brasileiro.

b) Examinar as deficiências metodológicas e os reflexos da perspectiva reducionista do paradigma positivista nos Cursos de Direito.

c) Reconhecer o esforço de juristas comprometidos em responder às angústias dos que estão envolvidos no processo de formação dos futuros operadores jurídicos e que, pela crítica profunda ao modelo positivista/normativista presente no ensino jurídico, são protagonistas de propostas inovadoras que instigam a comunidade acadêmica a refletir sobre a crise do ensino jurídico e a romper com a racionalidade dominante.

d) Conhecer o pensamento de Martin Heidegger, principalmente sua proposta de (des)velamento do ser, privilegiando a participação do ser neste (des)velar, a partir da (re)construção do conceito de ser (aluno) como ser-no-mundo e ser-aí no ensino jurídico. Reconhecer no pensamento heideggeriano uma clareira capaz de iluminar o percurso em busca de novas perspectivas para superar a relação ensino-aprendizagem, baseada na relação sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito em que o aluno, como sujeito da aprendizagem, se compreende quando compreender o ser, a partir do mundo em sua cotidianidade, como possibilidade emancipatória.

e) Conhecer o pensamento de Gadamer, especificamente quando demonstra que a aplicação não é uma parte única e eventual da compreensão, mas que a determina desde o princípio em seu todo, em que o processo de interpretação deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo e, além de propiciar a comunicação de conhecimentos, também possibilita a formação para o exercício profissional, isto é, propicia exercitar o apreendido.

f) Buscar na hermenêutica de cunho filosófico, mais precisamente em Heidegger e Gadamer, subsídios para uma mudança no ensino jurídico, mostrando que a formação do profissional do Direito preparado para atender às reais necessidades e expectativas da sociedade brasileira em tempos de globalização requer mais do que

apenas romper com o paradigma do positivismo exegético-normativista: requer preocupação com a criação de um ambiente favorável a inter, multi e transdisciplinaridade, à integração ensino-pesquisa-extensão, ao pluralismo de idéias, à crítica, à importância dos condicionamentos históricos, sociais, culturais, econômicos e políticos. Enfim, busca-se estudar a hermenêutica filosófica como paradigma que permite ousar pensar em possibilidades para o enfrentamento da crise pelo diálogo com o outro e pelo entendimento do que é educar-se.

São muitas as indagações sobre as perspectivas do Direito no século XXI, e uma delas certamente é relacionada com os rumos do positivismo jurídico no mundo globalizado. Há enormes desafios no campo jurídico e, conseqüentemente, se exige a participação da comunidade acadêmica e o papel criativo e transformador do Poder Judiciário, com o crescimento dos direitos sociais, das demandas coletivas, das sociedades corporativas transnacionais, da modificação dos sistemas de produção, distribuição e consumo, da mundialização da economia e das relações de consumo em escala planetária, da complexidade de leis nacionais e internacionais, dos avanços da biotecnologia, da bioética, da preservação do meio ambiente, dos direitos humanos fundamentais e todos os avanços nas relações jurídicas tradicionais que impactam o ser humano como detentor de uma cidadania global.

Dada a contemporaneidade do estudo, em todos os momentos toma consciência a interrogação: como formar bem o profissional do Direito? Ou, ainda, como a hermenêutica de Heidegger e Gadamer, e suas implicações pedagógicas, criam condições para melhor formar o profissional do Direito? Compreensão mais ampla? Refundamentação teórica do ensino e da prática jurídica? Porque ela não fundamenta sua prática em certezas, em dogmas e numa perspectiva a-histórica? Que nosso modo de pensar, de agir, de conhecer deve sempre se pautar pela perspectiva circular, histórica, dialógica?

Heidegger tornou-se um dos filósofos mais importantes e influentes do século XX. Qual foi a ruptura realizada por ele? Qual foi a diferença em seu pensamento? Foi o esforço de buscar respostas para o sentido do ser, de uma maneira nova e dentro de uma linguagem filosófica original que o guiou em sua análise da existência humana, a partir da autoconsciência e da consciência do mundo, pois somos *seres-num-mundo*. Desenvolveu um pensar que é a busca pela essência do homem em

sua liberdade e radicalidade, afirmando que a essência do homem reside na *ec-sistência* que constitui o homem enquanto ser. Existir é ser. A compreensão em Heidegger é pensada a partir do desvelamento do ser, para que o ser se mostre enquanto algo, no elemento da clareira. Isso quer dizer que a clareira “nos afronta com a tarefa de, questionando-a, dela aprender, isto é, deixar que nos diga algo”.² O que ele quer mostrar é que existe um pensamento mais sóbrio do que a corrida desenfreada da racionalidade técnico-científica que domina a era atual.

A questão do ser foi o grande projeto de Heidegger, e o modo de tratá-la é fenomenológico, pois por ele é possível a recondução do olhar do ente para o ser. Ao debruçar-se sobre a problemática do ensino jurídico, a opção da tese foi a de recorrer ao método fenomenológico desenvolvido por Heidegger. O termo *fenomenológico* exprime uma máxima, “as coisas em si mesmas!”,³ ou seja, o que se mostra em si mesmo. Esse *em si mesmo do Dasein*, para Heidegger, é *histórico*. Sua interpretação se dá pela temporalidade, como horizonte possível para compreender a questão do ser. O essencial “para ela (a fenomenologia) não consiste em *realizar-se* como movimento filosófico. Acima da atualidade está a *possibilidade*. Compreender a fenomenologia quer unicamente dizer: captá-la como possibilidade”.⁴ São essas possibilidades que se busca em Heidegger quando ele trabalha a questão da pré-estrutura da compreensão, a faticidade, a diferença ontológica, a dicotomia sujeito-objeto, o pensar como essência do homem, o mundo enquanto condição pré-compreendida, a clareira e a angústia como disposição privilegiada e uma meditação para ir além das visões reducionistas que enxergam apenas a técnica forjada como estratégia de ensino, oferecendo a fenomenologia como o caminho para o pensar.

Gadamer reabilita seus pressupostos e dá um passo além, inserindo um novo paradigma, o paradigma da hermenêutica filosófica, para fundamentar sua teoria de que a interpretação não se autonomiza da compreensão e da aplicação. A pergunta fundamental que vai marcar o pensamento de Gadamer é: como é possível a compreensão?

² HEIDEGGER, Martin. O fim da Filosofia e a tarefa do pensamento. In: _____. **Conferências e escritos filosóficos**. Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 77.

³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo – Parte I**. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcanti Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes / Universidade de São Francisco, 2002, p. 57.

⁴ HEIDEGGER, Martin. Meu caminho para a Fenomenologia. In: _____. **Conferências e...** *Op. cit.*, p. 302.

Ele tematizou a compreensão como um constitutivo fundamental do ser como sujeito histórico e lingüístico.

A escolha de Gadamer como um dos autores principais que dão sustentabilidade teórica para a presente pesquisa foi determinada pela abrangência de sua teoria hermenêutica. O autor revolucionou a hermenêutica pela experiência da finitude e da historicidade que se dá no acontecer da experiência no mundo. Aprofundou o fenômeno da compreensão, colocando uma questão filosófica, quer dizer, ele perguntou como é possível o conhecimento. Gadamer elabora sua teoria partindo da pergunta pela correta epistemologia das ciências do espírito; entra nos âmbitos da natureza da experiência estética; utiliza o conceito do jogo como fio condutor da explicação ontológica, atravessa o âmbito da história, reabilitando a forma da tradição, e eleva a consciência em que a história já está operando para princípio hermenêutico; desenvolve sua concepção do círculo da compreensão e da hermenêutica enquanto experiência; dedica todo um capítulo para a linguagem como meio universal de entendimento através de sua máxima: *ser que é compreendido é linguagem*, e culmina em uma ontologia universal.

Para corroborar a opção pelo tema e pela base teórica da filosofia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer para o presente estudo, referem-se considerações de Streck, cuja tese trabalha a *Crítica Hermenêutica do Direito*:

É, pois, a incindibilidade entre interpretar e aplicar que irá representar a ruptura com o paradigma representacional-metodológico. E é o círculo hermenêutico que vai se constituir em condição de ruptura do esquema (metafísico) sujeito-objeto, nele *introduzindo o mundo prático* (facticidade), que serve para cimentar essa travessia, até então ficcionada na e pela epistemologia.⁵

Dentro dessa perspectiva, as teorias de Heidegger e Gadamer são exploradas por constituírem o suporte para indicar estratégias pedagógicas como alternativa ao ensino calcado na orientação exegética e informativista do positivismo jurídico e do normativismo. Acredita-se que elas possibilitam uma compreensão mais ampla da crise e das possibilidades de indicar caminhos por não estarem fundamentadas em certezas, dogmas e numa perspectiva a-histórica e nos dualismos sujeito-objeto, teoria-prática e

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 273.

ser e mundo. A importância e a atualidade da hermenêutica estão na necessidade de se buscar novos horizontes pela perspectiva que ela oferece, em propiciar elementos para, resolvendo problemas jurídicos concretos, concretizar o Direito, assumindo a aplicação como o momento integrante da interpretação e compreensão.

A hermenêutica permite escolhas que poderão auxiliar a fazer emergir interpretações novas da experiência que o contato do ensino jurídico com a realidade e com o outro propicia. Por isso, buscar-se-á nela um atravessamento, uma passagem para além do paradigma do positivismo exegético-normativista como subsídio para indicar possibilidades de construir o novo profissional do Direito. Não se quer exumar o Direito Positivo, ele tem sua função no sistema, mas não pode ser traduzido em um positivismo que cega o olhar. Os paradigmas clássicos, fundados numa visão reducionista do fenômeno jurídico, estão se esgotando, não dão conta de explicar as profundas alterações que ocorreram no campo jurídico, econômico, político, social e cultural, já não respondem às necessidades da complexidade da sociedade globalizada. Buscar caminhos na hermenêutica de cunho filosófico não significa, de modo algum, destruir o que está posto, mas transcender as limitações dos pontos de vista redutores. Por outro lado, releva salientar, também não é intenção criar um modelo de ensino jurídico, mas, sim, colocar a hermenêutica filosófica como alternativa ao que tradicionalmente se entendeu por ensino jurídico.

(Re)pensar a educação jurídica a partir do paradigma hermenêutico, mais precisamente a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, é ao mesmo tempo instigante e assustador, mas, por outro lado, também é motivo de esperança e de expectativa de aprender pela possibilidade que a hermenêutica de cunho filosófico oferece em promover a ruptura dos paradigmas que cegam. Trabalhar este tema é, sem dúvida, um convite à desestabilização do ser, é permitir novos caminhos: que sejamos simultaneamente perturbados e iluminados, a partir da condição de ser-no-mundo, de ser-aí, da historicidade e facticidade (apropriando-nos das palavras de Heidegger). Há que se construir caminhos, e pensamos que a hermenêutica filosófica, ao não se instituir como método, se constitui em pressuposto teórico a possibilitar caminhos para que a educação jurídica possa sair da crise. Esse olhar, com apoio nas palavras de Rohden, é um “olhar que não apenas

enxerga, mas se enxerga, e estamos às voltas com um dizer que não apenas dita, mas se implica no dizer”.⁶

Os Cursos Jurídicos são chamados a reagir, quebrando paradigmas tradicionais e trazendo para si a responsabilidade da construção do conhecimento jurídico e de romper com o círculo vicioso de identificar o Direito com a ordem legal vigente, colaborando, assim, com o modo de conservação do sistema que reduz o jurista a um mero técnico do Direito. Por isso, emerge com força total repensar o ensino jurídico à luz desse novo paradigma filosófico. Para atingir esse objetivo, o Curso de Direito não pode se restringir apenas ao modelo “sala de aula-professor-aluno” e à exegese de textos legais. É essencial a criação de uma mentalidade contínua de aprendizagem, construindo referências dinâmicas indispensáveis neste ambiente de ambigüidade e de incertezas, onde se mesclam ensino, pesquisa e extensão na parceria do ensinar e apreender em projetos que envolvam a academia e a sociedade.

Modificar a forma de apreender, introduzir estratégias pedagógicas que privilegiem a relação sujeito-sujeito na educação jurídica é, com certeza, mais difícil do que modificar currículos, pois envolve, em primeiro lugar, uma alteração da mentalidade de parte dos próprios professores e da organização universitária, uma compreensão de que o aluno deve buscar, através do diálogo entre passado e presente, com a sociedade, novas formas de aprender e de exercitar a cidadania: “a educação que não tenta fazer esforço e que, pelo contrário, insiste na transmissão de comunicados, na extensão de conteúdos técnicos, não pode esconder a face desumanista”.⁷

(Des)velar o novo implica poder ver além e caminhar da epistemologia da interpretação do Direito (método/técnica interpretativa objetificadora do Direito Positivo) para a ontologia da compreensão.

⁶ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Metodológica e Hermenêutica Filosófica*. **Filosofia UNISINOS**, São Leopoldo, Centro de Ciências Humanas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 4, n. 6, p. 127, jan./jun. 2003.

⁷ FREIRE, Paulo. **Extensão ou Comunicação?** Traduzido por Rosisca Darcy de Oliveira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 91.

A presente tese divide-se em quatro partes, contendo os seguintes capítulos:

O primeiro capítulo, O paradigma do positivismo jurídico como base fundante da orientação do ensino jurídico brasileiro, apresenta uma abordagem introdutória do pensamento jusnaturalista moderno-iluminista como paradigma precursor à concepção positivista. A intenção é empreender um diálogo com a tradição para conhecer o Direito Natural a partir de Grotius e Pundendorf; o racionalismo como a grande ruptura científica dos séculos XVI e XVII através de Descartes, Spinoza, Hobbes e Leibniz, e o projeto iluminista como o grande ideal da humanidade. Estes diferentes olhares irão permitir uma leitura de que o Direito Natural caminhava para a construção de um Direito que tendia a acentuar o caráter de um saber científico, universalmente válido, tendo na lei a expressão da vontade do Estado, alicerçado na racionalidade prático-dedutiva, influenciando, assim, a construção do positivismo jurídico. Na seqüência, contextualiza-se o positivismo jurídico, apresentando o positivismo sociológico ou filosófico de Augusto Comte, a Escola da Exegese, o normativismo jurídico de Hans Kelsen e o positivismo de Herber L. A. Hart, para, em seguida, trazer Ronald Dworkin que trabalha com a força dos princípios. Apresentar-se-á igualmente as insuficiências do paradigma do positivismo exegético-normativista a partir dos olhares de Ovídio Araújo Baptista da Silva, António Castanheira Neves, Eros Roberto Grau, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Lenio Luiz Streck, entre outros.

No segundo capítulo, A Crise na Educação Jurídica, apresentar-se-á o Curso de Direito como *locus* privilegiado da perpetuação do positivismo exegético-normativista, a expansão desenfreada dos cursos jurídicos no Brasil, que pode auxiliar no entendimento da crise do ensino jurídico pelo excessivo número de vagas e cursos (acima de 900) e o impacto da avaliação dos egressos por órgãos externos. Assim, a análise da expansão de Cursos de Direito revela-se fundamental. Em razão dessa circunstância, o capítulo desenvolverá o estudo comparativo do currículo de dois Cursos de Direito que possibilitam um outro olhar sobre a crise, ao trazer o exemplo de um Curso de Direito que obteve 90,79% de aprovação na primeira fase do Exame de Ordem da OAB, em agosto de 2004, e, no outro extremo, um Curso de Direito que obteve percentual zero de aprovação. Busca-se, ainda, destacar a novas diretrizes curriculares da Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, que é fruto de um esforço conjunto de juristas, professores e executivos da Educação, muitos deles filiados à ABEDI e à OAB,

bem com integrantes do Conselho Nacional de Educação. A partir do desvelar da crise de ensino, entendeu-se importante trazer a contribuição de inúmeros juristas preocupados em propor alternativas às insuficiências e deficiências da formação do profissional do Direito. Aqui, obviamente, pela riqueza das contribuições de tantos juristas, imperiosa se revela a opção por alguns juristas que possam auxiliar na aproximação com o movimento da hermenêutica filosófica como possibilidade de refletir sobre a crise que está posta e transcender para novas possibilidades pedagógicas no ensino jurídico. Nesse sentido, elegeu-se Luis Alberto Warat, António Castanheira Neves e Lenio Luiz Streck como companheiros de diálogo.

No terceiro capítulo, Tecendo caminhos: Perspectivas a partir da hermenêutica de cunho filosófico, abordar-se-á a matriz hermenêutica a partir de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, tendo em vista que essa matriz representa o referencial teórico da presente tese e que, ao compreendê-la, será possível realizar a interface entre suas principais teses e a crise de ensino. Ingressar-se-á na idéia central de Heidegger, que é a questão do Ser, do seu entendimento do método fenomenológico, a compreensão do ser como compreensão do mundo, o modo como ele desenvolve o ideário de pensar como sendo a essência do homem e o que isso representa para um pensar além do positivismo, e sua genialidade em introduzir o tema da angústia para mostrar que é preciso descortinar o horizonte ôntico e permitir que o estranhamento se apodere do ser para que se possa sair do impessoal, da mesmice, e desafiar o que já está aí posto e definido. E, por fim, é examinada a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, que traz a experiência hermenêutica como possibilidade de transformar o ser no momento em que participa dela. A virada ontológica realizada por Gadamer como contraponto à cientificidade objetificadora das ciências modernas está alicerçada na experiência do jogo, na experiência com a linguagem, na experiência com o conceito de história efetual, na experiência do diálogo e a importância da tradição e o círculo hermenêutico onde o acontecer se dá pelo resgate hermenêutico do movimento dialético que se faz entre a pré-compreensão histórico-temporal para fundir-se com múltiplos horizontes, a partir do elo integrador da tradição e do diálogo.

O quarto capítulo, Para além do positivismo: O acontecer da hermenêutica filosófica na Educação Jurídica, propõe-se a analisar a aplicabilidade do pensamento de Heidegger e Gadamer, extraíndo alguns elementos que possam auxiliar na indicação de

alguns caminhos, de modo que se possa pensar em estratégias pedagógicas que realmente resgatem o sentido do ensino jurídico, indo além da objetificação de um raciocínio lógico-dedutivo e de um tecnicismo vazio. Por essa razão, houve a preocupação de apontar estratégias pedagógicas com amparo na autêntica experiência hermenêutica, onde a aplicação não pode ser utilizada no ensino do Direito com um ato separado da interpretação e da compreensão. Privilegia-se o (re)pensar o ensino jurídico a partir da visão de que a interpretação não se autonomiza da compreensão e da aplicação, elegendo algumas estratégias possíveis de ser implementadas, destacando-se a necessidade da superação do esquema sujeito-objeto e do dualismo teoria-prática na relação ensino-aprendizagem, o jogo como momento da autêntica experiência hermenêutica, a consciência da história efetual que propicia ao aluno se tornar consciente de seu papel como sujeito pensante, em que educação é educar-se e formação é formar-se, buscando pelo diálogo eu-tu e o universidade-sociedade romper com o divórcio entre o Direito e a realidade para que se possa trazer a realidade de volta ao ensino jurídico. Além disso, enfatiza-se que, para romper com as insuficiências do currículo disciplinar e a fragmentação dos saberes do Curso de Direito em si e com os outros saberes, a opção pela transdisciplinaridade possibilita acolher outros olhares para responder às questões complexas da contemporaneidade.

A hermenêutica de cunho filosófico, como prática (trans)formadora no ensino jurídico, é um tema relevante; no entanto, a compreensão de suas possibilidades apresentadas nesta tese tem como objetivo analisar uma das muitas possibilidades de estratégias didáticas para melhorar o processo de formação do bacharel em Direito. Por isso, a abordagem contemplada não tem pretensão conclusiva, mas busca provocar uma discussão sobre novas estratégias pedagógicas, servindo de contexto para (re)pensar a crise na educação jurídica enquanto compromisso social.

1 O PARADIGMA DO POSITIVISMO JURÍDICO COMO BASE FUNDANTE DA ORIENTAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

O ensino jurídico desenvolveu-se, ao longo dos anos, como um modelo estruturado que valoriza excessivamente os aspectos lógico-formais da norma: supervaloriza o estudo técnico do Direito, centrado no código comentado, ocupa-se da norma e exclui do currículo o “estudo do fato jurídico”,⁸ indiferente à sua historicidade, à realidade social, à pluralidade e à complexidade que a dinâmica da sociedade contemporânea requer.

A análise do paradigma do positivismo jurídico como base fundante da orientação do ensino jurídico brasileiro – que é o objeto deste capítulo – impôs a realização de uma abordagem introdutória do pensamento jusnaturalista moderno-iluminista, como paradigma precursor à concepção positivista, na medida em que se encontram, em suas raízes, as práticas matematizantes,⁹ o dogma do valor segurança, a

⁸ O positivismo afastou o “fato” do Direito, ocasionando uma dicotomia entre a “questão-de-fato” e a “questão-de-direito”, ou seja, no Direito brasileiro o “fato” não existe; o que existe é a “norma”, pois o paradigma do positivismo considera Direito apenas aquele pressuposto pela legislação. A dicotomia entre a questão-de-fato e a questão-de-direito é atualmente um dos principais problemas metodológicos do pensamento jurídico que tem reflexos na juridicidade e na concretude do Direito e, principalmente, na crise em que hoje se debate o ensino jurídico. Assim como a dogmática jurídica em sua perspectiva positivista esconde o “fato” atrás dos conceitos, assim também o ensino jurídico é moldado para não trazer o “fato” para os debates acadêmicos. Esconde, assim, a singularidade do próprio objeto e sua razão de ser, que é o estudo do Direito enquanto “questão-de-fato” e “questão-de-direito”. Castanheira Neves é um dos autores comprometidos em desvendar o problema metodológico da juridicidade; dedica toda uma obra para abordar o tema da “questão-de-fato-questão-de-direito”. Salienta ser necessário “que contra o comum racionalismo normativista o problema da aplicação do direito se viesse a revelar um problema de concreta (concretamente constituída) juridicidade. Que o decidir jurídico afastaria a possibilidade de sua redução a um mero reduzir abstrato – pois que é um decidir normativo em concreto – se oferecesse como uma síntese jurídico-material em que o jurídico e factual participam unitariamente, integrando a unidade jurídica do caso concreto decidendo e decidido, - i. é, integrando de modo *compositum* o indivisível tanto a unidade intencional-interrogativa do concreto problema jurídico, como a unidade intencional-significativa da decisão concretamente proferida. Que, assim, aquele problema se manifestasse não como o de simples conhecimento objetivo do ‘direito’ e do ‘fato’, mas como o do noético predicar jurídico de um fato, que é fato de um certo problema jurídico. E a sua decisão, não a mera soma lógica do direito “mais” o fato, ambos já dados puramente em si e permanecendo separados um do outro como grandezas correspectivamente abstratas, mas a constituída juridicidade de uma situação histórica concreta – juridicidade constituída por referência e em função de uma decisão concreta, que é também a situação de um certo “caso” o problema jurídico, e que como tal apenas se determina. Não o “direito” e o “fato”, mas, e simultaneamente, o “direito” do “fato” e o “fato” do direito.” CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967, p. 2.

⁹ O que caracteriza a ciência moderna, nas palavras de Gadamer, “é o fato de a matemática se constituir em modelo, não pelo ser de seus objetos, mas como o modo mais perfeito do conhecimento. A

certeza da funcionalidade do Direito e a ideologia liberal-individualista tão presente na sociedade.

Dentre os muitos caminhos metodológicos possíveis, acredita-se que só se pode avançar para as possibilidades de compreensão adequada, como a de desvelar caminhos que facultem o novo no ensino jurídico, quando se tem presente o contexto histórico em que ocorreram as grandes mudanças da Humanidade. Neste primeiro capítulo, a intenção é empreender um diálogo com a tradição, que é sempre um diálogo hermenêutico, pois é o tecido conectivo que permite dialogar entre nós e com o passado. Concorde-se com Gadamer quando diz que a compreensão nunca é um salto da inteligência no vazio: a tradição impõe-se como o modo de pertença do passado à existência humana,¹⁰ Ela não é algo imediatamente sensível; ela se dá na linguagem.

Importa ainda salientar que aquilo que os textos históricos oferecem não são verdades definitivas, últimas, objetivas e eternas, pois o compreender humano é condicionado pelo contexto histórico; ele é relativo e transitório. Assim, a intenção não é ter uma compreensão exaustiva nem conhecer algo em sua totalidade; é apenas estar abertos ao acontecer da pergunta para compreender os desafios que nos interpelam.

Para tanto, desenvolvem-se, a seguir, os preceitos do Direito Natural, de forma a compreender seus conceitos, fundamentos, pensadores exponenciais e os pontos essenciais que foram divulgados. Entende-se ser necessária a incursão no Direito Natural para a melhor compreensão do ordenamento jurídico em vigor. Busca-se verificar se o Direito Natural como corrente teórico-filosófica preparou o caminho para que o positivismo jurídico se consolidasse como paradigma dominante para, num segundo momento, ser possível compreender o paradigma do positivismo exegético-normativista, apresentando as insuficiências deste paradigma que contribuíram para a crise do ensino jurídico.

configuração da ciência moderna estabelece uma ruptura decisiva em relação às configurações do saber do Ocidente grego e cristão. O que predomina agora é a idéia de método. Em sentido moderno, o método, apesar de toda a variedade apresentada nas diversas ciências, é um conceito unitário. O ideal de conhecimento pautado pelo conceito de método consiste em se poder trilhar um caminho cognitivo de maneira tão consciente que se torna possível refazê-lo sempre. [...] A lógica matemática é considerada como o caminho de solução de todos os problemas que até o presente a ciência havia deixado ao cargo da filosofia". GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 61 e ss.

¹⁰ Idem, *Ibidem*.

1.1 O LEGADO DO JUSNATURALISMO MODERNO-ILUMINISTA PARA A CONSTRUÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Nesta parte introdutória objetiva-se particularmente o conhecimento da teoria do Direito Natural a partir das obras dos jusnaturalistas do período moderno-iluminista, seu significado histórico e o quanto suas teorias contribuíram para a construção do paradigma do positivismo jurídico. A pesquisa não tem a intenção de estudar esses autores; por ser o tema amplo, o propósito é compreender o pensamento jusnaturalista presente a partir da postura “antropológico-rationais”¹¹ de Grotius e Pundendorf. Na seqüência, abordar-se-á a síntese do pensamento racionalista e sua “razão axiomático-demonstrativa ou sistemático-dedutiva”¹² (Descartes, Hobbes, Spinoza, Leibniz). Entende-se que é um olhar importante para reconhecer a força desse pensamento e sua influência para o delineamento da matriz positivista.

1.1.1 O Direito Natural explicado pela razão humana

As primeiras manifestações do Direito Natural tinham como base fundante uma ordem normativa de origem divina para explicar como determinadas regras são propostas como modelos de conduta do ser humano. O homem está inserido na lei de Deus, como partícipe da lei eterna, amparado na razão humana universal. A lei natural é uma lei da consciência, ou seja, é a lei divina inscrita no coração dos homens.¹³ Bobbio referencia que “esse direito pode ser considerado *natural*, no sentido original da palavra, porque é um direito *encontrado pelo homem*, não *formulado* por ele”.¹⁴ Na base do Direito Natural está a razão, porém “não uma razão qualquer, mas a *reta razão*, que considera como princípio os atos humanos, que discerne os meios que conduzem ao fim

¹¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 25.

¹² Idem, *Ibidem*.

¹³ Uma passagem que expressa que a lei natural é uma lei da consciência e, portanto, inscrita no coração dos homens pode ser encontrada na Bíblia Sagrada, mais especificamente na Epístola de São Paulo aos Romanos, Capítulo II, versículo 14-15: “Com efeito, quando os gentios, que não têm lei (escrita), fazem naturalmente as coisas que são da lei, esses, não tendo lei, a si mesmo servem de lei, e mostram que o que a lei ordena está escrito nos seus corações, dando-lhes testemunho a sua própria consciência e os pensamentos de dentro que os acusam, se fizerem o mal ou também os defendem, se fizerem o bem”. **BÍBLIA Sagrada**. Traduzida por Pe. Matos Soares, 9. ed. São Paulo: Paulinas, 1980, p. 1.356.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Traduzido por Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997, p. 32.

e vê no discernimento o hábito dos primeiros princípios que contêm os preceitos da lei natural”.¹⁵

O Direito Natural manifesta-se como um conjunto mínimo de valores que têm como princípios essenciais a universalização e a imutabilidade dos conceitos extraídos das instituições jurídicas próprias, construídos pelo mais puro espírito do povo, orientados e ditados pelas exigências racionais da natureza humana universal, pela vontade de Deus, pela força da natureza e conservação da vida.

Para Zagrebelsky, qualquer visão jusnaturalista autêntica assume a tríade: “verdadeiro, justo, obrigatório”. A partir do ser (o verdadeiro) chega-se ao dever-ser (o obrigatório) através do critério da justiça”.¹⁶ O conteúdo do que é justo, ou seja, do que é verdadeiro tem sua origem e determinação na vontade divina emanada pela ordem criativa de Deus ou, ainda, pode advir da natureza das coisas, que pode ser concebida naturalista ou racionalmente, ou ainda, segundo o autor, de qualquer outro modo. Salienta que essas diferentes possibilidades não alteram a estrutura progressiva, “típico ‘do direito natural’, do mundo da realidade ao mundo da obrigatoriedade”.¹⁷ Essa perspectiva de ir do ser ao dever-ser é possível na concepção jusnaturalista porque a justiça é assumida como valor. Para o Direito Natural, a justiça é o imperativo máximo ou

[...] a norma primeira pressuposta da qual deriva qualquer outra normatividade. As doutrinas de Direito Natural, portanto, não desmentem em absoluto a separação positivista. Tampouco seu ‘dever ser’ deriva exclusivamente do ‘ser’. Com efeito, que a justiça deve ser realizada não é em absoluto um fato, mas sim um valor, ainda que talvez seja o mais óbvio ou menos controvertido dos valores.¹⁸

Desse modo, pode-se dizer que, para o jusnaturalismo, é o valor justiça – valor reconhecido *a priori* – que conduz à verdade. A principal herança dos primórdios do Direito Natural (de Sócrates a São Tomás de Aquino) e que no século XX, mais precisamente com Heidegger,¹⁹ se buscou retomar, é a questão da centralidade do ser no

¹⁵ VILLAFANE, Emilio Serrano. **Concepciones jusnaturalistas actuales**. Madrid: Nacional, 1967, p. 295.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**: Lei, Derechos, Justicia. Traduzido por Marina Gascón. 2. ed. Valladolid/ES: Trotta, 1997, p. 119.

¹⁷ Idem, *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Martin Heidegger é o filósofo responsável pelo grande giro hermenêutico, revolucionando a filosofia do século XX com a pergunta pelo sentido do ser. Seu grande projeto e contributo para a humanidade

sentido ontológico, ou seja, o ser em sua essência e em sua existência. À medida que o Direito Natural buscou respostas apenas na racionalidade instrumental, esqueceu do “ser” em favor do “ente”. Com efeito, não é intenção defender o retorno do Direito Natural praticado nos primórdios da humanidade, que valorava excessivamente a lei de natureza divina e a natureza social do homem. O propósito é mostrar que, ao longo dos séculos, se perdeu o princípio mais valioso do Direito Natural, que é: partir do ser para chegar ao dever-ser, como fundamento ontológico-jurídico.

Tomás de Aquino²⁰ foi um dos principais teóricos da lei natural, defendendo que o Direito Natural contém primeiro a lei eterna e, em segundo lugar, a razão humana, que já se apresenta promulgada por Deus.²¹ Tomás de Aquino faz uma distinção rigorosa entre proposições da filosofia moral e política (que identificam e elaboram os princípios e as normas da lei natural) e, ainda, entre proposições que constituem as ciências da natureza; os princípios e as normas da lógica (ou “leis do pensamento”) e os princípios e as normas de toda técnica humana submetidos à vontade humana.²² A ordem natural é regida por leis eternas e imutáveis, de origem divina, deixando-se para a razão humana a função de redescobrir e criar essa ordem natural.

Para Santo Tomás de Aquino, existem quatro formas de lei: a *lex eterna* (razão divina que governa o mundo); a *lex naturalis* (ordem cósmica emanada de Deus e manifestada ao homem dotado de razão); a *lex humana* (abrange os preceitos

foi (re)elaborar radicalmente a pergunta pelo sentido do ser, pois o pensamento ocidental persistiu no esquecimento do ser. Pela importância de seu pensamento, Heidegger será nosso companheiro de diálogo, pois acreditamos que sua ousadia em recuperar o “ser” como ser-no-mundo representa a possibilidade de (des)velar novos caminhos para o Direito e para o ensino jurídico. O Capítulo III da presente pesquisa justifica a opção pela hermenêutica filosófica que se recusa a qualquer fechamento, completude, a verdades prontas e elaboradas.

²⁰ Tomás de Aquino, em sua *Summa Theologica*, determina para a razão humana – enquanto razão prática – a função de legislador, sempre apoiada em princípios divinos, isto é, segundo uma Lei Eterna que conduz o homem a prescrever normas de conduta justas. Na questão 91, Tomás de Aquino referencia que “toda a comunidade do universo é governada pela razão divina”. Na questão 94 ele expõe sua concepção de lei natural, demonstrando que a primeira regra da razão é o Direito Natural, e ele é justo na medida em que está submetido à razão divina, isto é, a Deus, que está acima deste mundo e opera como legislador do mundo.

²¹ Deus, ao determinar as leis que regulam o movimento dos corpos, também “determinou as leis que regulam a conduta do homem. A única diferença é que o homem, sendo livre, pode violá-la. Mas as leis não perdem sua validade pelo fato de serem violadas; continuam em vigor e podem ser descobertas pelo homem a quem Deus as manifestou – de forma direta, com a revelação e de forma indireta, pela razão”. BOBBIO, Norberto. **Locke e...** *Op. cit.*, p. 37.

²² Cf. GOYARD-FABRE, Simone. Lei Natural. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, b2003. 2 v., p. 37.

particulares que a razão tem condições de inferir nas mais variadas circunstâncias, capaz de enfrentar as situações que são postas ao homem a partir do seu relacionamento com as pessoas)²³ e a *lex divina*.²⁴

No século XVI ocorre a ruptura do “Direito Natural” construído historicamente a partir de fundamentos ontológico-teológicos alicerçados no ser²⁵ e na vontade de Deus para um jusnaturalismo baseado num modelo de racionalidade caracterizado pela excessiva confiança no poder da razão. Surge a Escola do Direito Natural²⁶ com uma nova concepção do Direito que vai favorecer a laicização e a unificação do Direito. “Esse direito natural laico é um direito racionalista (alemão: *Vernunftrecht*) que domina todas as relações entre os homens, seja qual for a sua raça e qualquer que seja a sua posição social”.²⁷ Nos séculos XVII e XVIII, a ciência do Direito é dominada pela Escola de Direito Natural.

Grotius (Hugo de Groot), no ano de 1625, edita a obra *Do Direito da Guerra e da Paz*. A tese por ele elaborada é considerada durante muitos anos como a obra fundamental do Direito Natural. Grotius atribui ao termo “Direito” três sentidos: Direito como “justo”; Direito como “faculdade ou aptidão”, correspondendo à “qualidade moral” da pessoa; Direito como sinônimo de *lex*. Essa terceira acepção – Direito como

²³ Bobbio diz neste sentido que Santo Tomás descreve de duas maneiras a passagem da lei natural à lei humana: “1) *per conclusionem*, isto é, do modo como as conclusões logicamente necessárias são derivadas de princípios evidentes”. [...] 2) *per determinationem*, isto é, da maneira como o arquiteto passa da forma da casa à casa concreta que deve construir – por exemplo, a lei natural determina que o culpado deve ser punido, mas cabe ao legislador humano estabelecer a pena. Entre estes dois modos de derivação há uma diferença que cabe sublinhar: a lei humana derivada *per conclusionem* retira sua validade também da lei natural da qual provém; a lei humana derivada *per determinationem* tem validade proveniente da lei humana, *ex solum lege humana vigorem habet*”. BOBBIO, Norberto. **Locke e...** *Op. cit.*, p. 39 e ss.

²⁴ Idem, p. 38 e ss.

²⁵ Martin Heidegger, no século XX, revoluciona a filosofia ao trazer de volta o questionamento sobre o ser, mostrando as insuficiências fundamentais da ontologia tradicional que se apoiava no ser-objeto. Uma de suas principais denúncias é contra o esquema sujeito-objeto, consciência e ser; de que o ser é objeto do conhecimento, reafirmando que o “ser é o verdadeiro e único tema da filosofia” a partir da diferença ontológica (*Ontologische Differenz*) entre ser e ente.

²⁶ Sobre a história do Direito Natural, ver mais em GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Traduzido por A. M. Hespânia e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. O autor salienta que a idéia do Direito Natural como direito dos cidadãos é anterior ao século XVII. Como exemplo cita que os juristas e filósofos da Antigüidade Grega e Romana já tinham presente a noção de Direito Natural: “Os Romanos faziam uma distinção capital ente os *ius civile* (o direito civil, isto é, o direito dos cidadãos romanos) e os *ius gentium* (o direito das pessoas que não gozavam do estatuto de cidadão romano), sendo este último dominado por regras que decorrem da própria natureza das coisas, isto é, o Direito Natural” (Idem, p. 364).

²⁷ Idem, *Ibidem*.

lex – é o ponto central sobre o qual vai desenvolver toda a sua obra. No termo *lex*, Grotius reagrupa o “conjunto das regras que são obrigatórias para que seja respeitado ou obtido o que é direito (*rectum*), e não apenas justo (*justum*)”.²⁸ Para o autor, um sistema de Direito Natural poderia ser racionalmente construído e poderia gozar de validade universal, comparando-o às normas dos axiomas da matemática.

Dentro deste contexto de ruptura, Grotius deixou uma grande contribuição à teoria jurídica ao libertar o Direito Natural de todo o conteúdo teológico que o dominava, rompendo com a tradição jurídica clássica, da qual Tomás de Aquino é um dos principais representantes. A principal contribuição de Grotius para a teoria jurídica pode ser sintetizada como seu esforço em proporcionar um método pelo qual o Direito Natural é reconhecido como um *dictamen rationis*. Goyard-Fabre, por exemplo, sustenta que a intenção de Grotius foi proporcionar a seu método um alcance “que é mais que metodológico: esse método, manifestando a capacidade operatória dos poderes da racionalidade, ensina também que a razão é o princípio regulador das ações humanas”.²⁹

O racionalismo ético-jurídico de Grotius sinaliza o advento da modernidade ao colocar, na razão humana, a possibilidade de alcançar a universalização de leis. Além de detalhar a capacidade operatória dos poderes da racionalidade, Grotius mostra que a razão é o princípio regulador das ações humanas, ou seja, a explicação de que tudo pode ser encontrado na própria razão humana. Tem-se aí, portanto, que o fundamento do Direito Natural em Grotius está na natureza humana, e a fonte da lei deve ser a sociedade. Ele distingue diferentes traços na natureza humana, como: desejo de pertencer a uma sociedade, inclinação para a autopreservação, conhecimento, faculdade de raciocínio e de fala. Mas a sociabilidade e a razão adquirem a posição que é a do pensamento que se empenha firmemente em atuar a favor de sua autopreservação.³⁰

Para Grotius, a característica do Direito não está apenas na procura do justo, mas, sim, em um conceito racionalista, resultante da vontade humana, que se materializa em um contrato social. O Direito cada vez mais passa a ser estabelecido por normas

²⁸ GOYARD-FABRE, Simone. *Lei Natural...* *Op. cit.*, p. 43.

²⁹ *Idem*, p. 42.

³⁰ Cf. WASTERMAN, Pauline C. **The disintegration of Natural Law Theory**: Aquins to Finnis. New York: Leiden, 1997, p. 140 e ss.

escritas, indo além da simples oralidade como prova nas demandas jurídicas. O princípio que o autor propõe é que a lei deriva da vontade do legislador, e por essa razão ela é uma lei necessariamente clara. Nesse ponto, percebem-se em Grotius traços de um Direito Natural como um sistema imutável, completo e acabado “até em seus pormenores, de regras precisas, que bastariam exprimir em regras jurídicas. A natureza torna-se um ‘código’ (direito natural jurídico)”.³¹

Apesar de, em muitos momentos da história, Grotius não ter sido bem compreendido,³² certamente foi o pioneiro de uma revolução intelectual. Ao conferir a preponderância da razão como força universal, a teoria de Grotius não tem a intenção de rejeitar a existência do mandamento divino fora da esfera do Direito: sua teoria defende que o Direito não é mais entendido desta forma (vinculação à vontade de Deus), mas, sim, vinculado à razão.

Pufendorf foi um dos maiores críticos de Grotius e teve participação decisiva na chamada secularização do Direito Natural. Seu objetivo principal foi descobrir os fundamentos do Direito Natural que, “em função de sua função imperativa, tem seu fundamento na *vontade divina*, que originalmente fixou os princípios da razão humana perpetuamente”.³³ O que Pufendorf mais critica na metodologia de Grotius é o fato de ele subestimar a lei natural, enquanto mandamento de Deus. Para Pufendorf, está em Deus, na qualidade de criador e condutor do gênero humano, a faculdade de prescrever aos homens com autoridade a observação desta lei. Por ser divina, essa lei, para

³¹ JOLIVET, Régis. **Tratado de Filosofia IV – Moral**. Traduzido por Gerardo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: Agir, 1966, p. 97.

³² Muitos intérpretes de Grotius creditavam a ele a laicização do Direito, por entenderem que vislumbrava a não-existência de Deus. Goyard-Fabre percebe que, mesmo com inúmeras expressões ambíguas, que podem, para alguns, ser indícios de um racionalismo laicista e individualista, sua inclinação racionalista do Direito Natural “não implica nem a condenação do voluntarismo da doutrina judaico-cristã nem a laicização ‘moderna’ do Direito; ela testemunha, antes, a preocupação constante do jurisconsulto em vincular as normas do direito ao arbítrio divino que lhe parece corromper as teorias de Ockham ou de Gérson. O valor moral do Direito Natural – porque direito e moral, segundo Grotius, não se podem distinguir – impõe a rejeição de tudo o que é arbitrário. Em outras palavras, Grotius, como os teólogos da escolástica espanhola, achava que as noções de bem e de mal, de justo e injusto possuem uma racionalidade intrínseca que os subtrai do arbítrio de Deus. [...] Grotius inscreve assim sua teoria do Direito Natural em uma filosofia da separação: o homem está separado de Deus, a razão está separada da experiência, a ordem do conhecer está separada da ordem do ser e o conhecimento do Direito Natural é a celebração do *logos*: a assimilação do Direito à lei significa que, correspondendo à capacidade construtora da razão, ele é *ordo ordinans*”. GOYARD-FABRE, Simone. *Lei Natural... Op. cit.*, p. 43 e ss.

³³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 26.

Pufendorf, era imutável, enquanto que as leis advindas de pactos jurídicos humanos poderiam alterar ao longo da história, a partir das condições de espaço e tempo, no interior de cada Nação.

Na tecitura de sua teoria, Pufendorf introduz a idéia de uma lei natural ancorada em princípios éticos e existenciais da comunidade humana. Defende a noção de imputação de responsabilidade, “em conseqüência, toda ‘ordenação’ e, pois, todo direito, contém, pela sua essência mesma, uma *proibição*. Seu caráter fundamental repousa, por assim dizer, em sua função *imperativa (befehlende)* e não em sua função *indicativa (anzeigende)*”.³⁴ Ele explica que o homem, a partir do entendimento e da vontade, tem liberdade de agir. Os deveres e direitos daí resultantes formam o “Direito Natural”.

Ao inserir o conceito de moral social, introduzindo o princípio da sociabilidade como primeira expressão da lei natural, Pufendorf apresenta o “mais importante e mais racional dos princípios do *direito natural*: a *socialitas*,³⁵ a necessidade de o homem viver em sociedade, que, para ele, não é instinto natural teológico – como em Grotius –, mas um mero princípio regulativo do modo de viver”.³⁶ Adotou, portanto, como base de seu sistema a natureza social do ser humano. Desta forma, para o autor, todos os sistemas humanos de Direito e as obrigações que decorrem deles estão sustentados na idéia de que o homem é um ser social. O equilíbrio do princípio da sociabilidade está em orientar a vontade do homem para o bem.

Pufendorf distingue duas ordens de princípios: os absolutos e os hipotéticos. Como princípio absoluto, o princípio da sociabilidade é visto como uma virtude da moral natural, que impõe ao homem o dever de fazer a vontade de Deus, “independente das instituições estabelecidas pelo próprio homem”.³⁷ Como princípio hipotético classifica os princípios que são instituídos pelos governos de cada nação e têm como finalidade formar as leis que vão disciplinar a vida em sociedade.

³⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência...* *Op. cit.*, p. 25. O autor salienta que, se a função for indicativa, a norma jurídica apenas mostrará o conteúdo da prescrição e, se for imperativa, ela nos obrigará a fazer ou deixar de fazer algo.

³⁵ Ferraz Jr. chama a atenção que a *Socialitas* “não se confunde com o Direito Natural, mas apenas fornece o fundamento do seu conteúdo (seu caráter indicativo). Ela adquire império somente mediante a sanção divina à medida que Deus prescreve ao homem a sua observação”. (Idem).

³⁶ Idem, *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 26.

Essa regra de ação imperativa pode também ser compreendida em Pufendorf como a máxima de um dever que, nas palavras de Goyard-Fabre, caracteriza que o homem, ao se dirigir por sua vontade livre, “se *obriga* porque exprime à vontade de um superior de agir de certa maneira prescrita por ele, mas não o *pressiona*. Além disso, quem assume livremente essa obrigação realiza sua humanidade obedecendo ao mandamento divino”.³⁸ Com isso, ele não quer dizer que subestima o papel da razão; pelo contrário, admite que a lei natural é baseada nas máximas da razão justa e que “o entendimento humano tem a faculdade de descobrir, clara e distintamente, refletindo isso na natureza e na constituição dos homens, a necessidade que ele tem de adaptar sua conduta às leis naturais”.³⁹

Para Pufendorf, a lei natural é o princípio a partir do qual é possível realizar uma regulamentação ética e existencial do homem, enquanto ser social. Para justificar essa posição, “recorre ao pressuposto da sociabilidade (*sociabilitas*) do homem”.⁴⁰ Por outro lado, Pufendorf assume a posição de que há uma relação de identidade entre o Direito Natural e a matemática. Percebem-se aí indícios de um jusnaturalista positivista. Ao serem princípios de evidência perfeita, os princípios do Direito Natural são semelhantes a um axioma matemático. Essa postura confirma que a matematização do Direito já estava presente em pensadores como Grotius e Pufendorf. Portanto, ao trazer a essência de seus pensamentos ao texto, a intenção é apontar que ambos os autores contribuíram para mostrar que a fonte do Direito Natural é a razão humana e que, para alcançar sua compreensão, é necessário conjugar experiência e razão. Poder-se-ia referir que, neste contexto, Grótius e Pufendorf inauguram uma nova fase na filosofia, pois nos séculos anteriores ela fora basicamente ontológica-teológica. A preocupação de Pufendorf está centrada em compreender o ser enquanto ser no mundo e enquanto partícipe da vontade divina. Com Grótius e Pufendorf a contribuição estende-se a explicar o Direito a partir da razão humana, ou seja, que é possível vislumbrar uma relação entre o Direito e os axiomas da matemática.

³⁸ GOYARD-FABRE, Simone. Lei Natural... *Op. cit.*, p. 44.

³⁹ *Idem*, p. 45.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Locke e...** *Op. cit.*, p. 53.

1.1.2 Racionalismo e a grande ruptura científica

Os séculos XVI e XVII correspondem a um período de ruptura na história do homem. É a ruptura com o saber aristotélico e medieval. Essa ruptura científica, iniciada no século XVI com Copérnico (teoria heliocêntrica do movimento dos planetas), com Galileu Galilei (fundador da Física moderna – o pensamento passa a ser ordenado pela razão matemática) e com Newton (síntese da ordem cósmica), transformou radicalmente o mundo. Iniciou uma nova ordem científica, baseada num modelo de racionalidade que possibilitava apenas uma forma de conhecimento verdadeiro, o conhecimento fundamentado em verdades científicas.

No século XVII, a nova ordem científica é ampliada e aprofundada, caracterizando-se fundamentalmente pela excessiva confiança no poder da razão, invadindo tanto os domínios da teoria como os da ação prática. O que impulsionou a ruptura radical foi a necessidade de “elaborar as noções de método, de verdade e, a partir delas, as noções de ser e de ação”.⁴¹ Representantes dessa nova ordem científica, como Descartes, Spinoza e Leibniz, constroem um método que objetiva produzir e tornar manifesta a unidade da ciência.

Para Descartes (1596-1650), não pode haver uma ciência incerta e um saber fora da ciência. Isto o caracteriza como contemporâneo de uma revolução científica. Com ele há uma mudança radical no quadro das teorias científicas: a razão passa a ser o tema central de sua filosofia e guia único na procura de verdade das coisas. O homem passa a investigar as possibilidades do pensamento. Apóia-se na certeza proveniente da matemática e estende a todas as outras ciências e a todo tipo de assuntos “aquilo que constitui a certeza das matemáticas: a pureza e a simplicidade de seus objetos”.⁴² Sua principal obra, *Discurso do Método*, revolucionou a filosofia, inaugurando uma nova fase metódica em que as questões são: “o que é conhecer com certeza, qual é o critério pelo qual se reconhece essa certeza, a que objetos o conhecimento humano pode aplicar-

⁴¹ SPINOSA, Benedictus De. **Pensamento metafísico**: Tratado da Correção do Intelecto; Ética; Tratado Político; Correspondência? Baruch de Espinosa. Traduzido por Marilena de Souza Chauí. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993. (Os Pensadores)

⁴² GUENANCIA, Pierre. **Descartes**. Traduzido por Lucy Magalhães Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 13.

se e sobre que fundamento repousa”.⁴³ Nesse brevíssimo texto ele elabora todo o seu projeto⁴⁴, que é o de elevar a ciência a um caráter universal, para que possa elevar o espírito ao mais alto grau de perfeição.

A origem do conhecimento em Descartes está nas idéias inatas da razão. Ele repudia qualquer forma de conhecimento transmitida pelos sentidos afirmando que os sentidos enganam o homem, e o que tem valor são as evidências. Com seu método, Descartes demonstra que, para se chegar ao conhecimento, é preciso admitir a possibilidade da existência de leis físicas fundamentais que proporcionem a explicação de tudo e, ao mesmo tempo, essas leis também deveriam ser tão abstratas, resultando não da experiência, mas de uma reflexão *a priori*. Para Descartes, é a metafísica que possibilita o registro das idéias claras e distintas, aspiradas pelo ser humano. Apóia-se na natureza de Deus para explicar a natureza do universo inteiro.

A matemática passa a ocupar um lugar central na ciência moderna: ao buscar a certeza, Descartes encontra, nas verdades da matemática, abrigo seguro para “acostumar seu espírito a alimentar-se de verdades e não se contentar com falsas razões”.⁴⁵ Constrói, portanto, sua tese da utilidade do saber adquirido⁴⁶ explicado pela matemática. O que Descartes mais apreciava em seu método era que, por meio dele, tinha a certeza de em tudo usar a razão.⁴⁷ Por conseguinte, esperava da sabedoria humana não apenas as

⁴³ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 7.

⁴⁴ Seu método consiste em quatro grandes preceitos: “O primeiro era de nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresenta tão clara e distintamente ao meu espírito que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida. O segundo, dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário para melhor resolvê-las. O terceiro, conduzir por ordem os pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como degraus, até o conhecimento dos mais compostos; e supondo certa ordem mesmo entre aqueles que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, fazer em tudo enumerações tão completas e revisões tão gerais que eu tivesse certeza de nada omitir”. (Idem, p. 23).

⁴⁵ DESCARTES, René. **Discurso...** *Op. cit.*, p. 24.

⁴⁶ Descartes enfaticamente coloca que é possível chegar a conhecimentos úteis à vida e que, ao invés dessa filosofia especulativa ensinada nas escolas, se pode encontrar uma filosofia prática.

⁴⁷ Descartes explica a simplicidade de seu método e o papel central da razão na busca da verdade clara e distinta. É a razão que dita que todas as idéias ou noções devem ter algum fundamento de verdade. E essa verdade ele busca na matemática: “Essas longas cadeias de razões, tão simples e fáceis, de que os geômetras costumavam servir-se para chegar às suas mais difíceis demonstrações, levaram-me a imaginar que todas as coisas que podem cair sob o conhecimento dos homens se encadeiam da mesma maneira, e que a única condição de nos abstermos de aceitar por verdadeira alguma que não seja, e de observarmos

verdades teóricas, mas também uma verdade pragmática. Em outras palavras, “uma doutrina que permita ao entendimento esclarecer a vontade na totalidade dos casos, mesmo os mais duvidosos”.⁴⁸

Pode-se então afirmar com Philonenko que Descartes divide a busca pela verdade em três partes: “primeiro encontraríamos a verdade especulativa, depois a verdade prática e, por fim, a verdade pragmática, recebendo cada verdade seu papel, consoante seu lugar e sua dignidade no *corpus* cartesiano”.⁴⁹ Este modo de pensar, para o qual a forma suficiente do conhecimento é a científica, que se propõe a explicar tudo a partir de padrões de racionalidade, como uma operação dedutiva, na busca de verdades, foi absorvida pelo Direito.

Descartes influenciou a positivação do Direito pela crença de que um exato conhecimento da física e da matemática pode fornecer fundamentos seguros para o Direito. Ele reduz a realidade física a decisões puramente geométricas. Conseqüentemente, Descartes não mostrou uma disposição pelo *ser*, mas uma ordenação do *conhecer*, significando que sua preocupação não era com a entidade interior das coisas, mas com a posição lógica dos conceitos.⁵⁰ Fazendo uma analogia com o Direito, a opção de Descartes pode ser percebida quando o positivismo jurídico assume que deve haver uma lógica, uma clareza e uma certeza na construção do sistema jurídico, principalmente quando o positivismo situa o juiz dentro do método da lógica formal tradicional, e como ele se move no contexto de se limitar a apenas revelar a vontade concreta da lei posta. Destaca-se o primeiro e o último preceito de Descartes, nos quais demonstra que, para ter certeza de uma idéia, não se pode “incluir no nosso juízo nada além daquilo que se apresenta tão clara e distintamente ao meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida” e “fazer em tudo enumerações tão completas, e revisões tão gerais, que eu tivesse certeza de nada omitir”.⁵¹

sempre a ordem necessária para deduzi-las umas das outras, não pode haver nenhuma tão afastada que não acabemos por chegar a ela e nem tão escondida que não a descubramos”. Ibidem, p. 23 e s.

⁴⁸ PHILONENKO, Aléxis. **Reler Descartes**. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.], p. 26.

⁴⁹ Idem, Ibidem.

⁵⁰ CASSIRER, Ernst. **El problema del conocimiento en la Filosofía y en la Ciencia Modernas II**. México/DF: IEPSA, 1993, p. 28.

⁵¹ DESCARTES, René. **Discurso do...** *Op. cit.*, p. 23.

Em Hobbes,⁵² o *direito da natureza* é a liberdade que cada ser humano possui para usar seu próprio poder da maneira que quiser tendo presente a preservação de sua vida e, conseqüentemente, realizar tudo o que seu próprio julgamento e razão lhe indicarem como conduta adequada para alcançar a paz.⁵³ A razão em Hobbes é a faculdade de raciocinar, entendido o raciocínio como cálculo, mediante o qual, dadas certas premissas, se extraem necessariamente certas conclusões”.⁵⁴ Em conseqüência, dizer que o homem é dotado de razão é o mesmo que dizer que ele é capaz de cálculos racionais. Bobbio explicita os ditames da reta razão de Hobbes, salientando que ela faz parte da natureza humana. Com isso quer dizer que “o homem é capaz não só de conhecer *per causas*, mas também de agir *per fines*, ou seja, de seguir regras que lhe indicam os meios mais adequados para atingir os fins almejados (como o são, precisamente as regras técnicas)”.⁵⁵

Hobbes faz uma distinção entre *jus* e *lex*, o *direito* e a *lei*, enfatizando que muitos autores costumam confundir estes dois conceitos. Para Hobbes, o Direito é a *liberdade* de fazer ou de poder se omitir de fazer algo, enquanto a lei determina ou *obriga* ao homem uma destas atitudes. O autor salienta que, como a *lei* e o *direito* se distinguem, também a *obrigação* e a *liberdade* são conceitos diferentes, e incompatíveis quando se referem à mesma matéria.⁵⁶

⁵² As principais obras de Thomas Hobbes (1588-1679) são: *Elementos da Lei Natural e Política* (1640), *Sobre o Cidadão* (1642) e *Leviatã* (1651). Foi um dos primeiros filósofos a apresentar o Estado como uma pessoa jurídica ou uma pessoa moral. Hobbes dedicou grande parte de seus escritos para falar sobre o Direito Natural. No entanto, Bobbio salienta que ele também é considerado um precursor do positivismo jurídico. Como explicar este paradoxo? Bobbio o explica, dizendo: “Hobbes adota a doutrina do Direito Natural não para limitar o poder civil – como fará, por exemplo, Locke –, mas para reforçá-lo. Usa meios jusnaturalistas – se nos permitirmos tal expressão para alcançar objetivos positivistas. A mesma idéia pode ser expressa de outra forma, dizendo que Hobbes é um jusnaturalista ao partir, e um positivista ao chegar”. BOBBIO, Norberto. **Locke e...** *Op. cit.*, p. 41.

⁵³ A primeira regra geral da razão para Hobbes é *procurar a paz* e segui-la; e a segunda engloba a essência do direito de natureza, ou seja, o homem deve, por todos os meios que puder, defender-se. Desta lei fundamental da natureza, mediante a qual “se ordena a todos os homens que procurem a paz, deriva esta segunda lei: *Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros permite em relação a si mesmo*. Porque enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira, todos os homens se encontrarão numa condição de guerra”. HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 78 e ss.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Traduzido por Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 38.

⁵⁵ Idem, *Ibidem*.

⁵⁶ CAMPBELL, Tom. El sentido del Positivismo jurídico. In: **DOXA**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 25, p. 308, 2002.

A teoria de Hobbes do soberano absoluto é sua maior contribuição para a construção da teoria positivista. Sua tese concentra-se “primeiramente na transferência do título de primazia e concebe a constituição da entidade soberana supranacional como um acordo contratual fundamentado na convergência de sujeitos estatais preexistentes”.⁵⁷ Hobbes vai além do direito fundamentado na vida e na obediência a Deus; ele insere em primeiro plano a formação do consenso que vai resultar num pacto social onde o homem submete sua vontade à vontade do soberano ou a uma assembléia determinada.

Para Hobbes, a única forma de instituir tal poder comum, capaz de defender da invasão de estrangeiros e das injúrias uns de outros, é garantir-lhes uma segurança por pluralidade de votos a uma só vontade. Salienta que numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de tal maneira que cada homem proferisse a cada homem o seguinte: “Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando-o de maneira semelhante todas as suas ações”.⁵⁸ Uma vez cedendo o direito, a multidão unida numa só pessoa se chama Estado.

Pelo pacto o homem institui o Estado, e é da instituição Estado que derivam todos os direitos e faculdades, e nenhum dos súditos pode liberar-se da sujeição ao pacto, sob qualquer pretexto de infração. A escolha do soberano é pelo voto da maioria. Esse soberano não poderá sofrer qualquer punição de seus súditos, visto que cada indivíduo, ao transferir seu direito ao soberano, é responsável pelos atos do soberano, e não poderia, por conseguinte, castigá-lo pelos atos cometidos por si mesmo.

Em suma, para Hobbes só o soberano tem o poder de distinguir o que é justo e o que é injusto, entre o certo e o errado para a preservação da paz e da justiça, a partir do pacto que os cidadãos realizaram entre si. Sua concepção é absolutista, embora admita que, para instituir o Estado, é necessário um pacto.⁵⁹ Não basta que a lei seja escrita e publicada; para ter força perante os homens, é necessário que haja sinais

⁵⁷ HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Império**. Traduzido por Berilo Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 25.

⁵⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã – II*. In: **Leviatã ou...** *Op. cit.*, p. 105.

⁵⁹ *Idem*, p. 107 e ss.

manifestos de que ela deriva da vontade do soberano. Determina ainda que todas as leis, escritas ou não, têm necessidade de uma interpretação. No caso de uma lei natural, a interpretação é a sentença do juiz constituído pela autoridade soberana para a aplicação ao caso concreto.

Para Spinoza, a *verdade* não necessita de nenhum sinal extrínseco para ser conhecida, pois, para que se tenha certeza, basta ter apenas a essência objetiva das coisas ou das idéias. A idéia é verdadeira quando se pode ver nela clareza, supressão de toda a dúvida, distinção e certeza. Mantém, assim, a ordem cartesiana ao enunciar que “tudo o que percebemos clara e distintamente é verdadeiro”. A verdade é imanente ao próprio conhecimento,⁶⁰ não consiste na adequação da idéia à coisa e não exige qualquer garantia externa, mas, pelo contrário, “é porque a idéia revela a produção da coisa a que ela mesma dá a garantia à adequação”. Refuta o conhecimento por-ouvir-dizer e o conhecimento por-experiência-vaga. Nasce, assim, sua concepção de método genético, que é o conhecimento pela causa e não a partir dos efeitos: “Conhecer pela causa significa descobrir o modo pelo qual algo é produzido”.⁶¹

O percurso seguido por Spinoza mostra que o método é o conhecimento reflexivo ou a idéia da idéia, e que o método deve mostrar como a mente deve se dirigir segundo a norma de uma existente idéia verdadeira e investigar a partir de leis certas. Ao demonstrar seu método, Spinoza reafirma o que os antigos já disseram: a verdadeira ciência procede da causa para os efeitos, e a essência do conhecimento deve ser procurada nas propriedades positivas que ele enumerou ao descrever seu método de conhecer a verdade.⁶²

⁶⁰ Valorosas contribuições acerca da singularidade do pensamento de Espinosa podem ser observadas na imponente obra de CHAUI, Marilena. **A nervura do real: imanência e liberdade em Espinosa**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. A autora abre a via de acesso ao pensamento de Espinosa, indo além de uma simples compreensão da obra em seu tempo histórico.

⁶¹ Para exemplificar esse método, Chauí mostra a diferença entre descrever e definir alguma coisa, trazendo a idéia de um círculo, que é “uma figura na qual todos os pontos eqüidistam do centro”, isto é, descrever o círculo, em vez de defini-lo. “Um círculo é definido quando se diz que ele é o produto de retação de um segmento em torno de um eixo ou de um ponto extremo central. Fazer isso é conhecer o círculo geneticamente, isto é, através da causa que o produz”. CHAUI, Marilena. **Espinosa – Vida e Obra**. In: SPINOZA, Benedictus De. **Pensamentos Metafísicos, Tratado da Correção do Intelecto, Tratado Político, Correspondência**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. XIII e ss. (Os Pensadores)

⁶² SPINOZA, Benedictus De. **Pensamentos...** *Op. cit.*, p. 50 e ss.

Cassirer irá dizer que, apesar da afinidade entre Descartes e Spinoza no campo da metafísica, há uma diferença profunda de pensamento entre ambos em relação à teoria do conhecimento, conforme descreve:

Para Descartes, é condição primeira e essencial a fundamentação do conhecimento. O pensamento, segundo ele, só pode transcender ao ser absoluto depois de ter alcançado e afirmado contra toda dúvida um critério fixo de verdade. [...] Para Spinoza, pelo contrário, o ponto fixo que Descartes se propõe obter em laboriosas análises aparece já como algo inalteravelmente dado desde o primeiro momento. Todo conhecimento puramente indutivo ou dedutível careceria em si mesmo de base se não repousasse sobre o fundamento de uma intuição imediata a qual se revela perante nós na realidade do ser infinito.⁶³

Para explicar seu método, Spinoza convida a entender a natureza, e com ela a natureza humana. Em uma de suas proposições, diz que Deus age em virtude das sólidas leis da natureza e não é forçado por nada; somente pela perfeição de sua natureza é que Deus pode agir. Só Deus é causa livre, e sua potência é sua essência mesma. Deus não é só causa eficiente da existência das coisas, mas também de sua essência. Na natureza não há nada contingente, mas, em virtude da necessidade da natureza divina, tudo está determinado a existir e a agir de certa maneira. Tudo o que é compreendido no ser é a essência una e absoluta de Deus. O que para “Descartes é a consciência de si mesmo é para Spinoza a consciência de Deus”.⁶⁴

Spinoza destaca ainda o papel da natureza na razão humana, mostrando que as leis e as regras naturais são sempre as mesmas em todas as partes. A virtude é a potência humana: é ela que define a essência do homem, isto é, define o esforço que o homem realiza para preservar a integridade de seu ser. A ordem do *ser*, “que é uno e o mesmo para todos os tempos, fundamenta e condiciona também a ordem do *conhecer*”.⁶⁵

O filósofo parte das regras da natureza de cada indivíduo para demonstrar o que entende por Direito Natural. O homem não está obrigado a viver segundo o critério do outro, mas cada ser humano é o garantidor de sua própria liberdade. Apenas se faz cessão deste direito quando se transfere ao outro o poder de defender-se. Interpreta o

⁶³ CASSIRER, Ernst. **El problema...** *Op. cit.*, p. 9.

⁶⁴ *Idem*, p. 10.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 11.

Direito Natural como sendo análogo às mesmas leis e regras da natureza, segundo as quais o ser humano faz todas as coisas, ou seja, tem o mesmo poder da natureza. Deste modo, o Direito Natural de cada indivíduo, em particular, se estende até onde chega seu poder.

A pessoa, na visão de Spinoza, possui tanto direito sobre a natureza como goza de poder. Enfatiza, ainda, que o poder da natureza é o mesmo poder de Deus, que tem o máximo direito a tudo. Por outro lado, o poder universal de toda natureza não é nada mais que o poder de todos os indivíduos em conjunto. Dessa afirmativa resulta que cada indivíduo tem o mesmo direito a tudo que está a seu alcance ou, dito de outro modo, o direito de cada indivíduo se estende até onde alcança seu poder determinado. No entanto, o Direito Natural de cada homem não se determina apenas pela razão, mas, sim, pelo desejo e pelo poder.⁶⁶

É possível perceber em Spinoza um arquiteto que construiu um sistema de pensamento baseado em uma forma e geometria⁶⁷ filosóficas, onde teoremas, axiomas, proposições, definições, idéias e demonstrações são desenvolvidos com tal desenvoltura que ele vai delineando um caminho para o qual o ser humano deve se dirigir na busca do verdadeiro conhecimento das coisas. Para Spinoza, esse conhecimento procede da causa para o efeito, e não vice-versa, ou, ainda, “das premissas nada mais compreendemos do que aquilo que está na conclusão”.⁶⁸ Desenvolve uma teoria diferente para a matemática, mais ampla que a de Descartes e Galileo, amparada no ideal rigoroso da dedução pura, ou seja, “todo verdadeiro conhecimento é o conhecimento ‘partindo da causa’; é, portanto, um conhecimento puramente apriorístico”.⁶⁹ E, toda a idéia que em nós é absoluta, isto é, adequada e perfeita, é verdadeira. Portanto, com essa afirmativa

⁶⁶ SPINOZA, Benedictus De. **Pensamento...** *Op. cit.*, p. 308 e ss.

⁶⁷ Demonstra as leis éticas a partir da ordem geométrica, mostrando que quanto mais o homem se esforça em buscar sua utilidade, que para Spinoza é conservar o ser, e quanto mais ele consegue este intento, tanto mais dotado de virtude ele está. Mas, ao contrário, quanto mais o homem se descuidar da conservação de sua utilidade – isto é, de seu ser –, nessa medida é impotente. Cf. HEIMSOETH, Heins. **La metafísica moderna.** Traduzido por José Gaos. Madrid: Revista do Occidente, 1966, p. 83. Para Spinoza, não existe nenhuma “coisa singular na natureza que seja mais útil ao homem do que o homem que vive sob a direção da razão”. Levanta a idéia de utilidade da ação humana, salientando que quando cada homem procura o que lhe é útil, e ele pode se tornar útil também aos outros homens. SPINOZA, Benedictus De. Ética, VI, Proposição XXXV. In: **Pensamento...** *Op. cit.*, p. 224.

⁶⁸ COELHO, António Borges. Notas do Tradutor. In: SPINOZA, Benedictus De. **Tratado sobre a Reforma do Entendimento.** Lisboa: Livros Horizonte, [s.d.], p. 107.

⁶⁹ CASSIRER, Ernst. **El problema...** *Op. cit.*, p. 32.

Spinoza insere o tema certeza que advém imediata e instantaneamente da noção de verdade. Sua orientação engessa o Direito à medida que supervaloriza a verdade que é dada pela matemática, que é verdadeira ou falsa independente da realidade. Trabalha com a razão teórica, afastando os conceitos da realidade da vida.

Com Leibniz não há uma ruptura; sua metafísica “distingue-se da de Descartes e de Spinoza ao postular, em vez do dualismo cartesiano e do monismo spinozista, um universo pluralista”.⁷⁰ Uma de suas grandes máximas é que a *natureza nunca faz saltos*. É por isso que o autor introduz a idéia da *Lei da Continuidade*. Salienta que o uso dessa lei é muito considerado na física: “Ela significa que se passa sempre do pequeno ao grande, e vice-versa, através do médio, tanto nos graus como nas partes, e que jamais um movimento nasce imediatamente do repouso nem se reduz, a não ser por um movimento menor”.⁷¹

Leibniz também observou que não existem lousas vazias de almas, que não há alma destituída de pensamento, uma substância sem ação ou o vazio do espaço. Salienta que “compete à suprema Razão, à qual nada escapa, compreender distintamente todo o infinito e enxergar todas as razões e todas as conseqüências”.⁷² Deste modo, Leibniz mostra que, ao elaborar sua teoria, partiu dos postulados de filósofos que o antecederam.

A condição de verdade⁷³ em Leibniz está no princípio da razão suficiente, que parte da observação da experiência sensível; em síntese, representa que tudo tem sua razão de ser, e o que existe é suficiente por si só, pois tem tudo o que precisa ter para existir. A razão não é uma tábula rasa, pois o homem já é possuidor de aptidão para atingir idéias fundamentais, “que servem de fundamento lógico a todos os elementos com que nos enriquecem a percepção e a representação”.⁷⁴ É pelo princípio da razão

⁷⁰ CASSIRER, Ernst. **El problema...** *Op. cit.*, p. 9.

⁷¹ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos Ensaio sobre o entendimento humano**. Traduzido por Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 14.

⁷² Idem, p. 15.

⁷³ Chauí reconhece três tipos de verdades na argumentação leibniziana, diferentes em estilo de prova, certeza e domínio, como se pode observar: “As verdades necessárias, provadas pela lógica vulgar e pela matemática, cuja certeza é absoluta e cujo domínio é a razão; as verdades contingentes, provadas pela lógica de probabilidade e o princípio da razão suficiente, cuja certeza é moral e cujo domínio é a experiência; e as verdades reveladas, que não carecem de demonstração ou prova, cuja certeza é infalível e cujo domínio é a fé”. CHAUI, Marilena. **A nervura...** *Op. cit.*, p. 191.

⁷⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95.

suficiente que o ser humano, em Leibniz, pode atingir o conhecimento, pois as verdades da razão são necessárias, enquanto as verdades de fato são apenas contingenciais. Portanto, a razão é a causa da verdade, que o autor denomina *razão a priori*.

Leibniz delega somente para a razão o estabelecimento de regras seguras, indicando que só ela é capaz ainda de suprir o que falta para tornar regras não-seguras em seguras, pois nada há no homem de inato que não seja a razão. Para o autor, a razão pode significar, por vezes, a idéia de princípios claros e verdadeiros, por outro lado conclusões deduzidas desses princípios e, ainda, pode significar a causa,⁷⁵ particularmente a causa final. Leibniz outorga à razão a possibilidade de expressar-se em quatro graus: “1) descobrir provas; 2) colocá-las numa ordem que revele sua conexão; 3) perceber a conexão em cada parte da dedução; 4) tirar daí a conclusão”.⁷⁶ O autor conclui que esses quatro graus por ele delineados podem ser observados nas demonstrações da matemática.

É por esse caminho que o filósofo faz considerações sobre quatro espécies de argumentos dos quais as pessoas humanas geralmente se utilizam para convencer os outros de suas posições, como:

O primeiro argumento pode chamar-se *argumentum ad verecundiam*; isto acontece quando citamos a opinião daqueles que adquirem autoridade pelo seu saber, posição, poder ou outro fator. [...] 2) *argumentum ad ignorantiam*, o qual consiste em exigir a prova que damos, ou que se forneça uma melhor. § 21. 3) *argumentum ad hominem*, quando se pressiona alguém por aquilo que ele mesmo disse. § 22. Finalmente, temos 4) *argumentum ad iudicium*, que consiste em empregar provas tiradas de alguma das fontes do conhecimento ou da probabilidade. É o único dos quatro que nos faz progredir e nos instruir.⁷⁷

⁷⁵ Para o autor, a razão é a verdade conhecida. De maneira particular e “por excelência denomina-se razão, se é a causa não apenas do nosso julgamento, mas também da própria verdade, o que se denomina também *razão a priori*, sendo que a *causa* nas coisas corresponde à *razão* nas verdades. Eis por que a própria causa é muitas vezes denominada razão, particularmente a causa final”. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. As noções inatas. In: _____. **Novos Ensaios...** *Op. cit.*, p. 388.

⁷⁶ Idem, *Ibidem*.

⁷⁷ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. As noções inatas. In: _____. **Novos Ensaios...** *Op. cit.*, p. 401.

Ao introduzir as quatro espécies de argumentos, o autor salienta que, entre os juristas, muitas vezes são utilizados argumentos similares para justificar a condenação de um criminoso. Aí, o argumento mais utilizado é o *ad ignorantiam*, que é bom para casos onde se exige presunção, onde é razoável manter uma opinião até que se demonstre o contrário. Outro argumento muito utilizado no Direito é o *ad vertiginem*, quando se trata de provas, ou seja, quando a prova não é concludente, não temos muitas possibilidades para chegar à certeza quanto ao ponto em questão.

O filósofo distingue três graus no Direito Natural: o Direito estrito ou justiça comutativa (não fazer mal a ninguém e não obedece a uma motivação utilitarista; o Estado não interfere, e fora dele não se pode ter direito de guerra); a justiça distributiva ou o Direito como equidade ou caridade (atribuir a cada um aquilo que lhe cabe, a partir de um bem comum redistributível); e a justiça universal ou da piedade ou probidade (é o grau de justiça mais elevado e que não permite o divórcio entre o útil e o honesto, porque diz respeito à ação do homem para o bem comum, aliando sabedoria, vontade, justiça e bondade). Ele retoma a noção de uma razão fundada na natureza, introduzindo o princípio da razão suficiente, fundamentado nos dois princípios da moral: a utilidade e o prazer. Para Leibniz, o Direito Natural é uma necessidade moral, fundada na autoridade divina, que “traduz a *razão eterna*, inata em todo ser humano, como expressão da inteligência de Deus”⁷⁸ e consubstanciada na indissolubilidade da vontade, sabedoria, bondade e justiça.

Leibniz compara a doutrina do Direito às ciências que não dependem de experimentos, mas de definições, não de demonstrações de sentidos, mas da razão. São próprias do Direito e não do fato. Compara a justiça aos cálculos numéricos, dizendo que, assim como algo é justo, mesmo que não haja quem exerça a justiça nem sobre quem ela recaia, de maneira semelhante os cálculos numéricos são verdadeiros, mesmo que não haja quem queira calcular. Os princípios dessas ciências já existem *a priori*, isto é, são verdades eternas e não necessitam que algo exista, mas que o homem se guia por algo a partir de sua suposta existência. Com essa explicação, o autor reforça a tese de que a Teoria do Direito é uma ciência, e a causa da ciência é a demonstração. Ele

⁷⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito*: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 135.

introduz a lógica para criar teoremas claros e distintos, construindo um Direito Natural descritivo, conduzido pela razão suficiente. Sem dúvida, essas idéias provocaram reflexos graves em relação ao Direito ao equiparar a interpretação do Direito a uma operação matemática.

Silva, ao analisar um dos mais célebres ensaios de Leibniz, observa que, para o autor, assim como na matemática, “também as verdades da metafísica, da moral e da *ciência natural do direito* podem ser objeto de demonstração, com o mesmo rigor com o que se demonstra um postulado matemático”.⁷⁹ Assim sendo, o princípio de sua eficiência é estabelecer entre elas uma perfeita harmonia, pois, pelas lições de Leibniz, “não existe outro meio senão submeter todos os fenômenos da natureza, sem exceção, a explicações rigorosamente matemáticas e mecânicas”.⁸⁰ Cassirer chama a atenção de que o mecanismo proposto por Leibniz é a “bússola intelectual que nos aponta o único caminho seguro através do domínio dos fenômenos, que submete os fenômenos ao princípio da razão (*Satz vom Grunde*) e permite concebê-los de modo racional e explicá-los inteiramente”.⁸¹

O Direito Natural em Leibniz foi “elevado filosoficamente à idéia de sistema – igualmente em sistema de uma normatividade abstratamente deduzida de axiomas teológicos e ético-rationais”.⁸² Seu empenho foi em fazer do Direito uma ciência, sujeita aos mesmos princípios metodológicos utilizados pela matemática⁸³. Eis o princípio que Leibniz vai transferir ao Direito: “Só as ciências matemáticas são capazes de oferecer uma certeza demonstrativa”.⁸⁴ Soma-se, ainda, sua preocupação com ideais de segurança e previsibilidade, apoiados em fatos observáveis e nos princípios da matemática, delimitando definitivamente o domínio da razão suficiente. Esse ideal de Leibniz, somado às contribuições de Descartes e Spinoza, vai marcar profundamente o Direito no decorrer dos séculos, tornando-se não só um dos traços distintivos, mas o embrião do paradigma do positivismo jurídico.

⁷⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 124.

⁸⁰ CASSIRER, Ernst. **El problema...** *Op. cit.*, p. 120.

⁸¹ Idem, *ibidem*.

⁸² CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise actual...** *Op. cit.*, p. 25.

⁸³ Leibniz foi um dos mais notáveis matemáticos, “a quem se deve o cálculo infinitesimal, notabilizando-se, outrossim, como jurista, diplomata e filósofo, p sem dúvida alguma, um dos momentos culminantes da espécie humana”. REALE, Miguel. **Filosofia...** *Op. cit.*, p. 47.

⁸⁴ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos Ensaios...** *Op. cit.*, p. 296.

Dentre as ciências sociais, o Direito é a ciência que mais absorveu as teorias racionalistas dos séculos XVI e XVII. Ao intentar assegurar a ordem erigida pela sociedade ao longo da história, o Direito moderno passou a se constituir em “um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientificização da sociedade”,⁸⁵ aproximando a ciência jurídica da matemática, através do exercício da razão e da observação, priorizando valores como a previsibilidade, a certeza e a seguridade jurídica em detrimento da justiça efetiva. Inicia-se, assim, a era das codificações, e o sistema passa a ser dominado pela legislação. A lei passa a ser a fonte principal, quase exclusiva do Direito, concebida num sistema rígido, lógico, formal e técnico-racional, concepção esta que ainda perdura nos dias atuais.

Essas considerações levam a concluir que Descartes, Hobbes, Spinoza e Leibniz, cada um com sua peculiaridade já apresentada, contribuíram para o surgimento do positivismo legalista, no momento em que a justiça se cristaliza no texto da lei escrita. A excessiva confiança no poder da razão foi transportada para o Direito quando da criação dos primeiros códigos. O dogma do racionalismo – o valor da certeza no Direito, sua universalidade e sua verdade – está na tecnicidade, no formalismo e na exegese normativista assumida pelo positivismo.

O grande ideal da modernidade foi o projeto iluminista,⁸⁶ que iniciou no século XVI e XVII, com o Renascimento e com Descartes, por exemplo, consolidando-se como pensamento do século XVIII. O ideal iluminista representava o pensamento de

⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000, p. 119.

⁸⁶ O ambicioso projeto iluminista consistia em libertar a mente humana de tudo o que está ligado à incerteza, a preconceitos, a superstição, a ilusão, ou seja, da irrazão. O pensamento humano passa a ser iluminado pela mais pura luz da razão. O pensamento iluminista desenvolveu uma metodologia científica “baseada nas verdades eternas da natureza humana, purgada dos preconceitos históricos e culturais, e seguir o método nomenclológico-dedutivo das ciências naturais com vista a formular leis científicas sobre os seres humanos”. Desde o início o Direito esteve necessariamente ligado ao que se definiu “como o fito principal das ciências sociais: a busca da verdade científica”. A definição iluminista das ciências sociais tinha como objetivo “formular a distinção entre conhecimento puro e impuro (ou objetivo e subjetivo). Em segundo lugar, estabelece que esta tradição da sociologia do conhecimento, apesar de sua falta de estatuto nos círculos positivistas, incorpora a essência do que se tornou a moderna ciência social positivista, porquanto a ciência social positivista depende logicamente da distinção entre conhecimento socialmente determinado e conhecimento objetivo. Ademais, mostra que nem os sociólogos positivistas do conhecimento nem os humanistas puseram em causa o tema central do pensamento iluminista: a identificação exclusiva da verdade com o ‘método científico’ definido como a exclusão das distorções históricas e culturais”. HECKMAN, Susan J. **Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento**. Traduzido por Luís Manuel Bernardo. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 19 e ss.

que a Humanidade poderia sair do obscurantismo e da ignorância para uma nova era, iluminada pelas luzes da razão. A razão é supervalorizada; por meio dela a humanidade estabelece as bases do conhecimento, consubstanciada na crença do poder da razão e na liberdade de pensamento. A filosofia do Iluminismo “apóia-se nas *Regulae philosophandi* de Newton para resolver o problema central do método da filosofia”.⁸⁷ Nisto se diferencia do método proposto por Descartes, Hobbes, Spinoza e Leibniz, calcado na razão e em verdades eternas e amparado no método de dedução pura. Para o Iluminismo, o pensamento se dirige inversamente, e a razão passa a ter um sentido diferente e mais modesto: ela “não é o erário, a tesouraria do espírito, onde a verdade é depositada como moeda sonante, mas o poder original e primitivo que nos leva a descobrir, a estabelecer e a consolidar a verdade”.⁸⁸ Não ocorre uma verdadeira ruptura com a corrente filosófica anterior; percebe-se, sim, um deslocamento da idéia-força da “razão”,⁸⁹ que passa a ser considerada mais como uma energia, uma ação, e se concretiza no fazer.

O Século das Luzes, da “*Aufklärung*”, é pródigo em propiciar um ambiente favorável⁹⁰ para o surgimento de pensadores e escritores como: Montesquieu (*O Espírito das Leis*); Rousseau (*Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*; *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*; *Discurso sobre as Ciências e as Artes*); David Hume (*O Tratado da Natureza Humana*; *Investigações sobre o Entendimento Humano*; *Discursos Políticos*); Adam Smith (*Investigação sobre a Natureza e as causas da Riqueza das Nações*; *Preleções sobre Jurisprudência*; *Ensaio sobre Temas Filosóficos*; *A Teoria dos Sentimentos Morais*); Ferguson (*Ensaio sobre a História da Sociedade Civil*; *Princípios das Ciências Moral e Política*; *Institutos da Filosofia Moral*); Christian Wolff (1679-1754); Immanuel Kant

⁸⁷ CASSIRER, Ernst. **A Filosofia do Iluminismo**. Traduzido por Álvaro Cabral. Campinas, São Paulo: Unicamp, 1992, p. 24.

⁸⁸ Idem, p. 32.

⁸⁹ Embora mantendo a idéia da ‘razão’ na busca da verdade, o iluminismo avança, incorporando outros elementos. São apropriadas as palavras de Cassirer para entender o deslocamento da idéia-força da razão: “Não se busque, portanto, a ordem, a legalidade, a ‘razão como uma regra anterior’ aos fenômenos, concebível e exprimível *a priori*: que se demonstre a razão nos próprios fenômenos como a forma de sua ligação interna e de seu encadeamento imanente. Que não se pretende antecipar a razão sob a forma de um sistema fechado: há que deixá-la desenvolver-se a longo prazo, pelo conhecimento crescente dos fatos, impor-se pelos progressos em sua clareza e em sua perfeição”. CASSIRER, Ernst. **A Filosofia...** *Op. cit.*, p. 316.

⁹⁰ A Europa neste período é muito influenciada pela França, principalmente com o desenvolvimento da cultura francesa, das artes, da filosofia e das letras.

(1724-1804);⁹¹ Jeremy Bentham (1748-1832), Giovanni Battista Vico (*Os princípios de uma Ciência Nova*), que prepararam o caminho para uma sociedade integralmente fundada na razão. A base sob a qual repousam suas teorias é absolutamente racional ou, dito de outra forma, “uma sociedade livre da dominação de tradições arbitrárias ou da crença e só obedecendo, em todas as coisas, as leis naturais e impessoais. A sociedade racional apresenta-se e, com efeito, é pensada como uma sociedade da lei”.⁹²

O iluminismo foi fortemente influenciado pelo jusnaturalismo do século XVII, que propunha que a sociedade humana deveria ser constituída sobre bases naturais e racionais. Para essa nova corrente – jusnaturalismo moderno-iluminista – não existem diferenças e desigualdades entre os homens naturais, acreditando-se que está no homem o poder de edificar sua felicidade. A vocação histórica do jusnaturalismo moderno-iluminista pode ser definida como a preparação das primeiras codificações, dentre as quais o Código Prussiano (1794) e o pós-revolucionário *Code Civil* francês de 1804, considerados como o advento do Direito Positivo codificado.

Castanheira Neves define historicamente esse momento como a “consagração dos sistemas racionalmente construídos pelo jusnaturalismo-moderno-iluminista em positivo-codificados sistemas legislativos”, e segue, refletindo que “poderá igualmente pensar-se que a *iuris naturalis scientia*, com a específica especulação filosófica de projeção normativa, viu consumada sua tarefa histórica”.⁹³

⁹¹ Em Kant os conceitos chaves podem ser definidos como crítica, razão, liberdade e ética. O autor faz um exame crítico da razão prática, rejeitando as presunções da razão pura e mostrando que o homem só adquire o conhecimento pelo método crítico. Na obra *Crítica da Razão Pura*, Kant examina as bases do conhecimento humano, a partir do sujeito cognoscente. Seu método é a crítica, isto é, a análise reflexiva, em que a razão toma a iniciativa. Kant avança na construção de um racionalismo alicerçado na razão prática. Para ele, é a razão que suscita os princípios do conhecimento puro e que fornece as leis aos homens. Dentre os filósofos do período iluminista, Kant marcou posição significativa ao buscar encontrar no homem as respostas para uma noção universal do Direito, ou seja, ao situar o centro do conhecimento no sujeito cognoscente e não no objeto cognoscível. Principais obras de Kant: *Crítica da Razão Pura*; *Prolegômenos a qualquer metafísica futura que possa vir a ser considerada como ciência*; *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*; *Crítica da Razão Prática*; *Crítica da Faculdade de Julgar*; *A Religião dentro dos limites da simples Razão*; *O Conflito das Faculdades e Sobre a Pedagogia*.

⁹² CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia Moral e Política**: a felicidade e o útil. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2004, p. 449.

⁹³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A crise actual...** *Op. cit.*, p. 26 e ss.

Portanto, um eco positivista estava presente na doutrina do Direito Natural da filosofia do Século das Luzes. Diaz sublinha o aspecto inquestionável de tudo o que o pensamento jusnaturalista tem realizado na história, salientando, especialmente, a luta pela afirmação dos direitos humanos em relação às idéias de liberdade e igualdade: “A Revolução Francesa representa indubitavelmente o cume do jusnaturalismo revolucionário: um sistema racional-ideal de valores atuando contra a legalidade absolutista estabelecida”.⁹⁴

Um dos objetivos presentes na Revolução Francesa refletia o anseio pela existência de uma ordem natural, regida por leis eternas e imutáveis de origem divina, deixando para a razão humana a função de redescobrir e criar essa ordem natural. Por outro lado, a Revolução Francesa deu origem a um direito muito individualista: “O indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado como no domínio do direito público. Os grandes códigos da época napoleônica cristalizaram o sistema individualista durante cem anos”.⁹⁵ Estavam abertas as portas para que a ordem deduzida e fundamentada racionalmente ocupasse todo o campo da juridicidade, para que o positivismo prevalecesse.

É a partir desses eventos que a racionalização do Direito ganhou mais força tomando por base a filosofia do iluminismo, por sua estrutura objetiva, formal, tecnicista, que depende de definições claras, objetivas, coercitivas e universais, para proclamar suas “verdades eternas”. Como pensamento filosófico, o iluminismo buscou, no “apriorismo”⁹⁶ do Direito, a fundamentação de que devem existir normas jurídicas absolutas e universalmente válidas, obrigatórias e imutáveis. Foi desse modo, com efeito, que na doutrina do iluminismo o conceito de mundo jurídico se dissociou do mundo dos fatos, passando a caracterizar o espírito científico dessa época. Ao introduzir a distinção entre *direito e fato*, o iluminismo lançou as bases do dualismo *questão-de-direito* e *questão-de-fato*, que inicialmente se limitava a um “mero postulado – o postulado da posição lógica, e enunciativa de dois objetos diversos, a norma e os fatos”.⁹⁷ Ao longo dos

⁹⁴ DIAZ, Elias. Sociología del Derecho Natural. In: GALVÁN, E. Tierno (Dir.). **Crítica del Derecho Natural**. Madrid: Taurus, 1966.

⁹⁵ GILISSEN, John. **Introdução**... *Op. cit.*, p. 413.

⁹⁶ “Imanente à consciência e, portanto, anterior à própria experiência dos fatos jurídicos, sendo condição de seu conhecimento e de sua atualização como tais”. REALE, Miguel. **Filosofia**... *Op. cit.*, p. 356.

⁹⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto**... *Op. cit.*, p. 95.

últimos séculos, essa posição doutrinal e conceitual foi enriquecida pela corrente positivista-legalista-formal, na medida em que foi incorporado na aplicação do Direito.

A questão metodológica da distinção entre *questão-de-direito* e *questão-de-fato* é investigada em profundidade por Castanheira Neves. O autor oferece uma amplitude de perspectiva.⁹⁸ Seu propósito fundamental é distinguir esses dois momentos metodológicos da problemática específica do pensamento jurídico que se concretiza no seu decidir normativo em concreto. O positivismo herdou do iluminismo intenções normativas alicerçadas na idéia de que a sentença não deve criar Direito, pois ela é uma simples operação lógica e, portanto, não cria Direito. Essa conclusão imposta ao positivismo jurídico como necessária é acentuada no momento em que o positivismo se propôs a identificar,

[...] em termos absolutos, o direito com a lei, e a esta, portanto, unicamente atribuía o poder de determinar o jurídico: pois se o direito ia dado prévia e absolutamente na lei, o jurídico esgotar-se-ia com o conhecimento do conteúdo preceptivo da norma legal, e o que ao juiz competia fazer a partir daí (uma vez obtido esse conhecimento de ‘o direito’) já não poderia oferecer a estrutura constitutiva e noética de um juízo jurídico, mas apenas a estrutura analítica e dedutiva de um juízo puramente lógico. Que o mesmo é dizer que a aplicação do direito, verdadeiramente, não punha um *problema jurídico*, exigindo uma normativa ponderação, e sim um mero *problema lógico*, a bastar-se com uma simples dedução.⁹⁹

O interesse pela construção de um sistema jurídico pretensamente lógico-exegético-normativista concedeu à lei o lugar privilegiado de ser a principal fonte de Direito. O iluminismo serviu de modelo às transformações de convergência liberal-individualista e racionalista que se impôs nos séculos seguintes.

1.1.3 A influência do Direito Natural para a construção do positivismo jurídico

Em todas as suas expressões, o Direito Natural tendia a acentuar a teoria legitimada na “razão, mediante a exatidão da matemática e a concatenação de suas

⁹⁸ O autor aborda esse delicado tema a partir da crise atual, analisando com riqueza de detalhes o processo que conduziu à crise do problema da distinção no quadro da teoria substantiva da aplicação do direito, os limites metodológicos do problema “Questão-de-Direito e “Questão de Fato”, como a crise esta posta no quadro das modernas direções do pensamento jurídico, finalizando com o ensaio de uma reposição crítica. Ver mais em CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de Facto...** *Op. cit.*

⁹⁹ *Idem*, p. 110.

proposições”.¹⁰⁰ De Aristóteles, a idéia da faculdade calculativa como a faculdade da parte da alma dotada de razão e o dualismo do saber prático e do saber teórico; de Grótius, seu esforço em proporcionar um método pelo qual o Direito Natural é reconhecido como um *dictamen rationis* e não apenas vinculado à vontade de Deus; de Pufendorf, o conceito de moral social, introduzindo o princípio da sociabilidade como primeira expressão da lei natural; de Descartes, a tese de que a forma suficiente do conhecimento é a científica, que se propõe a explicar tudo a partir de padrões de racionalidade, como uma operação dedutiva, na busca de “verdades”; de Spinoza, a filosofia que “renovou os esplendores do humanismo revolucionário, pondo a humanidade e a natureza no lugar de Deus, transformando o mundo num território de prática e afirmando a democracia da multidão como a forma absoluta da política”,¹⁰¹ de Leibniz, seu empenho em fazer do Direito uma “ciência”, sujeita aos mesmos princípios metodológicos utilizados pela matemática, aliado à preocupação com ideais de segurança e previsibilidade, delimitando definitivamente o domínio da razão suficiente.

Esses diferentes olhares têm a finalidade de possibilitar uma leitura de que em suas expressões o Direito Natural caminhava para a construção de um Direito que tendia a acentuar o caráter de um saber científico, universalmente válido, alicerçado na racionalidade prático-dedutiva e cognoscitiva. Esse Direito não dependia da experiência e, sim, de demonstrações rigorosamente lógicas. Desnecessário acentuar que a redução das proposições a relações lógicas é pressuposição evidente da “formulação de ‘leis naturais’, universalmente válidas, a que se agrega o postulado antropológico, que vê no homem não um cidadão da Cidade de Deus ou (como no século XIX) do mundo histórico, mas um ser natural, um elemento de um mundo concebível segundo leis naturais”.¹⁰²

Ao privilegiar a confiança excessiva do papel da razão, alicerçado na idéia de que o homem pode dominar todas as coisas, o jusnaturalismo moderno-iluminista recebe inúmeras críticas,¹⁰³ pois foi o precursor na elaboração de um sistema de

¹⁰⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência...** *Op. cit.*, p. 24.

¹⁰¹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império.** *Op. cit.*, p. 95.

¹⁰² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência...** *Op. cit.*, p. 24.

¹⁰³ As principais críticas podem ser assim resumidas: excessiva confiança na razão prática que passa a ter um papel preponderante ao desempenhar o papel de legisladora universal e autoridade que impõe normas de conduta aos homens; apresenta um caráter científico, universalmente válido, alicerçado na

pensamento jurídico fechado em si mesmo, “dentro da concepção de um Direito supra-social, desligado das condições em que o homem efetivamente vive e se associa e, por isso mesmo, igualmente alienado da realidade social”.¹⁰⁴

Para muitos autores,¹⁰⁵ o Direito Positivo tem seu fundamento no Direito Natural. Os que defendem essa postura amparam-se na convicção de que o Direito Natural oferece os pressupostos filosóficos da construção e estrutura ontológica do Direito Positivo. Villafañe é um dos autores que defende a idéia de que o Direito Natural é a primeira regra de justiça, concebendo-o como princípio e raiz de toda legislação, indispensável para afirmar a ordem. Para tanto, a fim de remediar as deficiências do Direito Positivo, Villafañe salienta, ainda, que o Direito Natural também tem a função de “dar um fundamento justificador e uma norma crítica às normas positivas vigentes, como a esperança de conquistar um ‘modelo objetivo’ da ordem jurídica”.¹⁰⁶ Pela riqueza de seu conteúdo, Villafañe vê no Direito Natural significações múltiplas na medida em que se refere às regras de um “valor universal concernente à conduta humana na sociedade e define os direitos e deveres do homem, compreende os princípios e as concepções que têm inspirado as legislações positivas”.¹⁰⁷

É o que se depreende da linha de idéias apresentada por Castanheira Neves quando salienta que a consumação da Filosofia do Direito se verificou principalmente com a evolução histórico-cultural ocorrida no início do século XIX, que “levou o ‘direito natural’ – melhor, o jusnaturalismo ou jusracionalismo moderno-iluminista – à positividade histórica do Direito por meio, sobretudo, da codificação, e simultaneamente converteu a *juris naturalis scientia* em filosofia do Direito”.¹⁰⁸

faculdade calculadora do ser humano, ou seja, no domínio da razão prática; apresenta o caráter de um direito suprapositivo, onde o princípio da irrenunciabilidade é a base de sua legitimação; valorização excessiva do nexos entre direito e faculdade coercitiva, amparado em leis universais, querendo com isso impedir a injustiça e acreditando que só assim é possível uma convivência harmoniosa e livre entre os seres humanos; direito como produto da vontade geral; “a mais radical destas teorias ressalta que o direito e a justiça são idênticos, de tal modo que nenhuma proposição jurídica injusta pode ser verdadeira”. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 44.

¹⁰⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do...** *Op. cit.*, p. 135 e s.

¹⁰⁵ Como exemplo, cita-se Erik Wolf; Corts Grau, Emilio Serrano Villafañe, A. G. Ambrosetti, Bertrand de Jouvenel, G. Del Vecchio.

¹⁰⁶ VILLAFANE, Emilio Serrano. **Concepciones...** *Op. cit.*, p. 299.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 305.

¹⁰⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **A crise actual...** *Op. cit.*, p. 24.

A tendência predominante entre os juristas do final do século XIX e início do século XX foi a de reconhecer no Direito um cunho positivista, negando a possibilidade de conceder ao Direito Natural *status* de “Direito”.

Bobbio¹⁰⁹ (positivismo analítico), juntamente com Kelsen (normativismo), além de fazerem uma clara oposição a um Direito Natural, também negam que exista um sistema de valores imutáveis que possa derivar da ordem natural do mundo, ou seja, negam a possibilidade de um Direito Natural deontológico. Em seu trabalho “*Algunos argumentos contra o Direito Natural*”, Bobbio é um dos autores que melhor resume essa posição dizendo que o Direito Natural não é Direito como o é o Direito Positivo e, em segundo lugar, diz que o Direito Natural é um equívoco; portanto, não serve para fundamentar um acordo unânime sobre o que se entende por justo ou injusto. Seu fundamento está em que não há unanimidade sobre o que se conceitua como natural.¹¹⁰

Enfatizar essa questão significa para Bobbio uma forma de mostrar a impossibilidade de a sociedade ser regida por um sistema de legitimidade natural, ou seja, por um Direito Natural que tem como dogma valores naturais e imutáveis no tempo. Essa característica, para ele, não garante nem segurança, nem paz, principalmente porque carece do atributo da eficácia. Bobbio desenvolve alguns critérios que marcam a diferença profunda que há entre Direito Natural e Direito Positivo. Um deles é o modo como o Direito é conhecido, isto é, como chega a seus destinatários: “O direito natural é

¹⁰⁹ Para muitos, Bobbio é classificado por pertencer à corrente da Escola Analítica ou do Positivismo Analítico. Mas não há unanimidade neste sentido, pois percebem ser ele um ferrenho defensor do Positivismo. Muito pelo contrário, em vários livros e textos traz importantes contribuições mostrando as insuficiências do Positivismo. Para Ferraz Junior, Bobbio pode ser considerado como um dos primeiros juristas a voltar-se para a metodologia da Ciência do Direito em termos de uma análise lingüística. A partir dos anos 50, dedicou-se a argumentar uma concepção de ciência como “linguagem de rigor”. Ferraz Junior, ao apresentar a obra *Teoria do Ordenamento Jurídico de Bobbio*, percebe que a maior parte de seus escritos estão relacionados à problemática da cientificidade do Direito e sobre questões da Teoria Geral do Direito, o que, em sua visão, representa um cunho positivista, teoricamente vinculado à Escola Analítica Italiana que ele auxiliou a construir. Sua noção de sanção, que é central na teoria positivista, avança em relação aos pressupostos defendidos por Hans Kelsen, promovendo uma “inflexão nova na concepção formalista tradicional do Direito, redimensionando o que chama, então, de “função promocional” do ordenamento jurídico”, conferindo para as “sanções positivas” um outro *status*. Ao longo de sua trajetória de jurista, Bobbio vai oferecendo à investigação jurídica novas dimensões. Apesar de ser sensível às mudanças que a sociedade requer, não “perde de vista as exigências da racionalidade”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1997, p. 7 e ss.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Algunos argumentos contra el Derecho Natural*. In: GALVÁN, E. Tierno (Dir.). **Crítica del Derecho Natural**. Traduzido por Elias Diaz Madrid: Taurus, 1966, p. 237.

aquele que conhecemos através da nossa razão”. Esse critério vincula-se a uma “concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente”. Por outro lado, o Direito Positivo se dá através de uma declaração de vontade alheia, isto é, a partir da promulgação da lei pelo legislador.¹¹¹

A partir desse delineamento, Bobbio argumenta: “O direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil”.¹¹² Bobbio não quer dar a impressão de que está diminuindo o papel do Direito Natural e sua função na história, muito menos pretende ignorar a existência de valores morais superiores às leis positivas e o conteúdo delas. Sua intenção é apenas mostrar que existem diferenças profundas entre o Direito Natural e o Direito Positivo, e que as dúvidas por ele apontadas “não afetam de nenhum modo a existência de valores morais superiores às leis positivas, nem seu conteúdo, mas unicamente sua motivação”.¹¹³

Kelsen empreendeu uma crítica ao Direito Natural em sua obra *A Justiça e o Direito Natural*, distanciando-se dele ao rejeitar que as normas possam corresponder aos atos de vontade transcendentais. Mostra sua divergência com a doutrina jusnaturalista quando ela acentua sua superioridade, ao considerar o Direito Positivo válido somente quando corresponde ao Direito Natural, ou, dito de outra forma, quando o jusnaturalismo advoga que as normas do Direito ideal, do Direito justo, isto é, do Direito Natural, são as únicas constitutivas de valor de justiça absoluta. Kelsen não concorda com esse argumento, pois, ao se dar ao Direito Natural a supremacia na tarefa de apreciação do Direito Positivo como justo ou injusto, como consequência sua validade só pode advir do fato de esta norma estar em conformidade com uma norma do Direito Natural. Kelsen discorda do fato de a natureza poder funcionar como a suprema autoridade legiferante, e diz que o princípio do jusnaturalismo está assentado num erro fundamental: o que vale na norma do Direito Positivo é apenas o Direito Natural, e só o Direito Natural pode ser considerado válido.¹¹⁴

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 21.

¹¹² Idem, p. 23.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. Algunos argumentos... *Op. cit.*, p. 237.

¹¹⁴ KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. 2. ed. Traduzido por João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 104 e ss.

Evidencia-se que há posições opostas em aceitar que o Direito Natural fundamenta o Direito Positivo, confluindo na instalação de um novo paradigma que se consolida no final do século XIX e início do século XX. Ao lançar o olhar sobre o jusnaturalismo, assume-se a idéia de que na tecitura da construção do jusnaturalismo moderno-iluminista se encontra o nascedouro do positivismo jurídico, sobretudo nos postulados racionalistas-iluministas desenvolvidos por Descartes, Hobbes, Spinoza e Leibniz, avançando a partir da racionalidade e de fundamentos regulativos a um positivismo exegético-normativista. Como o tema é importante e suas conseqüências se estendem para o ensino jurídico, acredita-se oportuno fazer uma síntese de alguns postulados do Direito Natural que influenciaram o positivismo jurídico.

A seguir, serão elencados alguns pontos que confirmam a herança dessa corrente de pensamento e as conseqüências mais singnificativas na construção do positivismo jurídico.

. Lei como expressão da vontade do Estado – Para viver em sociedade, o ser humano transfere aos governantes de cada Nação a função de criar leis que vão disciplinar a vida em sociedade, delegando ao Estado o poder absoluto de criar o arcabouço jurídico legal. Preconizam, assim, uma nova técnica que vai dominar o século XIX e o século XX, que é a codificação.

. Esquecimento do ser – O Direito Natural moderno-iluminista esqueceu o ser enquanto ser-no-mundo, pois não era verdadeiramente “mais do que sistemas racionalmente construídos, embora invocando como base axiomas e postulados que se pretendiam ‘naturais’ em sua evidência ética. E daí, paradoxalmente, que esse Direito Natural moderno não fosse afinal verdadeiramente direito”.¹¹⁵

. Dogma da certeza amparado nas verdades provenientes da matemática – Não há uma disposição pelo ser, e sim uma ordenação do conhecer. Os postulados da matemática aplicados ao Direito resultam em uma estrutura lógica, formal, tecnicista que depende de definições claras, objetivas e universais para proclamar suas “verdades

¹¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise actual...** *Op. cit.*, p. 25.

eternas” que, são – como na matemática – verdadeiras ou falsas independente da realidade em que são aplicadas.

. O Direito só pode ser fundamentado após ter alcançado um critério fixo de verdade – A verdade está representada em enunciados descritivos na ordem do dever-ser, resultando em um Direito descritivo, conduzido pela razão suficiente que prioriza valores como a previsibilidade, a certeza e a segurança em detrimento da justiça efetiva.

. Conhecimento verdadeiro – É o que parte da causa para o efeito, a partir da valorização do método da dedução pura.

. Comparação da justiça com cálculos numéricos – Assim como algo é justo, mesmo que não haja quem exerça a justiça e nem sobre quem ela recai, de maneira semelhante os cálculos numéricos são verdadeiros, mesmo que não haja quem queira calcular.¹¹⁶

. Doutrina da separação de Poderes – Poder Legislativo com a função de representar o povo e promulgar leis gerais; Poder Executivo e Federativo com a função de velar pela aplicação permanente das leis e pela segurança da sociedade política; Poder Judiciário subordinado ao Poder Legislativo com a função de ser apenas um prático do Direito, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto, como uma função supletiva da atividade legislativa. A função do jurista é fundamentalmente a de descobrir a vontade da lei, que corresponde à vontade do legislador que elaborou regras justas a partir dos postulados da razão.

- Onipotência da razão – Amparado na teoria de um Direito absoluto, obrigatório e universalmente válido, onde a onipotência da razão oferece as bases doutrinárias para a criação de leis.

- Dominação jurídica racional que “é legitimada pelo sistema racional de leis universais e abstratas, emanadas do Estado, que presidem a uma administração

¹¹⁶ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos Ensaios...** *Op. cit.*, p. 296.

burocratizada e profissional e que são aplicadas a toda a sociedade por um tipo de justiça baseado numa racionalidade lógico-formal”¹¹⁷.

. Primazia do direito do indivíduo em relação ao Direito Público, influenciando na concretização de códigos e leis de índole liberal-individualista.

. Gradual separação do mundo jurídico do mundo dos fatos, lançando as bases do dualismo questão-de-direito e questão-de-fato e a identificação do Direito com a lei. A lei no século seguinte passa a ser a principal fonte de Direito.

Essas perspectivas filosófico-jurídicas representam a idéia-força que se encontra na fundamentação normativista-legalista do positivismo jurídico, que começou a encontrar sua expressão a partir do século XIX, quando ocorre uma transição gradual do Jusnaturalismo para o Positivismo jurídico, e a lei jurídico-positiva acaba por assimilar um postulado antimetafísico, positivo-dogmático, estruturalmente formal e científico.

Embora na atualidade muitos juristas pretendam ressuscitar o jusnaturalismo com nova roupagem, estamos de acordo com a afirmativa de Streck de que “não é mais possível contrapor o jusnaturalismo a alguma teoria positivista ou pós-positivista”, e de que também não há mais “espaço para o jusnaturalismo nesta quadra do tempo”¹¹⁸.

O grande desafio da atualidade é encontrar uma justificativa que consiga interrogar o positivismo jurídico e enfrentar os seus problemas.

¹¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica...** *Op. cit.*, p. 142.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA Leonel Severo; _____; BOLZAN DE MORAIS, José Luis... [et al.] (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado/São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2005, p. 157.

1.2 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO CONSUMAÇÃO DOGMÁTICA DA RACIONALIDADE MODERNA

O positivismo jurídico não é uma invenção do século XIX; ele já estava presente nos primórdios da Humanidade.¹¹⁹ É na segunda metade do século XIX que é elevado a um novo paradigma filosófico, ao diminuir a força do Direito Natural como Direito, assumindo que existe apenas um Direito, e esse é o positivo, que tem o homem como autor da lei, posto por fontes formais, como o Estado. Todavia, a influência do jusnaturalismo moderno-iluminista dificilmente pode ser negada. Ele está presente em muitos dogmas que sustentam o positivismo jurídico, como já exposto no item anterior. A transição do Direito Natural para o Direito Positivo se dá sem grandes rupturas, pois muitos dos ideais positivistas já vinham se conformando nas teses de Descartes, Leibniz e Spinoza, entre outros.

O positivismo jurídico nasce calcado na idéia de completude e certeza, ou seja, que é possível precisar o conteúdo do Direito como um sistema autônomo de regras jurídicas formais, apoiado em idéias jurídicas de como o Direito deve ser. Campbell é um dos juristas defensores dessa tese, assinalando que o positivismo jurídico se consolidou como “uma teoria normativa que trata de determinar o que deve ser o direito, não em relação ao seu conteúdo, mas em relação a sua forma”.¹²⁰

Ao trazer à pesquisa o tema sobre o positivismo jurídico, a finalidade é analisar as premissas que definem o Direito Positivo, sua fundamentação, sua construção ao longo dos últimos dois séculos, os pensadores exponenciais, os pontos principais que foram divulgados e suas deficiências como paradigma filosófico para, no terceiro capítulo, ver se é possível distinguir um vínculo entre a crise do ensino jurídico e o paradigma do positivismo jurídico.

¹¹⁹ Já na Grécia se identificavam sinais do Positivismo. A história revela que um dos pensadores que antecipou a noção de Positivismo foi Protágoras (481 a.C – 411 a.C), na Idade Moderna. Como descrito no capítulo anterior, traços de Positivismo são encontrados em Santo Tomás de Aquino, Bacon, Galileu, Descartes, Leibniz, Maquiavel (política prática), Thomas Hobbes, Locke, Kant e Hegel, entre outros.

¹²⁰ CAMPBELL, Tom. El sentido... *Op. cit.*, p. 303.

Importante registrar que o positivismo tem sua unidade numa coerência conceitual, ideológica e de valores. Ao longo dos anos, recebeu influxos de expressões metodológicas, doutrinárias, políticas e de poder. Traduziu-se por rupturas e distorções, e hoje, certamente, seus dogmas, vícios e insuficiências estão impregnados no agir cotidiano dos juristas, em seus mais diferentes papéis, nos sistemas jurídicos que o adotam e, principalmente, nas Universidades que o perpetuam.

Na seqüência, apresenta-se o positivismo sociológico ou filosófico como consolidação dos caracteres do positivismo jurídico a partir de Augusto Comte. Em segundo lugar, o positivismo a partir da Escola da Exegese, que reflete a síntese do dogma da lei como principal fonte do Direito Positivo. Em seguida, contextualiza-se o normativismo jurídico de Hans-Kelsen. Busca-se, ainda, destacar a preocupação de dois juristas com a indeterminação do Direito para *hard cases*, iniciando com Herbert L. A. Hart e o poder discricionário do juiz, para, em seguida, trazer Ronald Dworkin, que traz a força de princípios e diretrizes políticas para julgamento de *hard cases*. Finalmente, serão abordadas as insuficiências do paradigma positivista, convidando para o diálogo pensadores como Ovídio Araújo Baptista da Silva, António Castanheira Neves, Eros Roberto Grau, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Lenio Luiz Streck e outros.

1.2.1 O positivismo sociológico ou filosófico: A consolidação dos caracteres do positivismo jurídico

No século XIX, o movimento que tomou corpo no campo jurídico foi a posição do positivismo sociológico ou filosófico. Ele antecede o positivismo jurídico. Esse movimento defende a tese de que a autêntica ciência do Direito é a Sociologia do Direito, fundamentada em fatos sociais, expressada através de um sistema de proposições empiricamente demonstráveis, excluindo qualquer valoração de fatores morais e democráticos que diariamente se apresentam na aplicação do Direito. A ciência jurídica, a partir de uma leitura sociológica, busca nos fatos e nas conexões causuais entre fatos sua justificativa como ciência.

O positivismo sociológico ou filosófico explica o mundo jurídico através de fontes sociais, isto é, a relação que se dá entre o Direito e a realidade social, ou seja, a compreensão dos fatos sociais em que o Direito é desenvolvido. A tese do positivismo

sociológico ou filosófico defende que a existência e o conteúdo do Direito dependem exclusivamente de fatos sociais complexos. Dentre os fundadores do sociologismo pode-se citar Augusto Comte, Karl Marx, Sint-Simon e Spencer, entre outros. O sociologismo jurídico recebeu diversas inflexões: reduzir-se-á o objeto de reflexão à contribuição de Augusto Comte para o positivismo jurídico, partindo de sua visão sociológica do Direito. Privilegiar-se-á, propositalmente, seus argumentos, visto ter exercido grande influência no pensamento europeu, americano e brasileiro.

Na Pós-Revolução Francesa, em meio às inquietações e anseios pela reconstrução da Europa, em meados do século XIX, Augusto Comte¹²¹ emerge como um pensador que buscou o entendimento sobre a construção de uma ciência social positiva. Essa ciência, por ele idealizada, nascia fora das concepções teológicas e tinha como premissa principal a possibilidade de submeter os fatos sociais à verificação, como na física e na matemática. Iniciou suas reflexões revendo os métodos lógicos e o conteúdo de todas as ciências de seu tempo, a fim de depurá-los dos elementos metafísicos, bem como de qualquer forma de conhecimento *a priori*.

Ao estudar o desenvolvimento da inteligência humana em suas diversas esferas de atividades, Comte, já no início de seu *Curso de Filosofia Positiva*,¹²² coloca com convicção que crê que descobriu uma grande lei fundamental, que passa a ser o fio condutor de sua doutrina. Para Comte, cada uma das concepções e cada ramo do conhecimento passam, necessariamente, por três estados históricos diferentes, que ele denomina de teológico ou fictício, metafísico ou abstrato e científico ou positivo. O estado teológico deve ser compreendido como puramente provisório e preparatório, pois significa o degrau inicial da compreensão, atuando como ponto de partida necessário da inteligência humana. O espírito humano no estado teológico dirige-se essencialmente para a natureza íntima dos seres, para as causas primeiras e finais de todos os efeitos que o impressionam, levando Comte a considerá-lo como o estágio espontâneo da razão humana. No segundo estado – o metafísico –, os agentes naturais são substituídos por

¹²¹ A matemática era a base da formação de Comte, e esta racionalidade o levou a utilizar o método científico para estudar a sociedade, com o objetivo de dar à sociologia a mesma certeza que a matemática propiciava.

¹²² COMTE, Augusto. **Curso de Filosofia positiva**: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo, catecismo positivista. Traduzido por José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 4 e ss. (Os Pensadores).

forças abstratas, e esse estágio é apenas uma simples distinção transitória que serve para conduzir gradualmente o indivíduo ao terceiro estado. Nesse terceiro e último estágio da evolução humana – científico ou positivo –, o homem, para Comte, atinge o estado definitivo da razão humana, compreendendo o mundo por intermédio da ciência. O empenho do ser humano nesse estágio é descobrir, pela observação e pelo raciocínio, as relações de causa e efeito, tanto em nível de fenômenos matemáticos como de fenômenos sociais. O fato científico que advém dessa observação, para Comte, é o único plenamente normal, que consiste, em todos os gêneros, no regime definitivo da razão humana.¹²³

O que diferencia sua filosofia da dos que o precederam é sua posição originária de buscar explicar todos os fenômenos humanos a partir de causas sociológicas. Essa posição de Comte caracteriza-o como O Pai da Sociologia. Ao introduzir a sociologia como uma ciência, ele a coloca na mesma hierarquia das outras ciências, ou seja, considera-a como uma das seis ciências fundamentais, ao lado da astronomia, física, química, matemática e biologia. A partir desse ponto, Comte constata e preconiza que os fenômenos não são simplesmente individuais, mas também, e sobretudo, sociais. Imprime assim, à *física social* o caráter positivo que todas as outras ciências já assumiram, acreditando que, uma vez preenchida essa lacuna, o sistema filosófico dos modernos estará fundado, e a filosofia se constituirá definitivamente no estado positivo. Na tecitura de sua teoria, o pensador demonstra sua discordância em relação a Kant quando nega a possibilidade de validar qualquer conhecimento *a priori*.

A teoria positiva funda-se nos resultados de um saber objetivo, constituído a partir de observações sobre os fatos ou de suas relações, para assim conseguir atingir o conhecimento das leis lógicas. Para Comte, o estudo da filosofia positiva é o único capaz de fornecer o método racional e de pôr em evidência as leis lógicas do espírito humano. Este pensamento o leva ao extremo de propor “a filosofia positiva” como a única filosofia capaz de presidir a reforma geral do sistema de educação, pois, para o autor, só ela tem base sólida para promover uma reorganização social.

¹²³ COMTE, Augusto. **Discurso sobre o espírito positivo**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 4.

Para Comte, “o verdadeiro espírito positivista consiste, sobretudo, em ver para prever, em estudar o que é afim para então concluir o que será, segundo o dogma geral da invariabilidade das leis naturais”.¹²⁴ Isso significa que o conhecimento positivo se caracteriza pela previsibilidade, permitindo, assim, o desenvolvimento de técnicas e métodos idênticos, homogêneos e convergentes. Para formar a doutrina positivista, Comte põe em relevo o papel da ciência, como a investigação do real, propondo, ainda, a preponderância do método sobre a doutrina, objetivando a busca da certeza. O Positivismo, portanto, nasce calcado no juízo de utilidade.

Habermas faz severas críticas sobre a maneira como Comte desenvolveu sua teoria do conhecimento ao acreditar firmemente que é possível descrever a realidade objetivamente. Sob este aspecto, assevera:

O sentido do próprio conhecimento torna-se irracional, e isso em nome de um conhecimento exato. Mas disso apenas resulta a consagração da ingênua idéia de que o conhecimento descreve a realidade. [...] Este objetivismo permaneceu, até nossos dias, como signo de uma teoria da ciência imposta pelo positivismo de Comte. Em lugar do questionamento transcendental acerca do sentido do conhecimento surge a questão positivista acerca do sentido dos ‘fatos’.¹²⁵

A matriz positivista lapidada por Comte tinha como propósito dar à filosofia uma certeza igual à das ciências físico-matemáticas, pois o ideal das ciências é a matemática com regras previamente determinadas. Para o pensador, a filosofia só é digna desse nome enquanto não se diversifica da própria ciência. Com isso, Comte quer mostrar que deve haver uma visão orgânica da natureza e da sociedade e que esta visão deve estar fundada em resultados de um saber constituído objetivamente a partir da observação de fatos e de relações entre fatos. A essência do conhecimento advém da pesquisa das leis dos fenômenos entendidas como relações constantes entre fenômenos observáveis.¹²⁶ Em seu aspecto geral, pode-se entender que a filosofia de Augusto Comte tem como princípio fundante a idéia de purificar o conhecimento, alicerçado no conhecimento científico, dentro de uma perspectiva lógico-objetivante dele emanada.

¹²⁴ COMTE, Augusto. **Discurso...** *Op. cit.*, p. 19.

¹²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**: com um novo pós-fácio. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 91.

¹²⁶ REALE, Miguel. **Filosofia...** *Op. cit.*, p. 14 e ss.

1.2.2 A Escola da Exegese

É importante salientar que, ao longo dos séculos, o pensamento jurídico-filosófico determinou o surgimento de uma pluralidade de “Escolas Jurídicas”, explicadas a partir de concepções teóricas, fatores sociais, históricos e gnoseológicos na esfera da ideologia política e jurídica em determinado espaço e tempo. Nesta pesquisa, restringir-se-á a reflexão à compreensão da Escola da Exegese que, em nossa visão, é orientadora do positivismo. A partir da idéia-força que caracteriza esta Escola, é possível postular diferentes versões que caracterizam o positivismo para, num segundo momento, mostrar a inadequação desse modelo no ensino jurídico.

A Escola da Exegese configura-se como movimento doutrinário e metodológico que teve seu advento no início do século XIX¹²⁷, mais precisamente com a edição dos códigos franceses que Napoleão conseguiu apresentar e aprovar na França, constituindo-se como o mais notável esforço de sistematização de regras jurídicas de toda a história: Código Civil,¹²⁸ Código de Processo Civil, Código Comercial, Código Penal e um Código de Instrução Criminal.¹²⁹

¹²⁷ Ferraz Jr. proclama que o núcleo constituinte desta Escola “aparece já esboçado ao final do século XVIII. O jusnaturalismo já havia cunhado para o Direito o conceito de sistema, que se resumia, em poucas palavras, na noção de conjunto de elementos estruturados pelas regras da dedução. No campo jurídico, falava-se em sistema da ordem da razão ou sistema das normas conforme a razão, entendendo-se com isto a unidade das normas a partir de princípios dos quais tudo o mais era deduzido. Interpretar significava, então, inserir a norma em discussão na totalidade do sistema. O relacionamento, porém, entre sistema e totalidade acabou por colocar a questão geral do sentido da unidade no todo”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 261. A Escola da Exegese nasceu na França Pós-Revolucionária, que colocou suas esperanças na lei como fonte suficiente de todo o Direito, impulsionados pelo sentimento de segurança e completude de um Código que não geraria mais qualquer incerteza em relação aos atos das autoridades instituídas.

¹²⁸ O *Code Civil* francês de 1804, também conhecido como *Code Napoléon*, foi considerado a maior realização de Napoleão e certamente foi um marco no Direito Civil. Sua posição básica era eliminar do campo jurídico o excesso de doutrinas filosóficas, defendendo a necessidade da objetividade do Direito. Em 1804, foi impressa a primeira coletânea com 34 títulos (*Code Civil des Français*), e em 1807 a edição definitiva, que recebeu o nome de *Code Napoléon*. A criação do *Code Napoléon* representava o Direito em sua completude. O artigo mais polêmico é o art. 4 do *Code*: “O Juiz que se recusar a julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”. Além das profundas alterações na relação de poder, a apropriação dos pressupostos da codificação também repercutiu nas instituições de ensino superior jurídicas: as Faculdades de Direito foram substituídas por Escolas de Direito e passaram a ter controle direto das autoridades políticas e instigadas a assumir a lei codificada como objeto de estudo, pois todo o Direito estava contido no Código e o ensino jurídico não deveria ir além da interpretação fiel de seu conteúdo.

¹²⁹ GILISSEN, John. **Introdução...** *Op. cit.*, p. 448. O autor salienta que grande parte dos Códigos editados por Napoleão se mantiveram em vigor até os dias atuais, tanto na França como na Bélgica, e influenciaram a codificação da grande maioria dos países da Europa e da América Latina durante o século XIX.

Um dos aspectos que a consagrou¹³⁰ foi precisamente seu esforço de clarificação e aperfeiçoamento do sistema jurídico, com base no ideal do positivismo jurídico a ela vinculado. Entende o Direito como um conjunto de textos legais sistematizados em códigos e seu método é a interpretação literal da lei, ou seja, o Direito é interpretado sob a ótica de um sistema fechado, amparado numa legislação exhaustiva e completa.

Daí dizer-se que a Escola da Exegese tem como objeto de estudo a lei codificada e a caracterização pela “confiança cega nas suficiências das leis”, no “fetichismo da lei”¹³¹ e na atribuição de poder à autoridade do Estado, fundamentada exclusivamente na intenção de um legislador onipotente e onisciente. Um dos efeitos da doutrina da Escola da Exegese, como adverte Bonnacase, é a de “proclamar a onipotência jurídica do legislador, quer dizer, do Estado, posto que, independentemente de nossa vontade, o culto extremo ao texto da lei e a intenção do legislador coloca o Direito, de uma maneira absoluta, em poder do Estado”.¹³²

O Direito Civil é o ramo do Direito mais comprometido ideologicamente com a Escola da Exegese, por sua dimensão eminentemente técnica, “para o submeter a uma estrita hermenêutica exegética que culminava numa determinação dogmática, de índole lógico-analítica e dedutiva”.¹³³ Foi no século XIX que o processo se constituiu como ciência e foi estruturado numa dimensão “repressiva” e não “preventiva”. Nasceu como uma reação ao Direito violado, como um ordenamento fechado que prevê as conseqüências jurídicas da conduta dos indivíduos. O Direito deve ser violado para depois ser recomposto.

¹³⁰ Corrente do pensamento jurídico francês (*L'école de l'exégèse*) do começo do século XIX, “que subsistiu, com maior ou menor fidelidade ao seu sentido originário, por todo esse século, e em que encontrou expressão doutrinária e metodológica o legalismo da codificação pós-revolucionária. Caracterizava-se, em seu sentido mais geral, por entender o Direito como o conjunto de textos legais sistematizados nos códigos – no *Code Civil* antes de mais nada, pois a Escola da Exegese liga-se sobretudo à obra de civilistas”. In: CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 181.

¹³¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do...** *Op. cit.*, p. 121.

¹³² BONNECASE, Julien. **La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil**. Puebla: M. Cajica, 1994, p. 158.

¹³³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta...** *Op. cit.*, p. 180.

A Escola da Exegese tem no racionalismo e no jusnaturalismo moderno-iluminista seu pressuposto filosófico, consagrando-se dogmaticamente na identificação do Direito à lei, tornando-se não só um dos traços distintivos, mas também motivo para iniciar a era do Estado como legislador, executor e tutor dos direitos codificados. Uma das manifestações mais claras da força da razão na origem da Escola da Exegese é a tese da doutrina da “separação de Poderes”, com significativa diminuição do papel do juiz, principalmente no sistema de processo civil, resultando num sistema determinável e previsível. A função do jurista está subordinada estritamente à lei, a interpretar fórmulas legislativas, isto é, à pura aplicação do texto legal. Sua tarefa é fazer a exegese e conservar o corpo de regras já estabelecidas pelos códigos, atuando como mero intérprete-aplicador do Direito. Ele apenas declara, isto é, revela o Direito existente. Em contraposição, é delegada ao Poder Legislativo – na figura do legislador – a tarefa de criar as leis; é dele a titularidade da iniciativa de propor leis. O jurista está subordinado a esse legislador e sua função, como prático do Direito, é de apenas comentar, explicar e aplicar a lei ao caso concreto, como uma função supletiva da atividade legislativa. “Interpretar e aplicar o direito se concebe – idealmente – como uma tarefa lógico-mecânica”.¹³⁴

A doutrina política de “separação de Poderes” tem como raízes o pensamento de Montesquieu e, mais especificamente, de Thomas Hobbes, marcando decisivamente a posição subalterna do Poder Judiciário e reduzindo suas funções a um Poder subordinado. Ainda, sua missão constitucional não poderia ir além da tarefa mecânica de fazer a exegese da lei, “de modo que a jurisdição não passasse de uma atividade meramente *intelectiva*, sem que o julgador lhe pudesse adicionar a menor parcela *volitiva*”.¹³⁵ Isso torna o juiz um mero “engenheiro” que aceita o sistema normativo, ou seja, a lei codificada. Ao juiz cabe redigir a sentença com base na abstração e no conceitualismo da doutrina. Reduz e simplifica o ato interpretativo, resultando na diminuição da importância do Poder Judiciário. O dogma da separação de Poderes reduz a função do juiz para apenas descobrir a verdade e revelá-la na sentença.

¹³⁴ CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad y eficiencia do Derecho**. 2. ed. México, D.F.: Fontamara, 1997, p. 59.

¹³⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva em Processo Civil. **Revista Jurídica**. Órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo: Notadez, v. 50, n. 295, p. 8, maio 2002.

Para Carnelutti, quando os homens se deram conta da natureza ou da virtude da lei, foi como se tivessem encontrado a chave do futuro. Mas Carnelutti lembra que a lei é apenas “um aspecto del derecho; pero el derecho es um fenómeno incomparablemente más complejo, puesto que contiene em si también los médios para transformarla”. A lei é um instrumento para alcançar a justiça, mas nem sempre através dela se alcança a justiça verdadeiramente. Com isso, quer o autor dizer que a “certeza obtenida con las leyes es una certeza aproximativa; de una manera absoluta, nadie se puede fiar de ella”. Isto significa que a certeza da lei não é sempre certeza de justiça.¹³⁶

Nas palavras de Merryman, a história também foi abolida como fonte de compreensão dos juristas franceses e, mais tarde, pelos juristas italianos. Para os olhos dos juristas da *Common Law*, o pensamento jurídico da *Civil Law* é a-histórico, pois a grande maioria de seus manuais e tratados jurídicos não contém os componentes históricos que são habitualmente reconhecidos na literatura e, quando se os compara, parecem abstratos e desprovidos de vida. Isso está seguramente vinculado à idéia da completude do código e que os elementos estranhos a ele devem ter o papel exclusivo de auxiliar na interpretação.¹³⁷

Na análise de Castanheira Neves sobre a Escola da Exegese surge com evidência a necessidade de se ter presentes seus três postulados capitais, que dão sustentabilidade à teoria e metodologia por ela propagadas. O primeiro postulado trata da identificação do Direito com a lei, que ainda admite uma compreensão jusnaturalista (expressão do Direito-razão natural), mas já como expressão de um estatismo jurídico (prescrição legislativo-estatal). O segundo postulado é o da exclusividade do conteúdo normativo da lei como critério jurídico, apoiado no entendimento da normatividade jurídica. A lei continua tendo o papel de única fonte de Direito, e só dela é possível retirar os critérios normativo-jurídicos, concebidos em termos puramente racionais e abstratos – expressão da normatividade com a racionalidade abstrata. O terceiro e último postulado é o da suficiência da lei, concretizado, no Código Civil, como mecanismo codificado capaz de dar solução a todos os casos jurídicos, desestimulando qualquer

¹³⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Estúdios de Derecho Precetal**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1952, v. I, p. 344 e ss.

¹³⁷ MERRYMAN, John H. **La Tradicion Jurídica Romano-Canonica**. 2. ed. Traduzido por Carlos Sierra. México: Fundo de Cultura Econômica, 1978, p. 240 e ss.

atividade interpretativa. Nele está presente a idéia de um sistema jurídico claro, completo e fechado da suficiência da lei prescrita no código e que, em caso de lacunas, essas seriam preenchidas pelo juiz.¹³⁸ Estava-se diante de um sistema jurídico que se bastava por si mesmo,¹³⁹ ou seja, “não num diálogo problemático-normativo com a realidade social – um sistema axiomático, numa palavra, diretamente inspirado, como já se disse, no racionalismo sistemático do jusnaturalismo”.¹⁴⁰

A Escola da Exegese, ao assumir os postulados do racionalismo do século XVII, impôs-se ao determinar o abandono do terreno de uma interpretação evolutiva e construtiva do Direito para dedicar-se à ciência da descrição objetiva das normas jurídicas. Daí dizer-se que essa Escola é o nascedouro de uma “*Dogmática Jurídica* conceitual, ou de uma *Jurisprudência* conceitual”.¹⁴¹ Para a Escola da Exegese, a autoridade está baseada na vontade do legislador que criou a norma jurídica vigente, e o jurista tem a obrigação de usar o Direito vigente tal e como tem sido sancionado pelo Poder Legislativo. O trabalho do jurista é eminentemente conservador: ele é, portanto, o transmissor de um corpo de regras exetético-analíticas, só podendo recorrer a outras fontes por expressa autorização legal.

¹³⁸ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta... Op. cit.*, p. 183 e ss.

¹³⁹ Os valores representativos, para atingirem os pressupostos do culto à suficiência do texto da lei, balançavam frente à possibilidade de lacunas ou casos omissos. Mas, mesmo para as “aparentes lacunas”, a metodologia lógico-dedutiva de um Direito pensado como um sistema racional tinha uma proposta que aparentemente imporia ao juiz a obrigação de decidir. Desse modo, vale lembrar as palavras de Castanheira Neves que, pela relevância, se transcreve na íntegra sua compreensão sobre a Escola da Exegese: “Neste sentido admitia ela exclusivamente uma auto-integração da lei, mediante a explicação lógica de todas as suas virtualidades dogmático-normativas. E pelo recurso a específicos expedientes hermenêuticos – diretamente à analogia, com fundamento no *argumentum a pari* ou a *simile (analogia legis)*, e, por último, procurando deduzir uma solução dos inferíveis ‘princípios gerais’ (*analogia iuris*). Na hipótese, porém, de se ter de reconhecer que nem de uma forma nem de outra se poderia deduzir da lei uma solução para o caso, a decisão a tomar seria a já referida recusa da demanda: o Direito era a lei, e um caso que não estivesse, direta ou indiretamente, regulado nela seria um caso que carecia de tutela jurídica – cairia fora do Direito, porque não abrangido pelo sistema legal. Ainda que se deva porventura reconhecer com GENY que a elaboração lógico-normativa do Direito Positivo, como todo o seu desenvolvimento dogmático numa correlativa produção de concepções e ‘construções jurídicas’ era muitas vezes, nos seus resultados uma verdadeira criação jurídica que ultrapassava as possibilidades lógicas das fontes legais e que, desse modo, se lhes ia imputando o que era efetivamente uma evolução por hetero-integração, capaz de atribuir ao sistema legal uma mais ampla possibilidade de previsão”. *Ibidem*, p. 189.

¹⁴⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta... Op. cit.*, p. 186.

¹⁴¹ REALE, Miguel. *Filosofia... Op. cit.*, p. 416.

Para sair do pensamento racionalista para o pensamento jurídico, é necessário evoluir do “princípio de que a atividade do juiz deve limitar-se a revelar a ‘vontade concreta da lei’. [...] com a neutralidade de um matemático, resolver o problema ‘algébrico’ da descoberta da ‘vontade’”,¹⁴² para que o intérprete possa hermenêuticamente “compreendê-la”. Uma das sugestões que aponta é pensar o Direito não mais como dogma, e sim como “problema” para perder a dimensão aritmética do Direito. O Direito trabalha com a lide, e a lide é individual, não repetível. Ele não produz verdades; alimenta versões: a do autor e a do réu. Por essa razão, a ciência jurídica deve ser a ciência da compreensão. Essa é a riqueza da compreensão. A hermenêutica de Gadamer pode possibilitar a construção da solução pelo problema, admitindo que a lei não tem vontade e que o jurista deve ter a consciência da historicidade do Direito e de seu “compromisso com a realidade social, com as aspirações e exigências predominantes de uma dada comunidade humana, cuja convivência lhe caiba regular”.¹⁴³

Ao descrever o Direito como um conjunto de regras identificáveis, de fácil compreensão e que contém em si o esclarecimento necessário, o positivismo introduz a idéia de que é necessário, para a aplicação do Direito, apenas o “conhecimento técnico dos aplicadores de Direito, cujo trabalho está à margem dos desacordos morais e políticos da vida diária”.¹⁴⁴ Isso é reforçado pelo fato de exigir-se uma simplificação cognitiva e interpretativa da maneira como um fato da ordem do ser está ligado ao enunciado da lei, ou seja, da ordem do dever-ser. Essa pretensão deriva, no dizer de Merryman, da “natureza do processo de educação jurídica geralmente autoritária e acrítica, que tende a produzir a convicção de que as definições de conceitos e classes expressam a verdade científica”.¹⁴⁵ Ou nas palavras de Gadamer: “Os que estudavam Direito deviam formar em si uma espécie de força diferenciadora, para emitir julgamento de modo equilibrado, diferenciado e ‘objetivo’”.¹⁴⁶

¹⁴² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Racionalismo e... *Op. cit.*, p. 8.

¹⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar (tutela de urgência). 3. ed. v. 3. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21.

¹⁴⁴ CAMPBELL, Tom. El sentido... *Op. cit.*, p. 303.

¹⁴⁵ MERRYMAN, John Henry. **La tradición**... *Op. cit.*, p. 113.

¹⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. Da Palavra ao Conceito. In: ROHDEN, Luiz; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLUCKINGER, Hans-Georg. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 19.

A Escola da Exegese marcou presença na elaboração de grande parte das obras jurídicas indicadas pelos Cursos de Direito. Isso pode ser confirmado à medida que se adentram as bibliotecas jurídicas e se podem ver exaustivas edições de manuais jurídicos escritos tendo por base a lei codificada. Os manuais nada mais são do que comentários, longas exposições e explicações dos códigos, partindo da ordenação de cada um, seguindo-se “de artigo por artigo, se *commentaires* em sentido estrito; mediante divisões de livros, títulos, capítulos, secções, se tomavam a designação de *traités*”.¹⁴⁷ Como se a realidade fática pudesse ser resolvida previamente! Em sua maioria, foram elaborados por professores dos Cursos de Direito, resultando que a Escola da Exegese foi também uma “escola universitária – seu ensino era do mesmo tipo, exegético-analítico, dirigido apenas ao estudo dos códigos numa sua explicação comentarista, segundo o seu sistema e na sucessão dos seus artigos”.¹⁴⁸ Veja-se, nesta linha, a gravidade do alerta feito por Streck, para quem:

O positivismo que resiste ao neoconstitucionalismo assenta-se na idéia de que é possível reduzir toda realidade jurídica ao direito positivo e a sua ‘correta’ aplicação. Para tanto, constrói-se um repositório de conceitos que pretendem abarcar as diversas situações de aplicabilidade, como se fosse possível ‘armazenar’ na generalidade da lei (e de seus conceitos, produtos de sua interpretação) todas as situações particulares.¹⁴⁹

Evidencia-se, com isso, que a tese da lei, ou seja, o conceito de Direito tem que ser definido através do conceito da lei, é ainda – pelo menos em grande parte dos Cursos de Direito – o fio condutor e o amparo metodológico para explicar o Direito com recursos exclusivamente lógico-exegético-normativistas, ainda que como pensamento jusfilosófico já esteja de todo superado.

Privilegia-se, na seqüência, Hans Kelsen que, inspirado nos ideais positivistas, foi a âncora de um pensamento que buscou purificar o do Direito¹⁵⁰ que, no início do

¹⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta... Op. cit.*, p. 190.

¹⁴⁸ *Idem*, *Ibidem*.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica... Op. cit.*, p. 181.

¹⁵⁰ Caracterizado pela ênfase em desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria que buscava aproximar tanto quanto possível seus resultados do ideal de toda a ciência: a objetividade e a exatidão. Nas primeiras décadas do século XIX formou-se um círculo de pensadores orientados para desenvolver uma teoria pura do Direito. Kelsen é o pensador que mais se destacou neste empreendimento, levando consigo uma legião de juristas adeptos a idéia de que é possível desenvolver uma teoria pura para o Direito que, como ele, estavam preocupados em dar um caráter de cientificidade ao Direito, amparados em

século XX, aspirou elevá-lo à condição de ciência autônoma. Ao desenvolver sua teoria, Kelsen manifestou sua preocupação em como é possível pensar cientificamente o Direito enquanto ciência, regido por normas universais e apriorísticas, independentemente de Estado ou País que tivesse a mesma estrutura lógico-formal, conteúdo e rigor científico; em suma, que a ciência jurídica tivesse conceitos universais para um mundo globalizado. Assim, passa-se a analisar como Kelsen construiu a teoria normativista para o Direito.

1.2.3 O normativismo jurídico de Hans Kelsen

Hans Kelsen construiu uma teoria pura do Direito que tem como pressuposto fundamental estudar seu objeto¹⁵¹ pelo princípio da pureza metódica e da autonomia da ciência jurídica, ou seja, a ciência jurídica deve estar desprovida de qualquer conteúdo ideológico, pressuposições metafísicas, preconceitos, opiniões e juízos de valor. Seu interesse ao apresentar sua teoria pura do Direito foi de alcançar, no Direito, os ideais de toda ciência: exatidão e objetividade. Sua obra constituiu o marco mais significativo para a estrutura do Direito Positivo ao tomar como ponto de partida a ciência positiva para seu projeto epistemológico. Concebe uma ciência pura do Direito, propondo uma depuração do objeto da ciência jurídica pela utilização do conceito de neutralidade ideológica como condição de validade do método científico. Portanto, o interesse da teoria pura, nas palavras de Pêpe e Warat, é “tornar evidentes as condições de positividade da ciência jurídico-positiva”.¹⁵²

princípios da pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico. Enfim, o intento de Kelsen foi o batalhar para que uma posição privilegiada da ciência jurídica no sistema das ciências. Cf. KELSEN, Hans. Prefácio à **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁵¹ Kelsen, ao fazer essa purificação antiideológica e anti-sociológica, buscou constituir, como objeto científico da ciência jurídica, a norma jurídica formalmente válida. Daí sua preocupação em deslocar o fundamento da ciência jurídica dos fatos para a norma, ao distinguir as categorias de eficácia e vigência destas e, ao colocar a norma jurídica válida como objeto, por excelência, da ciência jurídica.

¹⁵² PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luís Alberto. *Filosofia do Direito: Uma introdução crítica*. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 71.

O pressuposto do paradigma kelseniano é criar uma ciência das normas que atinja seus objetivos epistemológicos de neutralidade e objetividade. Sua intenção é que a ciência jurídica seja, antes de tudo, ciência, o que implica dar-lhe um conteúdo genuinamente cognoscitivo e eliminar todos os elementos que lhe são estranhos. Para elevá-la à condição de ciência, sua preocupação foi construir um objeto próprio, isento de elementos metajurídicos. Concebeu o Direito como sistema de normas positivas¹⁵³ e sua ciência, como a teoria da interpretação do Direito Positivo, utilizando o método lógico-dedutível, partindo de uma estrutura lógica de sistemas de normas e conceitos hierarquicamente estipulados em um sistema jurídico logicamente perfeito. Não é da competência da Ciência do Direito investigar se uma norma tem eficácia ou não, pois isso está fora de seu campo de investigação, e também não é sua a atribuição de emitir juízos da ordem do ser, ou seja, juízos sobre a realidade, mas apenas dizer se uma norma é válida ou não.

Kelsen descreve o sistema jurídico existente procurando purificá-lo. A *teoria pura do Direito* não é uma teoria do Direito, e sim uma teoria que descreve o Direito como ciência jurídica. A partir das várias teorias existentes e da análise comparativa entre as diferentes ordens jurídicas, Kelsen vai recortando o que se pode pensar cientificamente como Direito: elabora conceitos, faz uma depuração lingüístico-metodológica eliminando o que não é Direito, para depois criar seu conceito de ciência do Direito a partir de um ponto de vista normativo, excluindo os critérios valorativos que justificam e legitimam o sistema jurídico. Ele quer dar um método puro ao Direito, o qual não é puro.

¹⁵³ Se forem analisados os pressupostos teóricos que influenciaram Kelsen a elaborar sua teoria pura do Direito, é evidente a influência do positivismo jurídico. Kelsen “procurou conciliá-lo com o neokantismo, através da ‘pureza metódica’, construindo uma teoria pura do Direito, desprovida de qualquer conteúdo ideológico, fundada no pressuposto lógico de uma ‘norma fundamental’, condição possibilitadora do conhecimento científico do Direito; a variedade de ideologias coexistentes em um mesmo grupo social, com idênticas pretensões de domínio intelectual, levou Radbruch a reconhecer que os ‘problemas últimos’ do Direito não são possíveis do conhecimento científico, mas, sim, de profissão de fé, crença, fundando assim o ‘o relativismo jurídico’ segundo o qual todas as ideologias têm o mesmo valor, dependendo da superioridade de uma forma do Direito justo de um ato de fé e não da razão”. GUSMÃO, Paulo Dourado. Prólogo. In: DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952, p. V e VII.

O pensamento de Kelsen é oriundo de certa forma do positivismo filosófico do início do século XX. Assim, sua preocupação era tornar científico o Direito, como outras áreas do conhecimento onde o caráter é mais fácil de ser alcançado, como na física, química, astronomia e matemática. Essa posição radical de Kelsen adota, em seu extremo, os princípios do positivismo jurídico. Barreto é um jurista que tem feito severas críticas ao normativismo de Kelsen, principalmente ao demonstrar que “Kelsen reserva um lugar ínfimo para o ideal da justiça na construção e materialização do estado de Direito”.¹⁵⁴ Para ilustrar sua crítica, Barreto referencia que “a reflexão jurídica, a ciência jurídica, teria o objeto de seu estudo limitado ao sistema de normas, que se organiza no Direito Positivo de cada Estado”.¹⁵⁵

O normativismo de Hans Kelsen retoma, de certo modo, a concepção da Escola da Exegese de que o Direito é revelado por leis, que são normas gerais emanadas do Estado, isentas de juízos de valor. Para o autor, é a análise do Direito que deve ser purificada. Diferencia-se ao conceber a norma jurídica como enunciado lógico-hipotético no plano do dever-ser, denominando-a como o sentido objetivo de um ato de vontade. O autor reduz o objeto do conhecimento à dimensão das normas jurídicas positivas, o que permite a Kelsen, na visão crítica de Warat, “prescindir dos juízos sintéticos *a priori* e evitar a problemática mais árdua do método transcendental”.¹⁵⁶ Em 1983, Warat elaborou uma crítica à teoria pura do Direito intitulada *A Pureza do Poder – Uma análise crítica da teoria jurídica*, que tem como objetivo preencher o silêncio acadêmico sobre a metodologia proposta por Kelsen e elaborar um contradiscurso da teoria kelseniana. Parte do princípio da pureza metodológica para fazer a desconstrução metodológica proposta.

¹⁵⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI. In: ROCHA Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis... [et al.] (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado / São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2005, p. 248. Barreto pretende mostrar que, na perspectiva kelseniana, não há possibilidade de espaço para referências às ideais e valores. Pode-se, então, com apoio nas palavras de Barreto, situar o normativismo de Kelsen ao Positivismo jurídico, principalmente quando assevera que “a ciência do Direito para o Positivismo jurídico deve ater-se à análise estrita do texto da lei e de sua interpretação pelos tribunais, não cabendo considerações de natureza moral, social ou política que se encontrem presentes na vida social, mas ausentes da previsão legal” (p. 249).

¹⁵⁵ Idem, p. 248.

¹⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. A epistemologia jurídica da modernidade. In: _____. **Introdução Geral ao Direito II**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 137.

O pensamento crítico, alicerçado no formalismo da teoria pura do Direito, perde seu espaço na produção do saber jurídico. No tocante à possibilidade de um discurso crítico se sobrepor a um saber dominante, Warat vai dizer que dificilmente o pensamento crítico consegue sobreviver e redefinir-se no interior de sua própria problemática, pois o saber dominante tem a seu favor a facilidade de perdurar, sempre que conseguir “ocultar os pressupostos e as razões epistemológicas do pensamento crítico, substituindo-os por seus próprios pressupostos e razões”.¹⁵⁷ Ao colocar essa percepção, Warat quer indicar que Kelsen, ao refutar qualquer relação do Direito com questões ideológicas sociais e políticas, mostra que sua teoria pura do Direito deixa de ser uma instância de explicação política e econômica do Direito para ser uma doutrina dirigida à análise estrutural do Direito Positivo. O caráter científico do Direito, na análise de Warat, se constitui “a partir de seu caráter anti-ideológico, como única salvaguarda da objetividade (outra idéia do neopositivismo)”. A tendência antiideológica, diz Kelsen, coloca a teoria pura como “a verdadeira ciência do Direito”.¹⁵⁸

Mas essa idéia de Kelsen é contestada por Warat, pois, ao negar tematizar a significação ideológica, Kelsen “favorece o papel ideológico do conhecimento jurídico. Um conhecimento é científico (crítico) quando consegue explicar as significações ideológicas”.¹⁵⁹ E aí está toda a ideologia que Kelsen pretende calar: “ao negar a função ideológica do processo de axiomatização, garante o funcionamento real do saber como ideologia”.¹⁶⁰

Castanheira Neves tem uma percepção nítida desse problema da relação antiideológica da teoria pura do Direito em Kelsen. A fundamental diferença de Castanheira Neves com Kelsen, nas palavras do autor, está no momento em que Kelsen se desinteressou do normativismo jurídico material “para se ocupar apenas da formal analítica de uma pura teoria sobre o Direito, porque, segundo seu juízo, tudo o que não

¹⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. **A pureza do Poder**. Florianópolis: UFSC, 1983, p. 35.

¹⁵⁸ Idem p. 47.

¹⁵⁹ Idem, p. 47-8.

¹⁶⁰ Idem, p. 49. Na seqüência desta página, Warat faz uma discussão sobre as insuficiências semiológicas dessa proposta de Kelsen, mostrando que as evocações formadoras do sentido jurídico não surgem apenas dos textos legais, e que a noção de pureza em Kelsen descansa no mito da conceituação pura, negando valor ao trabalho de significações políticas. Warat demonstra que a opção de Kelsen “é uma opção de ideologia feita no interior da epistemologia. No caso da teoria pura do Direito, a tentativa de escudar a ciência jurídica com uma suposta neutralidade ideológica e política encobre o empenho, talvez inconsciente, de ideologizar esse saber, preservando, assim, seu poder”.

fosse essa teórica analítica estaria inquinado de um ideológico interesse político, já legitimamente, já combatente do poder, mas sempre em vista do poder”.¹⁶¹

Dentro deste contexto, Castanheira Neves enfatiza que, além das diferenças apontadas, é possível ver que Kelsen contribuiu com o pensamento jurídico. Principalmente ao insistir na idéia de o Direito ser uma ciência pura, Kelsen tem como intenção recusar ao pensamento jurídico ser apenas um instrumento a serviço do poder. Por outro lado, é importante salientar que há uma divergência entre Castanheira Neves e Kelsen, como aponta o próprio Castanheira Neves:

O pensamento jurídico e o jurista só verdadeiramente não servem o poder, mas o homem e os seus valores irrenunciáveis, se lograrem impor ao poder um princípio de validade autônomo que lhe impeça a boa consciência, não é menos fundamental o acordo em que, lá no fundo do essencial, comungamos: também nós, embora de um modo diferente, cremos estar no número daqueles que, como Kelsen e segundo a sua própria expressão, ‘prezam mais o espírito do que o poder’.¹⁶²

Ao definir a norma como objeto da ciência jurídica, Kelsen manteve a fidelidade lógica de seu raciocínio, pois, para ele, a norma não é uma descrição do que é, não expressa o que sucede com o comportamento humano, mas, sim, o que se exige enquanto devido, isto é, o dever-ser do comportamento humano. Não é apenas comando, mas também permissões e atribuições de competências. É da ordem do dever-ser, posta pela autoridade jurídica e que obriga ou habilita os sujeitos de Direito. Esse dever-ser, para Kelsen, é a “cópula que na proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange três significações: a de um ser-prescrito, a de um ser competente (ser-autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido”.¹⁶³ Portanto, o Direito é, para Kelsen, uma ciência normativa, ciência do dever-ser, cujo princípio explicativo não é o da causalidade (das leis naturais), mas a imputação (responsabilização).¹⁶⁴ Apenas afirma a ligação entre dois fatos.

¹⁶¹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta... Op. cit.*, p. 180.

¹⁶² Idem, *Ibidem*.

¹⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria... Op. cit.*, p. 87.

¹⁶⁴ Kelsen, embora defenda que os fatos da ordem natural (ser) e as normas jurídicas (dever-ser) são realidades ontologicamente diversas, tem a mesma função cognitiva que devem ser explicados por princípios diferentes, ou seja, pelo princípio da causalidade (princípios da natureza) e da imputação (dever-ser), como ele mesmo indica: “Assim como uma lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, e não o objeto a descrever, isto é o Direito, a norma jurídica. Essa – se bem que quando tem caráter qualquer seja designada como ‘lei’ – não é uma lei, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como ‘lei’. Ela não é, com efeito,

Neste princípio Kelsen assenta seu sistema puro, isto é, só a partir da distinção entre ser e dever-ser é que se pode conceber a autonomia da ciência jurídica frente às demais ciências naturais e sociais. Ao estabelecer essa distinção, o faz no plano lógico-formal, em relação aos juízos que o determinam, entre o pressuposto como causa e a consequência, como efeito. A crítica do Direito que Kelsen produz “é *formal*, na medida em que, para ele, todo e qualquer Direito sempre é descritível como forma de *controle* e, logo, de *dominação social*”.¹⁶⁵

É necessário sublinhar ainda que, quando Kelsen fala em “pureza”, não fala de uma pureza do Direito e, sim, da teoria do Direito; não é em nível empírico, mas, sim, é de caráter metodológico-formal. Por essa razão, sua teoria também é conhecida como *teoria normativista do Direito*, pois a pureza¹⁶⁶ diz respeito ao sistema jurídico como estrutura, como conjunto de normas hierarquicamente dispostas e logicamente articuladas, liberadas de todos os elementos que lhe são estranhos. Para Kelsen, não interessa o conteúdo da norma, o que importa são as estruturas e categorias intra-sistemáticas, pois o jurista ao analisar uma norma jurídica, deverá dizer se ela é válida ou não, se foi elaborada por um órgão competente ou não. Dentro desse contexto, as demais considerações acerca da produção, do ajuizamento e conteúdo de justiça das normas jurídicas e sua eficácia escapam da esfera estritamente jurídica. Os problemas de justiça não pertencem à teoria pura do Direito, limitando a análise do Direito Positivo em termos estritamente normativos, ou seja, a norma jurídica é “impermeável ao binômio *justo/injusto*”.¹⁶⁷ Um Direito pode ser justo ou injusto sem deixar de ser Direito. A justiça é um juízo valorativo subjetivo em Kelsen; na tese kelseniana, é

um enunciado pelo qual se descreve uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 90.

¹⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 25.

¹⁶⁶ Warat afirma que: “Temos, pois, na teoria kelseniana, um postulado de pureza metodológica que constitui, por definição, o ponto de partida e o princípio metodológico vertebral da teoria. Para Kelsen, o postulado de pureza é o que fundamenta as condições de positividade de uma Ciência do Direito em sentido estrito. A Teoria Pura se nos apresenta, assim, como um programa para a elaboração de um saber jurídico autônomo e autosuficiente, um conhecimento baseado em uma análise metodologicamente imanente, que exclui a referência de fatores e saberes extrajurídicos”. WARAT, Luis Alberto. **A Pureza...** *Op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Epistemologia jurídica: entre o positivismo e o pós-positivismo. In: COPETTI, André; GRAU, Eros Roberto; MÜLLER, Friedrich [et al.]. **Crítica à Dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, v. 1, n. 3, p. 199.

ínfima; há possibilidade de aceitar referências a ideais de justiça e valores morais. Essa questão é central na análise de Barreto: “Kelsen adverte que a teoria pura do Direito, para manter sua ‘pureza metodológica’, pressupõe uma solução preliminar que considere o Direito como uma ordem coativa, isto é, um sistema normativo que procure regular a conduta humana de forma específica, para isto lançando mão da coercibilidade”.¹⁶⁸

Evidencia-se que a justiça não é tomada como critério de ordem normativa para designá-la como Direito. O autor salienta que não é relevante ao Direito Positivo se a norma corresponde ou não às normas de justiça, pois elas valem mesmo que sejam injustas. Para a teoria positivista, sua validade independe da validade de uma norma de justiça. O que interessa é a forma, e não o conteúdo. Por outro lado, a teoria do Direito positivista não nega que toda a ordem jurídica positiva posta pode ser apreciada ou valorada por uma norma de justiça, como justo ou injusta. O fato, porém, de “o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva”.¹⁶⁹

Isso, para Kelsen, tem apenas um caráter relativo, pois a mesma norma pode ser apreciada por critérios diferentes. Isto é, quando apreciada sob um critério, pode ser considerada justa e, ao ser apreciada por outro critério, pode ser sustentada como injusta. Sua validade, portanto, independe da norma de Justiça. A partir dessa reflexão, Kelsen reporta que não existe “uma Justiça absoluta, mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos”.¹⁷⁰

¹⁶⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI. In: ROCHA Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis... [et al.] (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado / São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2005, p. 248.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoria...** *Op. cit.* (1998), p. 55.

¹⁷⁰ Idem, p. 76.

Kelsen constrói o ordenamento jurídico positivo – conjunto das normas válidas – utilizando a forma de uma pirâmide, mostrando como se articulam os aspectos estáticos¹⁷¹ e os aspectos dinâmicos do Direito, em que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma superior. Mas esse valer-se de uma norma superior não pode representar uma espiral interminável; é necessária uma norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. É neste momento que Kelsen introduz o conceito de Norma Fundamental¹⁷² (*Grundnorm*) gnoseológica, que “serviria como critério de reconhecimento, como esquema de significação das normas e proposições normativas e, também, como proposta definitiva do campo temático da Ciência do Direito”.¹⁷³ Ela é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a um conjunto sistemático de normas. Qualquer norma só será considerada jurídica e legítima se estiver em conformidade com os preceitos contidos na norma fundamental.

A partir dessa concepção de norma fundamental, Kelsen dirá que para compreendê-la, é necessário também compreender o princípio da pureza metodológica. Por essa razão, ela é valorativamente neutra, não se podendo exigir que seja justa ou injusta. Para Warat, Kelsen propõe um artifício metodológico porque, ao introduzir a norma fundamental gnoseológica como condição necessária e universal de validade do

¹⁷¹ As normas de um ordenamento estático são, para Kelsen, a conduta que os indivíduos devem seguir na ordem do dever-ser, por força do seu conteúdo. Sua validade pode ser reconduzida a uma outra norma, cujo conteúdo pode ser subsumido. Num sistema de normas cujo “fundamento de validade são deduzidas de normas pressupostas como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático”. KELSEN, Hans. **Teoria...** *Op. cit.* (1998), p. 218.

¹⁷² É de se destacar a reflexão de Warat sobre a norma fundamental, principalmente por ele fazer uma referência às diferenças dela com as ciências da natureza e ao demonstrar que a norma fundamental de Kelsen aceita como critério de significação ou de constituição do conhecimento jurídico as formas de positividade produzidas pela própria prática jurídica. Analisa Warat que “epistemologicamente, a norma fundamental constitui um princípio cognitivo ou um postulado de significação. Como critério gnoseológico, afirma que a diferença das ciências da natureza, nos quais um juízo enunciativo é verdadeiro, quando a realidade da experiência sensível o confirma, um juízo normativo é verdadeiro quando reproduz o conteúdo de validade das normas positivas. Para isso, deve também reproduzir o processo de legitimação, conhecido na ordem jurídica globalmente considerada, quer dizer – segundo Kelsen – que deverá constituir no plano do conhecimento uma hipótese da razão, através da qual se consegue derivar cognocitivamente todas as normas positivas de uma norma hierarquicamente superior e última: a norma fundamental suprema para o conhecimento jurídico, que não integra o Direito Positivo, senão somente o universo do conhecimento. Essa norma gnoseológica está baseada na idéia de que todas as normas integrantes de um determinado Direito Positivo são válidas se forem criadas conforme as formas determinadas pela hierarquia normativa, que no plano da práxis jurídica acaba por chegar à constituição ou normas constitucionais, não mais encontrando fundamento de validade em nenhuma outra norma positiva, senão precisamente na norma hipotética, pressuposta para o processo de produção do conhecimento científico do Direito”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução...** *Op. cit.*, p. 285 e ss.

¹⁷³ WARAT, Luis Alberto. **A Pureza...** *Op. cit.*, p. 71.

Direito Positivo, essa validade objetiva “não surge da correspondência com a ‘norma’ de justiça e, sim, em última instância da conformidade com a norma hipotética ou fundamental da ordem jurídica”.¹⁷⁴

A norma fundamental é, em suma, a regra metodológica vertebral de toda a teoria do Direito, pois ela indica como deve ser procedido o processo de sistematização, outorgando sentido ao dado empírico. Sua intenção principal é dar objetividade aos dados normativos utilizando um processo de organização sistemática, e esse processo só é possível se for alcançado com a norma fundamental hipotética. No processo de significações proposto por Kelsen reside o grande problema de sua teoria, principalmente no momento em que o jurista alia, de forma exclusiva, às proposições jurídicas, pela temática da validade, seu significado, através de uma atividade sistematizadora em que a norma fundamental tem a função de descrever a fundamentação de validade das normas positivas.¹⁷⁵

A pressuposição de uma norma fundamental¹⁷⁶ tem um duplo significado: de um lado, sua intenção é purificar o objeto temático da ciência jurídica normativa e, de outro, busca superar o ecletismo metodológico e “a falta de unidade sistemática do conhecimento tradicional do Direito, fundamentando também as regras de significação a partir das quais a ciência jurídica, mediante suas propostas, pode explicar o sentido jurídico que as normas do Direito Positivo outorgam à conduta dos homens”.¹⁷⁷

¹⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução...** *Op. cit.*, p. 139.

¹⁷⁵ Cf. WARAT, Luis Alberto. **Introdução...** *Op. cit.*, p. 282 e ss.

¹⁷⁶ Para Kelsen, não pode haver uma norma imediatamente evidente, pois significa que ela é dada na razão, com a razão. Isso pressupõe uma razão prática, quer dizer, uma razão legisladora. Para ele, esse conceito é insustentável, “pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade”. A única possibilidade de uma norma ser imediatamente evidente é porque se crê que ela é posta pela vontade de Deus ou de outra vontade supra-humana ou ser originada do costume. E esta norma, por ser estabelecida por um ato de vontade, só pode fornecer o fundamento de validade, mas jamais o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas. Mesmo essas normas devem ser produzidas por um ato especial de criação. Por isso, são normas postas ou, dito de outro modo, são normas positivas, que pertencem a uma ordem positiva. Por outro lado, a norma fundamental não é uma norma posta e, sim, uma norma pressuposta, ou seja, “na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade, e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria...** *Op. cit.*, p. 222.

¹⁷⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução...** *Op. cit.*, p. 280.

Streck dirá que Kelsen construiu a “noção de norma fundamental (*Grundnorm*), elaborada e sofisticada forma de objetificação metafísico-positivista”,¹⁷⁸ pois ela é o ponto de partida do processo de criação do Direito Positivo. Neste sentido Kelsen define que, diante da multiplicidade de normas jurídicas, todas devem ser subordinadas hierarquicamente a uma norma fundamental. Kelsen, portanto, fundou sua teoria no pressuposto lógico-jurídico de uma norma fundamental a fim de dar *status* de conhecimento científico ao Direito.

O radicalismo da visão normativista de Kelsen manifesta-se dogmaticamente nos Cursos Jurídicos, pois, na maioria das Faculdades de Direito, o ensino tem como alicerce o estudo das normas. Isso leva a questionar se a teoria proposta por Kelsen interferiu na crise de ensino jurídico, no momento em que a compreensão do fenômeno jurídico é posta entre parênteses para adotar apenas uma leitura da norma em si, numa perspectiva lógico-objetivante, observando apenas o Direito como um conjunto de normas e seu encaixe estrutural. O normativismo exclui a dimensão criadora do Direito, o seu sentido (modelador da vida). O paradigma normativista/positivista não pode mais ser visto como alternativa absoluta.

Na seqüência, apresentar-se-á a tese de Herbert L. A. Hart. Seu contributo pode ser constatado quando insere que a “dinâmica das normas somente pode ser explicitada através da análise das chamadas regras secundárias (adjudicação, mudança, reconhecimento), que permitem a justificação e a existência do sistema jurídico”.¹⁷⁹ Hart avança ao mostrar que existe uma textura aberta no Direito e que, frente a casos difíceis, o juiz pode ser um legislador e exercer sua discricionariedade, criando Direito.

1.2.4 Hart e o poder discricionário do juiz

Ao problematizar a questão o que é Direito, Hart revolucionou, com suas idéias, a ciência jurídica inglesa ao apontar caminhos para a superação do positivismo

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do Direito a partir da ontologia fundamental. **Filosofia UNISINOS**, São Leopoldo, Centro de Ciências Humanas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 3, n. 4, p. 115, jun./jul. 2002.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 175.

jurídico herdado de Austin. A versão “sociológico-analítica proposta por Hart”¹⁸⁰ foi ganhando autoridade frente ao normativismo de Kelsen. A matriz teórica que sustenta as idéias de Hart é a filosofia analítica¹⁸¹ e a hermenêutica. O autor valoriza a forma de interpretar e descrever as práticas sociais institucionalizadas a partir da compreensão do significado atribuído pelo intérprete, distinguindo entre a natureza das normas sociais e dos meros hábitos sociais convergentes de comportamento. Ele põe em evidência a função do participante do sistema, ou seja, do intérprete, que descreve os fenômenos sociais mediante a compreensão do significado atribuído aos conteúdos jurídicos sob determinado ponto de vista. Campbell descreve a lucidez demonstrada por Hart ao dizer que “nenhuma caracterização do Direito que ignore sua inteligibilidade e significado desde o ponto de vista daqueles que operam e são afetados por suas estruturas normativas pode proporcionar uma caracterização satisfatória de tal instituição social complexa”.¹⁸²

Hart inicia sua obra *O conceito de Direito* mostrando que, nos últimos 150 anos, são insipientes e insuficientes as respostas de filósofos e juristas sobre o tema, abarcando, geralmente, revelações contaminadas por erros graves, relativas à essência do que é Direito. Essa insuficiência conceitual é fruto, como já se viu nos itens anteriores, das deturpações das correntes jusfilosóficas que pretenderam revelar o que é Direito ocultando sua essência sob a exterioridade vazia e improfícua do jusnaturalismo, do positivismo e do normativismo.

¹⁸⁰ RODRIGUEZ, César. **La decisión judicial**: el debate Hart–Dworkin. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997, p. 16.

¹⁸¹ Hart utilizou elementos da filosofia analítica ou lingüística inglesa. Encontramos fortes traços da filosofia analítica quando observamos como o autor faz uso de uma argumentação minuciosa, rigorosa e, utilizando uma linguagem formal, própria de uma racionalidade analítica. “A aplicação desta aproximação filosófica ao estudo do direito implicou em uma atenção preferencial pela ‘linguagem’ que os advogados, juízes, legisladores e cidadãos comuns em geral utilizam ao referir-se a assuntos jurídicos”. Hart realiza uma aproximação lingüístico-sociológica: “Seu propósito não é dar uma definição do que significa a palavra ‘direito’, mas descrever a estrutura característica de um sistema jurídico contemporâneo. Em segundo lugar, sua atenção se centra na ‘prática social’, isto é, na forma com que as pessoas atuam nas situações reguladas pelo direito e linguagem de que se valem para referir-se a elas”. Ibidem, p. 22. Por outro lado, Hart também é hermeneuta ao trazer o tema da interpretação, da compreensão, da linguagem, integrando um horizonte sociológico e histórico para melhor descrever a sua teoria.

¹⁸² CAMPBELL, Tom. El sentido... *Op. cit.* p. 304.

O autor reconhece que não é possível definir com clareza e exatidão um conceito para o Direito, pois o termo envolve questões complexas, cheias de interrogações e passíveis de incompreensões, pois tem íntima relação com o momento histórico que expressa e traduz os valores e as contradições da sociedade. Salienta, ainda, que é esta perplexidade em relação à não-existência de um conceito acabado que mantém viva a pergunta e instiga a Humanidade a aprofundar o tema criticamente. Por ser uma questão complexa, Hart não tem a pretensão de fornecer uma definição do Direito; ao contrário, sua intenção é propiciar subsídios para avançar na teoria jurídica propondo outra via de análise, ou seja, compreender o que é Direito partindo da concepção do Ordenamento Jurídico como um sistema aberto de regras sociais para melhor compreender as semelhanças e diferenças entre o Direito, a coerção e a moral enquanto tipos de fenômenos sociais.¹⁸³

Para dar conta desses aspectos, Hart mostra as insuficiências das teorias jurídicas que insistem na idéia de que todos os fenômenos de um sistema jurídico estão embasados no hábito de obediência a um soberano ilimitado, inserindo a discussão sobre regras primárias¹⁸⁴ e regras secundárias.¹⁸⁵ Para o autor, as duas categorias de normas caracterizam a passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, pois justificam a complexidade de um sistema jurídico. Atribui um lugar central para a compreensão desses dois tipos de regras, pois, ao compreender as regras não como um todo homogêneo, Hart acredita que se possam elucidar os conceitos que constituem a

¹⁸³ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, p. 5 e ss.

¹⁸⁴ Regras primárias podem ser definidas como as regras que concedem direitos e impõem um dever, ou seja, impõem um determinado comportamento a categorias de pessoas ou à totalidade de cidadãos. São consideradas regras de conduta, que impõem deveres gerais aos indivíduos para uma convivência em comum. Percebe três defeitos nos sistemas jurídicos que têm como base apenas as regras primárias: a) falta de certeza, ou seja, ao surgirem dúvidas sobre que normas observar em determinada situação ou qual o seu alcance, não existe qualquer indicação de como solucionar essas dúvidas; b) o caráter estático da regra primária; c) insuficiência de pressão social difusa, exercida para cumprir a regra frente à inexistência de organismos oficiais com autoridade que possam determinar o procedimento em função de sua violação. *Ibidem*, p. 91 e ss.

¹⁸⁵ As regras secundárias não são impositivas e não criam obrigações. Seu conteúdo destina-se a criar poderes públicos ou privados, ou seja, correspondem à identificação, alteração e aplicação das regras. Elas surgem a partir do momento em que as regras primárias não conseguem responder as necessidades do sistema jurídico. A partir destas deficiências, as regras secundárias surgem como possibilidade de criação ou modificação de deveres e obrigações. Por isso, elas são secundárias em relação às primeiras, pois são postas para sanar os defeitos do mundo pré-jurídico, complementando as regras primárias com regras secundárias. As regras secundárias são de três espécies: regras de reconhecimento, regras de alteração e de regras de julgamento. *Idem*.

estrutura do pensamento jurídico complexo ao ver as regras a partir do ponto de vista da função que elas compreendem.

A partir da identificação de que um sistema jurídico é a união complexa de regras primárias e regras secundárias, Hart introduz a idéia de regra de reconhecimento.¹⁸⁶ Para a existência de um sistema jurídico, advoga que são necessárias duas condições mínimas, ou seja, de um lado estão “as regras de comportamento, que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema”¹⁸⁷ e devem ser obedecidas pelos cidadãos privados (ponto de vista externo) e, de outro, encontram-se “as regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e suas regras de alteração e julgamento que devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos e comuns de comportamento oficial por seus funcionários”¹⁸⁸ desde um ponto de vista interno.

A regra de reconhecimento está diretamente relacionada à validade das outras regras do sistema, pois é ela que estabelece os critérios de validade. Hart a propõe como um remédio contra a falta de certeza. Mas, por outro lado, assevera que mesmo as regras de reconhecimento não asseguram certeza e que sempre há uma zona de penumbra e dúvidas ao colocar situações concretas sobre as regras gerais. Isso significa que sempre poderá haver situações de imprecisão ou, como ele denomina, uma “textura aberta”, e “isto pode afetar a regra de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados na identificação do Direito, tanto como duma lei concreta”.¹⁸⁹

¹⁸⁶ A chave da explicação hartiana está no que ele chama de Regra de Reconhecimento. Ela não se caracteriza como um simples hábito de conduta, mas, sim, como uma regra que exige dos juízes e funcionários do sistema uma aplicação de regras identificadas por critérios de validade incluídos na própria regra de reconhecimento. Sua existência é uma questão de fato, pois é necessária face à complexidade em identificar o Direito, tendo como referência determinados critérios. O critério último de validade jurídica advém da prática dos tribunais em aceitar uma Regra de Reconhecimento. Como exemplo, Hart coloca que, no sistema jurídico inglês, a regra de reconhecimento estabelece como critério último a produção normativa do Parlamento.

¹⁸⁷ HART, Herbert L.A. **O conceito...** *Op. cit.*, p. 128.

¹⁸⁸ Idem, *Ibidem*.

¹⁸⁹ Idem, p. 134.

Em síntese, a preocupação de Hart “foi estabelecer os limites do Direito e distinguir os elementos jurídicos dos extrajurídicos. Sua regra de reconhecimento se construiu precisamente para identificar o Direito”.¹⁹⁰

O *status* de Direito não advém de um exercício tácito do Poder Legislativo. Hart esclarece que é a regra de reconhecimento que lhe concede um tal status independente, embora subordinado. Em nenhum momento o autor quer dar a impressão de que a palavra *Direito* deva ser definida a partir da idéia de regra de reconhecimento. Sua teoria busca uma elucidação do conceito Direito em vez de uma definição de Direito.¹⁹¹ Para que um sistema jurídico possa ser considerado amadurecido, Hart salienta que é necessário que exista um sistema de regras que inclui uma regra de reconhecimento, “de forma que o estatuto da regra como elemento do sistema depende agora do fato de ela satisfazer certos critérios facultados pela regra de reconhecimento”.¹⁹²

A partir dessa constatação, Hart insere a aplicação de uma nova palavra, que é o existir. A afirmativa de que uma regra existe, para o autor, só pode ser uma afirmação externa de fato. Em sua explicação salienta que, enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, “nesse sentido, ‘existir’, mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares ao identificarem o Direito por referência a certos critérios”.¹⁹³ A existência da regra de reconhecimento é uma questão fática. O que dá sustentabilidade e forma a um sistema jurídico é a união da regra de reconhecimento com todas as regras identificadas pelo sistema.

As idéias de Hart representam um marco importantíssimo na evolução do pensamento jurídico, principalmente quando insere a discussão sobre a textura aberta da linguagem. Ao reconhecer que as línguas naturais têm irredutivelmente uma textura aberta, Hart reconhece e fundamenta a existência de uma textura aberta no Direito. Referência que não é possível determinar o sistema de normas jurídicas de forma

¹⁹⁰ CALSAMIGLIA, Albert. Pós-Positivismo. **DOXA**. Cuardenos de Filosofia del Derecho, Alicante, n. 21, p. 211, 1998.

¹⁹¹ HART, Herbert L. A. **O conceito...** *Op. cit.*, p. 229.

¹⁹² Idem, p. 121.

¹⁹³ Idem, *Ibidem*.

conclusiva e com enunciados unívocos, em que tudo pode ser previamente conhecido e especificado antecipadamente através de regras gerais a casos particulares. Neste momento, Hart mostra a insuficiência do positivismo, pois “isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’, e este não é o nosso mundo, visto que os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações e circunstâncias que o futuro pode trazer”.¹⁹⁴

A certeza e a previsibilidade de uma única resposta correta a descobrir não fazem parte da contemporaneidade, pois ela traz consigo a penumbra própria da incerteza. A perfeição desse processo é chamada por Hart de “o paraíso de conceitos” dos juristas, pois não é exigido deles nenhum esforço para uma compreensão nova de caso para caso, à luz da realidade, em suas várias repetições.

A solução encontrada por Hart é reconhecer que a “textura aberta do Direito é responsável pela necessidade de interpretação, ao menos, nos casos difíceis”¹⁹⁵. Ao fazer essa constatação, adota a postura de que as normas requerem interpretações para serem aplicadas a casos particulares. No dizer de Navaro, a estratégia de Hart é sugerir “que entre normas gerais e casos difíceis há uma ‘abismo conceitual’ que só a interpretação pode salvar”.¹⁹⁶ Com estas palavras, Navaro pretende dizer que Hart não sugere “que a interpretação é um processo necessário com o objetivo de precisar o alcance da norma”,¹⁹⁷ mas que o juiz goza do poder discricionário para escolher a interpretação que considera mais adequada frente ao caso concreto, refutando, assim, o formalismo.

Em relação à textura aberta do Direito, Hart chama a atenção para o fato de que em todo sistema jurídico sempre haverá casos não-previstos e não-regulados legalmente em que os tribunais devem fundamentar suas sentenças em pautas razoáveis que não fazem parte de conteúdos prescritivos. Em tais casos, o juiz exerce sua discricionariedade e cria Direito, ao invés de apenas se deter a aplicar o Direito já pré-existente e estabelecido, permitindo-lhe estabelecer o equilíbrio entre interesses conflitantes,

¹⁹⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito...** *Op. cit.*, p. 141.

¹⁹⁵ NAVARO, Pablo E. Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico. **DOXA**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 24, p. 150, 2001.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 153.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 154.

dependendo das circunstâncias, analisando caso a caso. Nesse momento, ganha força o compromisso dos juízes de buscarem compreender a particularidade de cada caso sem pré-julgamentos. Ou seja, sua função não é apenas a de interpretar leis e precedentes a partir de uma escolha cega e arbitrária, ou apenas à dedução mecânica de regras a partir de um sentido pré-determinado. Essa escolha, nas palavras de Hart, pode significar “imparcialidade e neutralidade ao examinar as alternativas; considerações dos interesses de todos os que serão afetados; e preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de decisão”.¹⁹⁸ Esta postura mostra que não é possível aceitar uma única resposta correta,¹⁹⁹ mas que ela “pode tornar-se aceitável como produto racional de escolha esclarecida e imparcial. Em tudo isto, temos as atividades de ‘pensar’ ou de ‘equilibrar’, características do esforço para fazer justiça entre interesses conflitantes”.²⁰⁰

Hart não nega sua origem positivista, mas classifica-se como um “positivismo suave”²⁰¹ ao aceitar “explicitamente que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a conformidade com princípios morais”.²⁰²

Outro elemento que Hart apresenta para mostrar que é um positivista suave pode ser encontrado quando traz o tema da “textura aberta”, demonstrando que, quando da aplicação do Direito, em muitos casos o juiz se encontra diante da incompletude do Direito, pois as normas para este caso “não fornecem nenhuma resposta a estes interrogantes. São assuntos que não estão juridicamente regulados e, para chegar a uma

¹⁹⁸ A este respeito consultar a obra de STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Streck desenvolve uma nova tese que denuncia a discricionariedade admitida por Hart para a resolução dos *hard cases*, construindo a possibilidade de uma *resposta hermenêuticamente correta*. O autor trabalha no sentido de mostrar que não há a única e nem a melhor resposta correta e, sim, a resposta hermenêuticamente correta (verdadeira) que é possível alcançá-la quando se entende a diferença (e não cisão) existente entre texto e norma. “Exatamente por superar o modelo interpretativo baseado na determinação abstrata dos significados dos textos jurídicos e por superar os modelos procedimentais (em que apenas importa a relação de proposições) é que a hermenêutica trata da realização concreta do direito, isto é, não há mais só textos; há normas e nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta. É o caso concreto que será o *locus* desse acontecer de sentido”. É, pois, *applicatio* (superada, portanto, a cisão – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). (p. 210).

¹⁹⁹ HART, Herbert L. A. **O conceito...** *Op. cit.*, p. 221

²⁰⁰ Idem, *ibidem*.

²⁰¹ A denominação de “positivismo suave” é referenciada pelo próprio Hart quando apresenta seus argumentos contra a crítica que Dworkin faz a sua teoria: HART, Herbert L. A. **Postscriptum**. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997, p. 106.

²⁰² Idem, *ibidem*.

decisão nestes casos, o juiz deve exercer aquela função restringida de criação da lei que tenho chamado ‘discricionaridade’²⁰³. Percebe-se que Hart dá um passo importante para a formação de um juízo não-positivado, contribuindo com suas reflexões e proposições, buscando avançar na elaboração de uma teoria de Direito.

Dworkin é um dos críticos que demonstra que Hart aperfeiçoou o positivismo jurídico e o considera como um dos representantes mais influentes da versão contemporânea desse paradigma. Uma das críticas de Dworkin a Hart é em relação à ênfase dada à distinção rígida entre Direito e Moral. Outra crítica recorrente refere-se ao valor que Hart dá ao poder discricionário do juiz, ou seja, quando um caso não for regido por uma norma estabelecida, o juiz deve decidi-lo usando seu poder discricionário. Dworkin rejeita essa tese e a considera totalmente inadequada afirmando que, mesmo quando nenhuma norma regula um caso difícil, o juiz tem a obrigação de “descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.²⁰⁴

Constata-se que em nenhum momento Dworkin afirma que isso significa apenas um procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Pelo contrário, o argumento de Dworkin pressupõe que “os juristas e juízes sensatos irão divergir freqüentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos”.²⁰⁵ Admite que os juízes só podem exercer poder discricionário quando nenhuma das partes tem direito a uma decisão.

1.2.5 Dworkin e a força argumentativa dos princípios

A tese principal de Dworkin é de que os juízes devem basear os julgamentos de casos controvertidos e de complexidade social com argumentos calcados em princípios. Neste aspecto, o autor rejeita a idéia de que os juízes decidem casos constitucionais difíceis calcados em suas convicções políticas individuais, ou seja, que atuem como legisladores. A grande crítica de Dworkin em relação ao positivismo jurídico – ou seja,

²⁰³ HART, Herbert L. A. *Postscriptum...* *Op. cit.*, p. 109.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127.

²⁰⁵ *Idem*, p. 127 e ss.

na idéia de que “a lei existe apenas em virtude de algum ato ou decisão humana”²⁰⁶ e que os juízes devem descobrir o significado do conteúdo do texto e aplicar o Direito a partir do modelo centrado na exegese da lei – está assentada no fato de o positivismo não utilizar em suas análises as diretrizes e princípios.

Identifica-se, portanto, sua crítica ao positivismo quando enfatiza suas deficiências, argumentando que é contra “a alegação dos positivistas de que não podem existir respostas ‘certas’ a questões jurídicas polêmicas, mas apenas respostas ‘diferentes’”.²⁰⁷ Nessas palavras, Dworkin reafirma sua posição de que, na maioria dos casos difíceis, as respostas devem ser interpretações criativas e construtivas como possibilidade de apresentar a resposta em sua melhor luz. Isso significa que existem caminhos diferentes para decidir um caso difícil. É enfático em argumentar que a atitude do Direito é construtiva.²⁰⁸

Sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.²⁰⁹

Dworkin constrói sua teoria com o propósito de ajudar a compreender melhor o argumento jurídico e a ver com mais clareza o papel do Direito na sociedade, em um sentido mais amplo. O objetivo teórico que Dworkin “persegue com seu ‘giro interpretativo’ é o de dar com uma explicação de sentido as ‘proposições de direito’ que

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 194.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. XIII.

²⁰⁸ É uma atitude construtiva quando se aceita que o Direito “não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamento”. O Império do Direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Por isso é construtivo, pois inclui o cidadão como responsável “por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância”. (Idem, p. 492).

O modelo construtivo levantado por Dworkin “não pressupõe que os princípios de Justiça tenham uma existência fixa e objetiva, de modo que as descrições desses princípios devem ser verdadeiras ou falsas de alguma maneira padronizada. Parte do pressuposto diferente – e, sob certos aspectos, bem mais completo – de que homens e mulheres têm responsabilidades de adequar os juízos particulares que lhes servem de base para a ação a um programa coerente de ação ou, pelo menos, que as autoridades que exercem o poder sobre outros homens tenham esse tipo de responsabilidade”. DWORKIN, Ronald. **Levando os...** *Op. cit.*, p. 250.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império...** *Op. cit.*, p. 492.

constituem uma alternativa plausível à forma em que tem feito tradicionalmente o positivismo e o jusnaturalismo”.²¹⁰.

Ao cimentar sua teoria na força argumentativa de princípios e diretrizes políticas, Dworkin mostra claramente que a teoria positivista é inadequada para o Direito, pois o positivismo jurídico, na crítica do autor, “rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade”.²¹¹ O autor oferece uma teoria normativa da decisão judicial ao enfatizar que deve haver uma distinção entre argumentos de princípios²¹² (destinados a estabelecer um direito individual) e argumentos políticos²¹³ (destinados a estabelecer um objetivo coletivo).

Para Dworkin, os argumentos de princípio não têm a pretensão de estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária, e também não apresentam conseqüências jurídicas que devem ser aplicadas automaticamente quando as condições são dadas, como ocorre no caso de uma regra jurídica. Ao contrário, o argumento de princípio “enuncia uma razão que condiz com o argumento em uma certa direção mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular”.²¹⁴ Defende que o juiz, ao fazer a revisão judicial, pode basear-se em argumentos de princípio, mesmo nos casos politicamente controversos, pois eles justificam uma “decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”.²¹⁵

²¹⁰ BONORINO, Pablo Raúl. *Proposiciones de Derecho: es realmente ininteligible la teoría de Dworkin? DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 23, p. 484, 2000.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os...* *Op. cit.*, p. XIV.

²¹² Dworkin denomina ‘princípio’ a um padrão que “deve ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Como exemplo cita o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos. *Ibidem*, p. 36.

²¹³ Dworkin denomina ‘política’ “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. *Ibidem*.

²¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os...* *Op. cit.*, p. 41.

²¹⁵ *Idem*, p. 129.

Ao longo de suas obras, Dworkin enfatiza a existência de *hard cases*, tanto na política quanto no Direito, mas, diferentemente do positivismo de Hart, que se apóia no poder discricionário do juiz, o autor afirma que, ainda que não haja nenhuma regra a regular o caso, “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.²¹⁶ Dworkin nega a possibilidade da discricionariedade judicial. A tese defendida por ele é a da “única resposta certa”, e ao decidir *hard cases* os juízes devem decidi-los com base em argumentos de princípios. É possível encontrar sinais de positivismo em sua teoria.

Os juristas certamente irão divergir acerca dos direitos e dificilmente terão todos os argumentos para convencer o outro para casos de incerteza e controvérsia, o que exigirá sair das técnicas jurídicas comuns para a aplicação do Direito ao caso concreto. Isso implica colocar a perspectiva do pensamento problemático, ou seja, que o conhecimento jurídico ocorre a partir do caso concreto: quando o juiz se dá conta da incompletude das normas jurídicas vai além, parte do caso concreto e busca verificar as condições de aplicabilidade dessa norma, apoiado nas diretrizes e princípios.

A tese que Dworkin levanta para resolver os chamados “casos difíceis”²¹⁷ pressupõe que na maior parte das vezes existe apenas uma “única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política”²¹⁸. Ele defende a tese da resposta certa, apoiado na idéia de que, se as normas são corretamente interpretadas, só é possível um resultado, oferecendo argumentos para sustentar essa posição. Estes argumentos “não se fundam – no que se pode chamar – em “*hard facts*” externos as práticas jurídicas, mas em razões relativas à ‘coerência narrativa’ da solução proposta dentro da história destas práticas”²¹⁹. Os “casos difíceis” são resolvidos pelos juízes utilizando os princípios que fundamentam o Direito. Dworkin defende arduamente que “as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da *Spartan Steel*, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”.²²⁰ Argumenta que nem mesmo a imprecisão da linguagem jurídica

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os...* *Op. cit.*, p. 127.

²¹⁷ Ver sobre o tema basilar de sua tese em DWORKIN, Ronald. *O Império...* *Op. cit.*, p. 127 e ss.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os...* *Op. cit.*, p. 429.

²¹⁹ RODRÍGUEZ, César. *La decisión...* *Op. cit.*, p. 85 e ss.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império...* *Op. cit.*, p. 132.

consagrada garante a indeterminação das proposições de Direito, e que isso não o leva a aceitar a tese de que “não há resposta certa”.²²¹ Por outro lado, o autor admite que, para muitas situações jurídicas, não há uma única resposta certa, “mas somente respostas”.

Diferentemente das teorias tradicionais, Dworkin referencia que a linguagem jurídica deve ser flexível, pois as teorias “semânticas como o positivismo limitam nossa linguagem ao nos negarem a oportunidade de usarmos a palavra ‘Direito’ com mais flexibilidade, ou seja, de acordo com o momento histórico, o contexto do caso concreto ou o sentido em que está inserido o termo”.²²² Pensa-se o Direito geralmente num sentido mais reducionista e que é preciso obedecer-lhe e aplicá-lo.

A crítica de Dworkin dirige-se também às universidades, salientando que é nos bancos escolares que mais aflora a divisão do trabalho ao refletir sobre o Direito. Salienta que “os filósofos políticos examinaram os problemas relativos à força do Direito, e os acadêmicos e os doutrinadores se dedicam aos problemas de seus fundamentos”.²²³ Disso resulta que as “filosofias do Direito são em geral teorias desequilibradas do Direito: tratam basicamente dos fundamentos e praticamente silenciam sobre a força do Direito. Na verdade, abstraem-se do problema da força para estudarem mais a fundo o problema dos fundamentos”.²²⁴ Para Dworkin, isso só é possível porque há um consenso, embora rudimentar, sobre a força do Direito.

A concepção construtiva da interpretação sobre a qual Dworkin fundamenta sua teoria do Direito é assim compreendida por Bonorino:

Para Dworkin, a melhor alternativa frente ao positivismo e ao jusnaturalismo é afirmar que as proposições de direito são ‘proposições interpretativas’ da história jurídica. As proposições interpretativas não são nem descritivas nem valorativas, porque interpretar é mostrar ao objeto interpretado como o melhor que pode

²²¹ Exemplifica colocando que “o conceito de contrato válido não é impreciso como o conceito de meia-idade, e do fato de que às vezes a linguagem da lei relativa à validade de um contrato seja imprecisa, não decorre que também seja imprecisa a questão de ser o contrato válido ou não. Isso, porém, torna mais provável que os juristas discordem quanto ao contrato ser ou não válido do que se a lei não contivesse termos imprecisos – não porque o significado de termos seja decisivo em questões de validade, mas porque os juristas realmente discordam quanto às técnicas de interpretação e explicação usadas para responder tais questões”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão...** *Op. cit.*, p. 194.

²²² DWORKIN, Ronald. **O Império...** *Op. cit.*, p. 129.

²²³ *Idem*, p. 137.

²²⁴ *Idem*, *Ibidem*.

ser dentro de seu gênero. Quem interpreta o faz a partir de certas crenças inarticuladas sobre a identidade do objeto a interpretar e sobre aquilo que torna valiosos os objetos desta classe.²²⁵

Pode-se dizer que toda força do pensamento de Dworkin se baseia no fato de o autor dar especial destaque ao Direito como integridade²²⁶ e ao papel da doutrina e da jurisdição. Dworkin aceita a integridade como um ideal político, ao defender o “estilo geral de argumentação que considera a própria comunidade como um agente moral”.²²⁷ A comunidade, para o autor, deve ser vista como um agente moral distinto e suas práticas sociais e intelectuais devem ser protegidas. Ao ressaltar esse aspecto, faz com que o “conteúdo do Direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”.²²⁸

Do exposto acima revela-se a importância que Dworkin atribui à capacidade de identificar os “pontos de ramificação do argumento jurídico, os pontos em que a opinião se divide da maneira proporcionada pelo Direito como integridade”.²²⁹ Ao propor um modelo de comunidade política como uma associação de princípio, o autor salienta que, para sua concretização, se precisa aceitar a integridade como uma virtude política fundamental. É preciso romper limites. Streck referencia que entende a advertência de Dworkin correta quando se posiciona no sentido de que

[...] devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores do Direito; a opinião falaciosa de que, como não existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, *nenhum argumento é melhor do que o outro, e o raciocínio jurídico é uma perda de tempo*. Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia inerente ao conceito de

²²⁵ BONORINO, Pablo Raúl. *Proposiciones de...* *Op. cit.*, p. 493.

²²⁶ A integridade, para Dworkin, contribui para a eficiência do Direito: “Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então, o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. [...] Uma comunidade que aceite a integridade tem um veículo para a transformação orgânica, mesmo que este nem sempre seja totalmente eficaz, que de outra forma sem dúvida não teria”. DWORKIN, Ronald. *O Império...* *Op. cit.*, p. 229.

²²⁷ *Idem*, p. 227.

²²⁸ *Idem*, p. 489.

²²⁹ *Ibidem*, p. 491.

Direito em si de que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam.²³⁰

A partir dessas constatações, percebe-se que Dworkin revoluciona as teorias anteriores ao mostrar que o Direito, ao longo da história, ficou afastado da realidade pelo império da norma. Resolver problemas concretos é superar a relação sujeito-objeto, marca do positivismo jurídico. Assim, na perspectiva de Dworkin, quando busca apenas teorias que fundamentam o Direito o operador jurídico se afasta da realidade, pois não se sente comprometido com nenhuma posição específica ou concreta sobre o modo como os cidadãos devem se comportar ou como os juízes devem decidir seus casos.

Isso explica o repúdio que Dworkin demonstra pela atração imediata que o paradigma positivista exerce sobre todos, principalmente na comunidade acadêmica, pois sua finalidade seria a de apenas ser um teste para exercitar a memória dos estudantes. Essa constatação o leva a denunciar que a “jurisprudência tem sido assim há tempo demais”.²³¹

Ao longo das últimas décadas, o paradigma positivista e suas insuficiências vêm sendo questionados, legando às gerações futuras a preocupação de que o Direito não pode ser visto apenas como uma teoria puramente prescritiva amparada no império da lei. Como teoria do Direito, o positivismo mostrou sua inadequação. Dworkin é um dos autores que criticou duramente o paradigma positivista que reduz a concepção de Direito centrado em textos legais e que a lei existe apenas em virtude de algum ato ou decisão humana.

O positivismo exclui as diretrizes e os princípios que propiciam uma atitude interpretativa e auto-reflexiva sobre o que é Direito. Pelo império da lei, o Direito afastou-se da realidade, do mundo da vida. Dworkin retoma a necessidade de o jurista ter uma atitude interpretativa e de compreensão mais alargada, pois em sua concretude o

²³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos; A incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*Ontologische Differenz*) entre Texto e Norma. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado 2005**, v. 2, p. 20. [ainda não publicado]

²³¹ DWORKIN, Ronald. **O Império...** *Op. cit.*, p. 138.

Direito é essencialmente interpretativo. Na seqüência, a intenção é apresentar as insuficiências do paradigma positivista que contribuíram para a crise do ensino jurídico.

1.2.6 As insuficiências do modelo positivista

Como resposta provisória, é possível dizer que o positivismo, em suas várias manifestações,²³² tem desempenhado um papel dominante no Direito, principalmente por ter-se consolidado na pretensão de reduzir o conhecimento jurídico ao conhecimento objetivo das ciências naturais, de pretensa definitividade, adotando um raciocínio tipicamente sistemático e lógico que parte da lei posta em direção ao caso concreto, amparado em verdades e certezas, ligado à necessidade de segurança. Em outras palavras, o positivismo concebe o Direito na perspectiva do ordenamento jurídico, entendendo-o como um conjunto de normas gerais e abstratas, objetivamente determinadas, vigentes em determinado período histórico e em determinado país, com a pretensão de regular, de forma completa, a vida humana. Esse complexo de normas está amparado em juízos de validade, de caráter lógico-dedutivo, numa visão de completude do sistema jurídico e de um “tecnicismo neutro”, ou seja, num sistema fechado, perfeito e acabado, acrítico, a-histórico e afastado da realidade.

A norma tem um papel central dentro do sistema positivista; deve ser expressa em termos claros e precisos, afastando qualquer possibilidade de interpretar o Direito à luz dos juízos de valor sobre como aplicar a regra em circunstâncias particulares. Este é o positivismo, por excelência, abarcado pelo império da lei, professado pela Escola da Exegese e perpetuado no ensino jurídico, que não tem conseguido integrar o giro interpretativo da filosofia do Direito, que tem dado especial atenção

[...] ao papel crucial dos juízes e à cultura jurídica na adjudicação de sentido e significado a regras que, por si mesmas, são compatíveis com um número infinito de diferentes interpretações. A divulgação do ‘significado literal’ caminha em direção à morte anunciada do positivismo.²³³

²³² Na Teoria do Direito contemporâneo são analisadas várias manifestações do positivismo, como: positivismo ideológico, formalismo jurídico, positivismo metodológico ou conceitual etc. Pretende-se apenas considerar as insuficiências do modelo positivista como um todo. A discussão pormenorizada de cada uma dessas concepções, portanto, excede os propósitos desta pesquisa.

²³³ CAMPBELL, Tom. El sentido del... *Op. cit.*, p. 304.

A título exemplificativo, como conseqüência desse modo de compreender o fenômeno jurídico, busca-se elencar cinco teses²³⁴ que revelam as insuficiências do positivismo jurídico e que são duramente criticadas pela influência trágica desse paradigma filosófico na formação política, social, econômica e filosófica dos juristas dos últimos dois séculos. O propósito não é descrever as teses centrais do positivismo jurídico, mas abordar o alcance de suas deficiências para a crise do ensino jurídico.

1.2.6.1 A primazia da lei em relação às outras fontes do Direito

Para o positivismo jurídico, somente a lei, considerada *lato sensu*, pode oferecer critérios mais racionais que a jurisprudência, os costumes ou os precedentes. Desde sua origem, a lei codificada é a que oferece ao jurista critérios claros e distintos para a resolução dos conflitos sociais. Todo o Direito está contido na lei. A redução do Direito à lei tem como objetivo garantir a segurança jurídica e delegar ao Poder Judiciário um papel secundário, perdendo sua autonomia política, sendo, pois, também secundário o papel dos precedentes, da doutrina, dos princípios gerais ou dos costumes.²³⁵ Sua tarefa é conservar o corpo de regras já estabelecidas pelos códigos, atuando como mero intérprete-aplicador do Direito. Ele apenas declara, isto é, revela o Direito existente.

Isso significa, nas palavras de Zagrebelsky, que:

²³⁴ As insuficiências do paradigma positivista traduzem-se em inúmeras teses. Na presente tese, o objetivo é apenas trabalhar com que, em nosso entender, elas estão impregnadas no ensino jurídico. Há enormes desafios que ainda precisam ser superados: separação entre teoria e prática; carência de racionalidade argumentativa; excessivo procedimentalismo; diferença entre texto e norma; separação entre atividade judicial e ciência jurídica, entre o mundo do *ser* e do *dever ser*; consagração do papel do juiz como “boca da lei”; dogma do valor certeza; a questão do alheamento do Direito em relação à realidade social, política, econômica e cultural; o problema da interpretação; a negação à abertura propiciada pelos princípios constitucionais que objetiva evitar a discricionariedade judicial, entre tantas outras insuficiências assumidas pelo positivismo. Além disso, não é apenas a matriz positivista a responsável pela crise no ensino jurídico. Um dos paradigmas também presentes na educação jurídica é o paradigma racionalista e a ideologia liberal-individualista. Importante consultar a última obra de Lenio Luiz Streck que, ao abordar filosoficamente as insuficiências dos paradigmas que impedem o acontecer da Constituição, possibilita um outro olhar: o olhar do paradigma hermenêutico-fenomenológico. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**; Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²³⁵ Importante registrar que no último século houve uma renovação no plano da teoria das fontes do Direito. Hoje é reconhecido o papel da jurisprudência, da historicidade do Direito e dos princípios gerais do Direito. A teoria das fontes de Direito ressurge para garantir que ele não pode ser reconhecido apenas sob o mito da exclusividade da lei. Na atualidade, os juízes têm grande responsabilidade na vida do Direito, e a eles compete alterar a valoração das fontes de Direito em nome de uma melhor compreensão do fenômeno jurídico no interior do Estado Democrático de Direito.

O princípio de legalidade e do conceito de lei era o ‘*positivismo jurídico*’ como *ciências da legislação positiva*. A idéia expressada por esta fórmula pressupõe uma situação histórico-concreta: a concentração da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado supõe uma redução de tudo o que pertence ao mundo do direito – isto é, os direitos e a justiça – ao disposto pela lei. Esta simplificação leva a conceber a atividade dos juristas como um mero serviço da lei, se não incluso como sua simples exegese, quer dizer, conduz a pura e simples busca da vontade do legislador.²³⁶

Ao assumir que o Direito se resume a um conjunto determinado e hierárquico de normas objetivamente determinadas por atos do Legislativo e consolidadas em prescrições formais normativas, o positivismo jurídico ostenta como dogma a lei como fonte principal do Direito. Esta postura, ao longo dos últimos séculos, demonstrou uma força considerável, principalmente ao ser assumida nos Cursos de Direito como metodologia de ensino-aprendizagem que privilegia a leitura positivista do Direito, circunscrita a normas substantivas e processuais que oferecem apenas a opção de compreender como deve ser o Direito e o sistema jurídico, como um “depósito de verdades descritivas e explicativas”.²³⁷

Na identificação do Direito com a lei, a intenção foi construir um “mundo jurídico” através de um castelo conceitual, normativo, criado pelos próprios juristas, distante do mundo real e dos fatos. Ao sustentar que o Direito não tem qualquer compromisso com o fato, com a realidade social, econômica, política, cultural e histórica, o positivismo aprofundou o divórcio entre Direito e História, indiferente às novas demandas que surgem a partir da transformação da sociedade.²³⁸ A lei codificada se bastaria a si própria e é fonte suficiente de todo o Direito.

Nessa linha de raciocínio, Silva convida a uma reflexão sobre alguns pontos que confirmam a expressão do excessivo legalismo, consubstanciado na separação entre teoria e prática, direito e fato, cognição e execução, atividade judicial e ciência jurídica, entre o mundo do *ser* e do *dever-ser*, entre moral e direito, “alheamento da ciência

²³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil: Ley, Derechos, Justiça**. Traduzido por Marina Gascón. 2. ed. Valladolid/ES: Trotta, 1997, p. 33.

²³⁷ Essa expressão é de Tom Campbell (El sentido... *Op. cit.*, p. 326).

²³⁸ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na Tradição Romano-Canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 155.

jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito”, tendo como base que o Direito é tão demonstrável como qualquer teorema matemático. Como consequência, assegura, fortalece e sedimenta a alienação dos juristas em relação aos problemas sociais e políticos de seu tempo, contribuindo para mantê-los na servil condição de executores da lei do Estado, seres iluminados, proferindo a sentença com sentido unívoco, produto de um juízo de certeza, representando a única solução correta, ajustada na moldura da norma, resultando, enfim, na submissão do juiz ao poder político e na vitória do formalismo.²³⁹

Os pressupostos doutrinários da Escola da Exegese da identificação do Direito à lei, que dominou por quase um século a cultura jurídica francesa, ainda são internalizados no agir cotidiano de muitas Faculdades de Direito, dominando a cultura jurídica. O ensino jurídico no Brasil supervalorizou o estudo eminentemente técnico do Direito, centrado no código comentado e nas disciplinas “lógicas”, ocupando-se da “ciência das normas” e apresentando a legislação como fonte primeira do Direito, distante das contradições e complexidades que a dinâmica da sociedade contemporânea requer. Ele reproduz o pressuposto na identificação do Direito com a lei e a certeza da funcionalidade do ordenamento jurídico e sua completude.

1.2.6.2 Direito como um saber a-histórico

O Direito é histórico por sua natureza, tanto em sua aplicação – pois sempre está inserido no processo histórico-cultural de uma sociedade – como em sua compreensão, porque traduz a cultura de um povo em seu tempo e seu espaço. Os próprios códigos são estabelecidos a partir dos costumes de uma sociedade e evoluem ao longo da história, a partir das transformações políticas, sociais, econômicas e culturais de determinada nação. O Direito é um dos saberes mais ligados à história, pois seu objetivo não é descrever regras hipotéticas e, sim, intervir diretamente nos conflitos sociais. E esta é a sua historicidade. Por outro lado, é preciso reconhecer que o costume e a tradição deixaram de desempenhar, durante muitas décadas, qualquer papel como fonte do Direito.

²³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e...** *Op. cit.*, p. 105, 157 e 197.

Por isso, a relevância das palavras de Silva, que chama a atenção para a

[...] dramática distância entre direito, enquanto norma intemporal, e o fato social, o terrível descompasso entre direito e história entremostram-se em toda sua crueza quando se percebe que a doutrina se limita a auto-reproduzir quase mecanicamente, sem sequer tematizar seus grandes fundamentos e sem libertar-se da teia ideológica que a prende ao racionalismo dos séculos passados.²⁴⁰

Ao separar teoria e prática, direito e fato, na ambiciosa busca da verdade cartesiana, o Direito separou-se da História, cristalizando-se como dogmático no sentido unívoco da lei e na práxis jurídica, seguindo simplesmente seu sentido literal. O caminho que o jurista faz é tomar o “sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado”; tem sempre em mente a lei em si, o que não quer dizer aplicar a lei descontextualizada do fato, do mundo real. Isto revela que o trabalho do jurista é mais amplo. Ao buscar determinar com exatidão o conteúdo da lei, o jurista não pode prescindir de um “conhecimento histórico do sentido original”, reconduzindo “essa compreensão para sua adaptação ao presente jurídico”. É importante ter presente que o que deve ser compreendido não é a intenção do legislador ao elaborar a lei, mas que o jurista está “obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei”. Acredita-se que nisso reside a chave para reconhecer a importância do conhecimento histórico e que o Positivismo não valorou.²⁴¹

Como o ensino do Direito tem como marca o saber reprodutor, limitando-se exclusivamente a verbalizar a vontade da lei e, conforme Gadamer, “a reprodução é uma interpretação que representa certa compreensão do texto original”,²⁴² o confronto com a tradição permite que o novo venha à luz. Por tudo isso, a questão da tradição e da consciência da história efetual na compreensão do Direito será aprofundada no Capítulo III da presente pesquisa. Com efeito, a tese pretende evidenciar o papel positivo do reconhecimento do passado histórico, onde há sempre um processo de

²⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e...** *Op. cit.*, p. 199.

²⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 485.

²⁴² GADAMER, Hans-Georg. Introdução. In: _____ (org.); FRUCHON, Pierre. **O problema da consciência histórica**. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 10.

retomada, buscando uma compreensão nova e atual. Portanto, sempre produz sentido e não apenas um passado histórico. A intenção é mostrar a força da tradição para o Direito que o positivismo não valorou. E Gadamer dá essa significação ao elevar a princípio hermenêutico a consciência da história efetual e a compreensão, a partir da tradição e da historicidade do Direito.

1.2.6.3 Dicotomia entre questão-de-fato e questão-de-direito

Ao assumir a decisão jurídica como resultado analítico de um pensamento construído, o pensamento positivista supervalorizou a norma como resultado de um esquema lógico-formal em detrimento do fato. Decompôs a concretização do Direito em duas unidades objetivas: o caso jurídico concreto e a decisão jurídica concreta “em dois elementos significativo-conceituais absolutamente (contraditoriamente) distintos, cada um deles ‘em si’ – como o exige a distinção conceitual pura, ou simplesmente lógico-formal”.²⁴³

O positivismo afastou o fato do Direito, ocasionando uma dicotomia entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. Ou seja, na vida processual o fato não existe; o que existe é a norma, pois a doutrina considera Direito apenas aquele pressuposto pela legislação. O problema metodológico da dicotomia questão-de-fato e questão-de-direito aparece no momento da aplicação do Direito em que se evidencia a subsunção do fato à norma jurídica. Norma e fato são dois momentos metodológicos distintos, mas “a norma e o fato se implicam e só têm sentido através da unidade de um *nexo normativo* na qual a norma manifeste a intenção de uma específica validade dirigida ao fato e o fato revele o correspondente dado exigente da validade, o dado positiva ou negativamente valioso”.²⁴⁴

Castanheira Neves salienta que a doutrina começou a se dar conta da existência do problema da distinção que o positivismo sustentou quando da aplicação concreta do Direito, ou seja, de sua concreta realização. A distinção tradicionalmente foi pensada não como problema, mas como postulado, ou seja, como posições absolutamente

²⁴³ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-fato-questão-de-Direito ou O problema método-lógico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967, p. 102.

²⁴⁴ Idem, p. 100.

contrárias, “pretendendo distinguir aqueles dois fatores entendendo-os como ‘fato em si’ e ‘direito em si’, e excluindo-se um ao outro em recíproca negação só própria de termos contraditórios”.²⁴⁵

A dicotomia entre a questão-de-fato e a questão-de-direito é atualmente um dos principais problemas metodológicos do pensamento jurídico que tem reflexos na juridicidade e na concretude do Direito e, principalmente, na crise em que hoje se debate o ensino jurídico. O positivismo não consegue prescindir, enquanto pensamento objetificante da subsunção do fato à norma, assumindo a posição de que o Direito se revela no conteúdo lógico-conceitual das normas positivas que oferece a solução para um problema concreto. Pois, assim como a dogmática jurídica em sua perspectiva positivista esconde o fato atrás dos conceitos, também o ensino jurídico é moldado para não trazer o fato para os debates acadêmicos. Esconde, desse modo, a singularidade do próprio objeto e sua razão de ser, que é o estudo do Direito enquanto questão-de-fato e questão-de-direito.

Mas essa distinção não é mais do que apenas dois momentos, “duas faces complementares (e, assim, a pensar simultaneamente) do mesmo conteúdo ou da mesma intenção totalizantes, do mesmo ‘todo’ – pensar simultâneo também decerto excluído por aquela estrutura”.²⁴⁶ Dito de outro modo, os momentos factuais e os momentos jurídicos “só seriam expressões metodologicamente análogas, como estariam ainda fundidos na unidade intencional de uma mesma perspectiva gnoseológica, não sendo aí mais do que momentos redutíveis em último termo a uma idêntica intencionalidade constitutiva”.²⁴⁷

Castanheira Neves propõe a reconstrução do processo metodológico que levou a essa distinção salientando que é possível ultrapassar pela conscientização de que o problema da distinção, enquanto problema

[...] que diz respeito à metodologia da “aplicação do direito” – da resolução concreta das questões jurídico-normativas – não pode ser referido ao quadro gnoseológico-epistemológico do *problema da*

²⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-fato...** *Op. cit.*, p. 101.

²⁴⁶ *Idem*, p. 102.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 425.

ciência do direito – do pensamento lógico-teorético *sobre* o direito enunciado –, mas, antes e necessariamente, ao quadro metodológico dos *problemas de juridicidade* emergentes das situações sociais concretas (autonomamente reais) e a resolver a partir delas.²⁴⁸

Portanto, essa é a questão que o pensamento jurídico é chamado a explicar quando se depara com um problema concreto de Direito. Recorre-se novamente a Castanheira Neves para descrever as insuficiências da distinção entre questão-de-direito e questão-de-fato próprias do positivismo jurídico normativista: “Não é o ‘direito’ que se distingue do ‘fato’, pois o direito é a síntese normativo-material em que o ‘fato’ é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção da problemática criticamente prepara e fundamenta”.²⁴⁹

Castanheira Neves rompe com esse dualismo metafísico. Streck propõe-se a explicitar essa dicotomia constituída ao longo da história, referenciando que “o texto diz (sempre) respeito a algo. O texto é um evento. O ‘fato’ só será ‘fato jurídico’ (se assim se quiser tratar do problema). É nisso que reside a diferença entre questão de fato e questão de direito”.²⁵⁰ Importante trazer na íntegra como Streck vai construindo sua tese ao demonstrar a importância da ruptura realizada por Castanheira Neves com o dualismo questão-de-direito e questão-de-fato:

Fatos não existem ‘ainda sem sentido’, à espera da atribuição de sentido. Fato já é sempre fato como fato (*etwas als etwas*); fato é síntese hermenêutica. E a norma que dá sentido ao texto significa que o texto só existe – no sentido da sua existência – ‘normado’ (significado). Mas, atenção: esse normado/significado jamais será um produto de uma conceitualização. Quando falamos de fatos ou coisas, falamos de fatos ou coisas porque estes somente são tais porque lhes foi atribuído um sentido. Afinal, diz Gadamer, ‘a experiência se verifica primeiro sem palavras para se tornar depois, através de designação, em objeto de reflexão’.²⁵¹

Assim, o fato é sempre uma situação única, irrepetível, e a norma é entendida quando de sua aplicação ao problema jurídico concreto. O ensino jurídico, ao amparar-se especialmente na literalidade da lei positivada, esqueceu que na vida jurídica existe o

²⁴⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-fato...** *Op. cit.*, p. 451.

²⁴⁹ *Idem*, p. 586.

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Da interpretação...* *Op. cit.*, p. 26.

²⁵¹ *Idem*, *ibidem*.

“fato” e é sobre o “fato” que os futuros juristas deverão mergulhar na busca da resposta hermeneuticamente correta para a concretização do Direito.

1.2.6.4 A completude e o formalismo do sistema jurídico

O sistema jurídico, por sua completude, tem na norma posta todas as respostas que determinam de forma clara e unívoca o resultado para a grande maioria dos casos com que se depara o juiz. Para obter a solução certa, o juiz recorre ao silogismo. Kelsen, como já se viu anteriormente, construiu com sua norma fundamental a completude do sistema jurídico, alicerçada no formalismo e no silogismo.²⁵² Para o autor, é pelo processo silogístico que se pode chegar ao fundamento de validade de uma norma positiva, salientando que no silogismo

[...] a premissa maior é uma norma considerada como objetivamente válida (melhor, a afirmação de uma tal norma), por força da qual devemos obedecer aos comandos de determinada pessoa, quer dizer, nos devemos conduzir de harmonia com o sentido subjetivo destes atos de comando; a premissa menor é a afirmação do fato de que essa pessoa ordenou que nos devemos conduzir de determinada maneira; e a conclusão, a afirmação de validade da norma: que nos devemos conduzir de determinada maneira. A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo.²⁵³

A completude do sistema jurídico, em Kelsen, fundamenta-se no escalonamento de normas supra-infra-ordenadas e é constituído pelo sistema positivista por sua capacidade de resolver conflitos quando já está inserido na cadeia de consensos entre as diversas leis postas, juridicamente legitimadas, destinadas a resolver conflitos existentes. Por isso, o positivismo fala que o sistema é completo. Sua característica fundante, portanto, é a completude do sistema jurídico, a sistematização, o cientifismo de suas normas, a lógica, a racionalidade, a unidade, a coerência e a obediência a postulados da ordem do dever-ser. Essa doutrina absoluta “continua a ser apresentada aos estudantes pelos especialistas dos diversos ramos do Direito como sendo admitida pelos nossos direitos”.²⁵⁴

²⁵² Sobre este ponto, com que alguns juristas não deixam de se preocupar, ver mais em CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-fato...** *Op. cit.*, p. 107 e ss.

²⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria...** *Op. cit.*, p. 226.

²⁵⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo.** Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 88.

Essa modificação introduzida na técnica jurídica é seguramente das mais importantes para o positivismo: ela permitiu acomodar o Direito em constituições, códigos, múltiplas leis. No século XIX, os juristas franceses acreditaram que seus “códigos tinham realizado ‘a perfeição da razão’, e que doravante o meio mais seguro de chegar a uma solução de justiça, de conhecer o direito, era fazer simplesmente a exegese destes códigos”.²⁵⁵ Essa certeza entre o Direito, que é a Justiça, e a lei, que é a vontade do legislador, reflete a idéia de completude do sistema jurídico, onde a lei se tornou o elemento principal para o conhecimento do Direito. Portanto, o melhor método para enunciar regras claras, em pleno século XXI, ainda é conferido para a exegese da lei, pelo rigor de redação que ela comporta, pois para o Positivismo, o formalismo da técnica, a idéia de completude assegura elementos para uma justa solução, num período em que a complexidade das relações sociais obriga a conferir prioridade e posicionar-se sobre os novos direitos.²⁵⁶ O formalismo vem dar apoio “lógico àquilo que o sistematismo justifica e organiza funcionalmente, salientando o caráter totalizador do processo”.²⁵⁷

Grau aponta alguns aspectos que demonstram a fragilidade e a inconsistência do positivismo como sistema completo, salientando: impossibilidade do positivismo de admitir lacunas e, ao se deparar com elas, não apresentar soluções materiais, e sua integração se dá à margem do pensamento jurídico; dificuldades de explicar os chamados “conceitos indeterminados”, as normas penais em branco e as proposições sem valoração, ocasionando a discricionariedade, que se transforma em arbítrio do juiz. Quando há conflitos entre princípios, o positivismo é também inoperante; neste caso, tem como alternativa negá-los, ignorá-los ou remeter novamente à discricionariedade do juiz. Por outro lado, o positivismo também não consegue tratar da questão da legitimidade do Direito, pois o lugar da legitimidade é assegurado pela legalidade.²⁵⁸

²⁵⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas...** *Op. cit.*, p. 89.

²⁵⁶ *Idem*, p. 90 e ss.

²⁵⁷ HARDT, Michael; Negri, Antônio. **Império.** *Op. cit.*, p. 33 e ss.

²⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto...** *Op. cit.*, p. 26.

Iluminado pelas concepções de *direito posto e direito pressuposto*²⁵⁹, Grau traduz como expressão metodológica do pensamento jurídico moderno a visão formalista e positivista do Direito. Como aduz, “o *formalismo*, cujas construções são apoiadas sobre um discurso abstrato, de proposições reduzidas, é insuficiente para explicar o Direito”.²⁶⁰ Por ser extremamente complexo, é impossível explicar o Direito a partir da lógica pura e mecânica, como se fosse o resultado de uma equação lógico-racional do processo jurisdicional. Em sentido similar, também lança sua crítica ao positivismo, colocando que “basta referir o *direito pressuposto* para que sejam desnudadas suas insuficiências metodológicas”.²⁶¹

1.2.6.5 A decibilidade no Direito

Um dos problemas centrais do Direito hoje é o problema da decibilidade, fruto das deficiências do positivismo do século XX. No século XIX a positivação do Direito foi entendida fortemente como uma “relação *causal* entre a *vontade* do legislador e o Direito como norma legislada ou posto”,²⁶² já o século XX, além de não se afastar do modelo de Direito sustentado por normas, se consolida pelo entendimento de que o Direito Positivo “não é *criação* da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da *imputação* da validade do Direito a certas decisões (legislativas, judiciárias, administrativas)”.²⁶³

Essa alteração no entendimento do que vem a ser Direito (como um sistema de normas instituídas pelo Estado na figura do legislador) significou uma ruptura, principalmente levando-se em conta que a preocupação passou a ser com questões que

²⁵⁹ A intenção de Grau ao elaborar sua obra *Direito posto e Direito pressuposto* é encontrar o “fundamento do *direito posto* na sociedade que historicamente o *pressupõe*, o que me leva a tratar não de um *direito absoluto*, mas do *direito de uma determinada sociedade* (o *direito* não existe; existem os *direitos*), aquela sociedade na qual ele está inserido. No *direito pressuposto* encontram-se os *princípios* (jurídicos) dessa determinada sociedade”. GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto...** *Op. cit.*, p. 35. O autor, em outra passagem, descreve como se dá a passagem do Direito Natural para o Direito Positivo, utilizando as duas máximas: *direito posto e direito pressuposto* indicando que: “Estado põe o direito – direito que dele emana –, que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia como *direito pressuposto*, quando o Estado põe a lei torna-se *direito posto* (*direito positivo*)”. (Idem, p. 43).

²⁶⁰ Ibidem, p. 26.

²⁶¹ Idem, p. 27.

²⁶² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A Ciência...** *Op. cit.*, p. 43.

²⁶³ Idem, p. 34.

respondem ao que “*deve ser direito* (teoria da imputação). Nesse sentido, o problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de *decibilidade*”²⁶⁴ dos conflitos sociais.

É neste contexto que ocorre a invasão da chamada tecnicização do Direito, sustentando a dicotomia sujeito-objeto e questão-de-fato e questão-de-direito, que o transformou em um instrumento formal, abstrato, alicerçado em dogmas e definições de conceitos jurídicos que têm seu amparo na interpretação literal do texto da lei. Assim, ao sustentar a teoria da interpretação cientificista e mecanicista, o positivismo afasta-se do giro hermenêutico da filosofia da linguagem²⁶⁵ e acaba prevalecendo, na interpretação, sempre o elemento declarativo, arbitrário e discricionário.

Streck²⁶⁶ é, na atualidade, o jurista e pensador brasileiro que está determinado a investigar profundamente o árido território das insuficiências do positivismo. Sua tese atual centra-se em alertar a comunidade jurídica e a comunidade acadêmica contra o decisionismo, salientando que todas as “formas de decisionismo e discricionariedades devem ser afastadas”.²⁶⁷

Esta talvez seja a denúncia mais forte contra o positivismo no Brasil por ser uma questão que tem a ver com a concretização dos direitos, e que, para tanto, exige que os olhares, na tese de Streck, se fixem em como evitar o excesso de decisionismo e ativismo judicial, superando-os com uma resposta correta para cada situação jurídica em particular.²⁶⁸ Ela se agrava na medida em que a complexidade do Direito requer outra

²⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência... Op. cit.*, p. 34.

²⁶⁵ Na matriz hermenêutica filosófica não é possível separar interpretação, compreensão e aplicação. A interpretação jamais é um comportamento subjetivo frente a um fato dado e não oferece uma “verdade” última, objetiva e definitiva, pois o compreender humano é condicionado pelo contexto histórico; ele é relativo e transitório. No capítulo III, que é a teoria de base, que sustenta esse projeto de pesquisa, buscar-se-á em Gadamer respostas a partir do Círculo Hermenêutico para mostrar que a teoria gadameriana ilumina e possibilita a compreensão.

²⁶⁶ Lenio Luiz Streck é pioneiro em estabelecer um diálogo entre a matriz teórica de Heidegger e Gadamer com o Direito. Sua indignação com a problemática que está posta instigou-o a buscar respostas, pesquisando profundamente a hermenêutica filosófica, fazendo uma crítica hermenêutica ao direito, para ultrapassar as barreiras impostas pelo positivismo, ou seja, superar a limitação metodológica do pensamento metafísico-objetificante da relação sujeito-objeto pelo paradigma da compreensão.

²⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Da interpretação... Op. cit.*, p. 19.

²⁶⁸ Anote-se que essa denúncia de Streck é extremamente contundente, em especial quando referencia que, “embora os juristas – em suas diferentes filiações teóricas – insistam em dizer que a interpretação deve ocorrer sempre em ‘cada caso’, tais afirmações não encontram comprovação, nem de longe, na cotidianidade das práticas jurídicas. Na verdade, ao construírem ‘pautas gerais’, ‘conceitos lexico-gráficos’, ‘verbetes doutrinários e jurisprudenciais’, ou súmulas aptas a ‘resolver’ casos futuros, os juristas

lógica do que a subsunção do fato à norma, principalmente quando o juiz se depara com “casos difíceis”. Ao longo dos anos, o papel da interpretação²⁶⁹ foi relegado a um papel secundário, submetendo o “texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, *transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e que os textos fossem meros enunciados lingüísticos*”.²⁷⁰

O verdadeiro problema reside no grau de discricionariedade²⁷¹ e de criatividade que o juiz se advoga detentor no momento de interpretar o caso concreto amparado em sua subjetividade. O positivismo, no momento em que valora o decisionismo protegido pela discricionariedade judicial para casos difíceis, como Hart teoriza, é insatisfatório, pois transfere o poder de criar leis do Legislativo para o Judiciário. Dworkin é um dos maiores críticos de Hart sobre a admissão da discricionariedade judicial em casos difíceis, pois não é possível justificá-la dentro do contexto de um Estado Democrático e, de outra parte, contraria o princípio da legalidade, que é central no Estado de Direito.²⁷² Dworkin traz de volta os princípios e o Direito como integridade para superar o decisionismo.

De novo nas meditadas palavras de Streck:

A presença dos princípios na resolução dos assim denominados “casos difíceis” – embora a evidente inadequação da distinção entre *easy* e *hard cases* – tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade judicial. É através dos princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos *discursos fundacionais* acerca da interpretação jurídica – que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação).²⁷³

sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de ‘pautas gerais’, fenômeno, entretanto, que não é percebido no imaginário jurídico”. (Idem, p. 15.

²⁶⁹ Para melhor compreensão sobre o problema da interpretação jurídica, ver CASTANHEIRA NEVES, António. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação... *Op. cit.*, p. 2.

²⁷¹ Castanheira Neves integra a questão da discricionariedade que impõe uma “terceira questão” metodológica ao pensamento jurídico, ao lado da “questão-de-fato” e “questão-de-direito”. Ver neste sentido CASTANHEIRA NEVES, António. **O actual...** *Op. cit.*, p. 353 e ss.

²⁷² RODRÍGUEZ, César. **La decisión...** *Op. cit.*, p. 76.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação... *Op. cit.*, p. 21.

Por isso, acredita-se que a hermenêutica filosófica pode provocar a ruptura com a tradição inautêntica da arbitrariedade interpretativa²⁷⁴ ao possibilitar a busca da resposta adequada a cada caso concreto. É nesse contexto que Streck defende enfaticamente que é possível encontrar uma resposta na hermenêutica filosófica, pois hermenêutica é aplicação. A superação do positivismo dá-se pela descoberta do paradigma hermenêutico, pois “hermenêutica é facticidade, é vida; é existência, é realidade; é condição de ser-no-mundo. *A interpretação não se automatiza na aplicação*”.²⁷⁵ Superar o positivismo “a partir de uma luta travada no árido território de uma dogmática jurídica de perfil liberal-individualista é tarefa que assume contornos sobremodo problemáticos em países de modernidade tardia como o Brasil”.²⁷⁶

O positivismo que aqui se combate, na contundente tese de Streck, “funciona como um discurso que *submete o texto e a ele se submete*, fundindo-se em coisas, essências e a consciência de si do pensamento pensante”. E se são esses os resultados, é necessário considerar a partir da perspectivas de dois pontos elencados por Streck: em primeiro lugar, ignora-se, assim, “a diferença (ontológica) entre texto e norma e vigência e validade, condição de possibilidade da filtragem e do controle da constitucionalidade”; em segundo lugar, é preciso ter consciência de que, no fundo, “é nesse *locus* que se concretiza o crime positivista de seqüestro da temporalidade do direito!”²⁷⁷ Com efeito, o homem dos dias atuais tem como grande desafio “abrir uma clareira (*Lichtung*) no Direito, des-ocultar caminhos, descobrir as sendas que foram encobertas pelo Positivismo...!”²⁷⁸ É necessária uma ruptura brutal com o normativismo

²⁷⁴ A tese positivista da discricionariedade judicial elaborada por Hart foi um pequeno avanço no positivismo identificado pela lei. Porém essa tese, ao ser assumida pelos tribunais, revelou-se insuficiente na sua prática, sustentando a continuidade do paradigma positivista. Streck alerta que: “Paradoxalmente, o mundo das regras, ao invés de proporcionar a previsibilidade que daria segurança jurídica, dará azo a uma espécie de delegação hermenêutica em favor do poder da interpretação judicial, que desfrutará de ampla liberdade para resolver os ‘casos difíceis’. E *é neste ponto que devemos centrar nossas baterias*; construir as condições para a concretização de direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e ao mesmo tempo evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas”. Para o autor “*parece razoável afirmar que essa arbitrariedade* (e as múltiplas respostas) não será contida ou resolvida adiante o acirramento de regras e meta-regras que cada vez mais contenham a ‘solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação’, pela singela razão de que a arbitrariedade é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o Positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação”. STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação... *Op. cit.*, p. 5.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica... *Op. cit.*, p. 162.

²⁷⁶ Idem, p. 180.

²⁷⁷ Ibidem, p. 181.

²⁷⁸ Ibidem, p. 183.

positivista para que se possa superar o vazio que afinal o positivismo produziu e impôs ao sistema jurídico.

Pode-se encontrar, parafraseando Stein, um caminho para rever o modo como o positivismo fincou suas bases no ensino jurídico, pois, no dizer dele,

É um privilégio de nosso tempo termos chegado a uma exacerbação do positivismo e a um superfatualismo nas tentativas de fundamentação. É por isso que estamos postos diante da alternativa: ou encontramos um modo de pensar a relação entre Filosofia e Direito em uma nova dimensão, ou permanecemos na corrida interminável de um Direito que se especializa para esconder o impasse de seu vazio.²⁷⁹

Esse vazio pode ser constatado quando, na maioria dos Cursos de Direito, uma das idéias mais presentes é de que a tarefa do docente e do acadêmico é descobrir o Direito Positivo das sociedades humanas, ou seja, estudar as regras jurídicas codificadas, compreendendo-as e aplicando-as mediante o conhecimento técnico do Direito. A metodologia de ensino-aprendizagem em grande parte dos Cursos Jurídicos, em sala de aula, é a de apenas descrever as leis, relacionando os fatos à norma positiva em vigor. E as teorias de argumentação, como advoga Streck, “elencadas como superadoras da subsunção, *não têm conseguido superar o esquema sujeito-objeto (portanto, ainda continuam, em menor ou maior grau, atreladas ao objetivismo)*”.²⁸⁰ O problema é, pois, antes de mais nada, saber se a leitura positivista do Direito permite apreender todas as dimensões que devem estar presentes na formação do jurista.

Uma das razões para que este paradigma se perpetue no Direito reside na própria formação dos juristas, baseada na segurança da lei codificada. Essa resistência se encontra, como referencia Barreto, “espalhada nos meios profissionais, nas faculdades de Direito, nos órgãos legislativos. [...] O Direito, objeto da ciência do Direito, seria única e exclusivamente um sistema de normas, estabelecido e garantido pelo Poder Público”.²⁸¹ Encharcada pelo paradigma positivista,²⁸² a ciência jurídica

²⁷⁹ STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 154. (Coleções Filosóficas; 8)

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica... *Op. cit.*, p. 157.

²⁸¹ BARRETO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas... *Op. cit.*, p. 247.

²⁸² Importante registrar a descrição de Positivismo realizada por Santos, para uma melhor compreensão desse movimento no ensino jurídico: “O positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto da natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O

durante os últimos séculos passou a apenas descrever as normas do Direito Positivo, transformando-o num Direito estatal cientifista. Como mecanismo lógico, “a política jurídica, as questões de justiça caem fora do alcance do trabalho estritamente científico-jurídico”.²⁸³ O positivismo ficaria desamparado diante dessa perspectiva oferecida.

No próximo capítulo a intenção é des-velar a crise no ensino jurídico, as tentativas de superação, o fracasso da crítica, as contribuições de juristas que denunciam a subsunção do ensino ao paradigma positivista como *locus* privilegiado de reprodução do senso comum teórico. Ou seja, a partir da análise de Rocha, mostrar que:

As faculdades de Direito, por sua parte, *estão duplamente em crise*: por um lado, devido ao fato de não produzirem uma dogmática jurídica dotada de uma técnica atualizada perante as novas demandas do capitalismo tardio; de outro, por não terem uma efetiva função social, notadamente em relação aos segmentos marginalizados pela população. Deste modo, muito mais do que uma crise da ‘Ciência do Direito’, há uma crise na reprodução legítima da dogmática jurídica que não consegue justificar a sua ideologia de ‘bem comum’ devido à ausência de *críticas mais efetivas à racionalidade jurídica e à formação dos juristas*.²⁸⁴

É nesse contexto apresentado por Rocha que a formação de operadores jurídicos, no início do terceiro milênio, é um desafio para todas as Universidades brasileiras. O problema do próximo capítulo indaga sobre a crise no ensino jurídico. O questionamento exige que os olhares se fixem no processo de formação do jurista, que tem mostrado que o ensino jurídico no Brasil é fortemente condicionado pela matriz positivista e normativista. Esse rápido olhar histórico sobre o positivismo jurídico possibilitará analisar como esse paradigma se internalizou no ensino jurídico enquanto mecanismo de dominação metodológica de ensino-aprendizagem pela reflexão unificadora.

conhecimento sistemático é o conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é o controle efetivo sobre a produção e reprodução das regularidades observadas. Formam, em conjunto, a ordem positiva eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controle”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica... Op. cit.*, p. 14.

²⁸³ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y... Op. cit.*, p. 59 e ss.

²⁸⁴ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 1998, p. 31.

2 A CRISE NA EDUCAÇÃO JURÍDICA

A hipótese que se pretende sustentar neste capítulo é que o positivismo e o normativismo jurídico, como base fundante da orientação da educação jurídica brasileira, são incapazes, de um lado, de formar operadores jurídicos críticos, reflexivos e preocupados com a função social do Direito, e que, de outro, também não conseguem formar operadores jurídicos de acordo com o modelo dogmático jurídico do relativismo de visão positivista-normativista do fenômeno jurídico. A intenção é mostrar que o ensino jurídico não pode estar isolado dos anseios da sociedade democrática e estar alheio às profundas mudanças ocorridas no campo do Direito, principalmente frente à insurgência dos novos Direitos. Neste sentido, Streck afirma que “a sobrevivência do positivismo configura-se como uma barreira ao próprio desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que finca pé na busca de uma espécie de vontade geral perdida”.²⁸⁵

É preciso, pois, um olhar na formação do jurista examinando as deficiências metodológicas e o currículo, ou seja, um retorno aos princípios, um retorno, em definitivo, à questão que angustia: o que há de tão sedutor no método positivista que, ao longo dos séculos, favoreceu sua sacralização como paradigma dominante e que ainda exerce verdadeira ditadura metodológica nas Faculdades de Direito?

Ao (re)visitar os principais movimentos filosóficos que conseguiram abrir espaço e se afirmar como paradigmas na cultura tem-se consciência de que o ensino jurídico é fruto dessa história. Por isso foi importante a análise das pré-condições filosóficas, políticas e históricas realizada com o intuito de entender a crise do ensino jurídico e o quanto a história da formação da cultura humana marcou as mazelas em que se encontra o atual ensino jurídico no País. Compreendê-lo possibilitou um outro olhar que levará a entender a crise do ensino jurídico e o trabalho profícuo de juristas da atualidade que, com suas críticas e denúncias, convidam à reflexão, conscientes da

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis... [et al.] (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado / São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2005, p. 158.

necessidade de construir alternativas capazes de superar o paradigma normativista /positivista.

Ao olhar a crise no ensino jurídico, percebe-se que ela não é própria dos dias atuais. Del Vecchio fala que, de modo geral, “se pode dizer que o Direito e a sua ciência, como todo o conhecimento e a própria vida humana, estão numa perpétua crise, isto é, sujeitos a um contínuo esforço, a um trabalho constante de adaptação, de transformação e reintegração”.²⁸⁶

O procedimento continuará sendo o da sistematização das idéias dos autores selecionados para o estudo. Com efeito, além da retomada dos enfoques apresentados no capítulo anterior e da centralidade da Faculdade de Direito e de seu currículo como *locus* privilegiado na formação do jurista, o ponto central deste capítulo é a contribuição de grandes nomes de juristas da atualidade, preocupados em (des)vendar os elementos fundamentais presentes na relação ensino-aprendizagem, destacando suas contribuições para o enfrentamento da crise no ensino jurídico.

Importante registrar que não se tem a pretensão de esgotar todos os elementos que contribuem para a crise que está posta. A intenção é reduzir o campo de análise e deter-se nos seguintes aspectos: a) o curso de Direito como *locus* privilegiado da reprodução da ideologia dominante; b) a expansão dos cursos jurídicos no Brasil e o impacto da avaliação dos egressos por órgãos externos; c) as novas diretrizes curriculares: esperança para a promoção de mudanças; d) formação de uma consciência crítica no ensino jurídico brasileiro, dando ênfase às contribuições de Streck, Warat e Castanheira Neves.

²⁸⁶ DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952, p. 263.

2.1 O CURSO DE DIREITO COMO *LOCUS* PRIVILEGIADO DA REPRODUÇÃO DA IDEOLOGIA DOMINANTE

2.1.1 A inadequação do modelo objetificante de ensino jurídico no Brasil

As Universidades são as responsáveis pela formação básica dos operadores jurídicos. A elas cabe a produção do conhecimento, aliada à formação de cidadãos críticos e conscientes de suas responsabilidades na sociedade, desafiados constantemente pelas grandes transformações políticas, sociais e econômicas. A academia precisa ter capacidade de contextualização, de reflexão crítica, de geração e produção de conhecimento nas mais avançadas fronteiras do saber e de transcender a mera utilização/indicação de um método ou de um modelo. O aluno tende a se contentar em receber apenas *receitas* relacionadas a como aplicar a lei para determinado fato, não desenvolvendo a *críticidade* que lhe possibilita problematizar a realidade social e compreender determinada norma em sua concretude²⁸⁷ e em sua historicidade. É tempo agora de examinar como o modelo positivista se perpetuou no ensino jurídico.

As escolas jurídicas passaram a assumir, basicamente, os princípios do positivismo e do normativismo, abandonando o método escolástico e privilegiando a sistematização, os modelos e métodos eminentemente lógico-axiomático-exegéticos. Como consequência, a partir do século XVII a razão humana passa a ser o único guia: “Na época da filosofia das luzes, os juristas, inspirando-se num ideal de universalismo, procuraram proclamar as regras de justiça de um direito universal, imutável, comum a todos os tempos e a todos os povos”.²⁸⁸ E é esse campo dogmático-conceitual que serve de premissa ao raciocínio jurídico em sala de aula.

²⁸⁷ A explicação mais contundente sobre *concretude* do Direito, que será utilizada em muitos momentos na presente pesquisa, é a desenvolvida por Streck. O autor alerta para o fato de que “não basta dizer, pois, que o direito é concretude, e que ‘cada caso é um caso’, como é comum na linguagem dos juristas. Afinal, é mais do que evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares. O que não é evidente é que o processo interpretativo é *applicatio* e que o direito é parte integrante do próprio caso e uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Hermenêutica não é filologia. Lembremos a todo o momento a advertência de Muller: da interpretação de textos temos que saltar para a concretização de direitos”. STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos; A incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*Ontologische Differenz*) entre Texto e Norma. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado**, 2005, v. 2, p. 14.

²⁸⁸ Idem, p. 37.

A mesma função meramente declarativa e puramente lógica que o Poder Judiciário assumiu ocorreu no ensino jurídico. Ao valorizar as virtudes passivas,²⁸⁹ o ensino jurídico desempenhou influência decisiva nas gerações de juristas que se graduaram nos Cursos de Direito das últimas décadas, ao funcionar como um sistema fechado em que gravitam os conceitos jurídicos, produzindo o chamado mundo jurídico, um mundo abstrato e isolado dos dados sociais da realidade, valorizando o estudo das normas jurídicas positivas, a busca pela verdade científica como uma totalidade ordenada, indicando o rumo que baliza o comportamento em sociedade. Para modificar essa visão, Lyra Filho assevera que é “preciso desdogmatizar o Direito; ver que nunca é seccionado, na práxis, o processo real, e que o corte epistemológico é uma farsa, escondendo a mais crua dominação”.²⁹⁰

Na verdade, a codificação e a dogmatização do Direito, por si sós, não foram as únicas responsáveis pela expansão ilimitada dos princípios do positivismo e do normativismo no ensino jurídico. Neste particular, são relevantes as palavras de David quando analisa as conseqüências da codificação ao longo da história:

Pode dizer-se que os efeitos nefastos da codificação se produziram independentemente do seu próprio princípio, e compete em larga medida aos próprios juristas a sua correção. Pelo fato de se ter realizado, na França, em 1804, na Alemanha, em 1896, na Suíça, em 1881-1907, a perfeição da razão, para apenas considerar os códigos civis, perdeu-se de vista a tradição das universidades, que era a de orientar a procura do Direito justo, de propor um Direito modelo e não de expor ou comentar o Direito dos práticos deste ou daquele país ou região. Quando surgiram os códigos nacionais, pareceu que as duas coisas coincidiam, e que a função das universidades era apenas a de fazer a exegese dos novos textos.²⁹¹

²⁸⁹ Uma das “virtudes passivas” perpetuadas no ensino jurídico é o atual modelo de aulas expositivas, que tendem a ser indutivas de verdades prontas, e o ensino-aprendizagem é visto como transferência de conhecimentos. Neste modelo, o docente estende seu conhecimento aos educandos passivos, e estes apenas recorrem à memorização. Neste modelo, o aluno apenas aprende via comunicação. Outra virtude passiva é entender o Direito apenas na sua dimensão formal e lógica, isto é, pela exegese dos códigos, dentro de um modelo compartimentalizado, assimilando apenas um “estoque de conhecimentos”. É preciso aprender a apreender. Ser “ativo” pode significar a ruptura com o dogmatismo para um Direito com significado social, profundamente comprometido com os valores legítimos da sociedade, propiciando ao acadêmico vivências que ele busca, vivências solidárias, oportunizando a reflexão e a criação de novas relações sociais.

²⁹⁰ LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980, p. 39.

²⁹¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 53.

O perigo não está na codificação e na técnica, mas na fascinação que delas advém e na atitude das Universidades frente a esse novo paradigma que se instalou, passando a formar juristas na concepção de que o Direito é identificado pela lei, é expresso na vontade do legislador e aplicado ao caso concreto pelo magistrado. As conseqüências e implicações do pensamento positivista/normativista em relação ao ensino jurídico têm sido, ao longo do último século, objeto de intensa discussão acadêmica traduzida em uma sólida produção científica, abrangendo diversos olhares sobre a crise, que está consubstanciada em inúmeras pesquisas, artigos, livros, congressos e colóquios. Apesar da riqueza das contribuições, continua a predominar uma pedagogia marcada pela exegese dos textos legais, indiferente a uma visão crítica e reflexiva do fenômeno jurídico. Esse modo de ser exegético, nas palavras de Bolzan de Moraes e Copetti:

É o símbolo maior do estado de desqualificação e distanciamento científico a que chegaram. Deixou-se – e ainda se deixa – de ensinar o *direito* e a *justiça* para ensinar de forma precária, na maioria das escolas do país, a *lei*, através de comentários que tocam as raias da evidência ou do uso freqüente do argumento da autoridade. Observamos, com isso, uma crescente perda de significação social do direito.²⁹²

Importa registrar que o propósito não é negar a matriz positivista, e também não é intenção, na crítica a ela, procurar sufocar aquilo que é válido e digno de ser conservado, pois o positivismo e os paradigmas que o antecederam têm sua importância ao longo da história, visto que transformaram radicalmente o mundo nos últimos séculos pelos avanços científicos, econômicos, culturais e sociais. O paradigma positivista faz parte de um processo histórico e tem-se consciência de que não será possível simplesmente exumá-lo dos cursos de Direito, esperando que um paradigma novo se instale. Respeitar o legado da tradição é um meio excelente para exercitar o entendimento pela reflexão, mas não pode ser traduzido em um positivismo que cega o olhar. A intenção é modesta: procurar desvelar o papel dos Cursos de Direito na reprodução do modelo positivista que interfere no ensino jurídico. Para introduzir o tema, há uma pergunta que não cala: o que é Direito?

²⁹² BOLZAN DE MORAIS, José Luís; COPETTI, André. Ensino jurídico, transdisciplinaridade e Estado Democrático de Direito; Possibilidades e perspectivas para o estabelecimento de um novo paradigma. In: COPETTI, André; GRAU, Eros Roberto; MÜLLER, Friedrich [et al.]. **Crítica à Dogmática**: dos bancos escolares acadêmicos à prática dos tribunais. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 48.

O Direito, à medida que foi se conformando com os principais movimentos filosóficos, passou a caracterizar-se como um processo estritamente mecânico e vazio amparado no conceito de racionalidade dominante da modernidade, isto é, amparado na razão instrumental. Nos séculos anteriores predominou a visão científica. A Humanidade mergulhou nas explicações da ciência e no desenvolvimento da tecnologia. A discussão sobre “o que é Direito” foi afastada dos grandes debates filosóficos porque não podia ser explicitada por fórmulas lógicas e matemáticas, embora tenham sido essas compreensões que predominaram. Essa constatação serve de alerta para mostrar que há um desencanto em relação aos grandes princípios do Direito, pois, ao longo do último século, se percebe que falta uma definição do que é o Direito. A demonstração dessa realidade instigou Pêpe e Warat a afirmar que, “via de regra, os formados nos cursos jurídicos, os juízes e os advogados dificilmente conseguem oferecer uma definição para esta questão”.²⁹³

No século XX, a Humanidade estava mais preocupada em mostrar a face de um Direito justiceiro, amparada na certeza e neutralidade da norma posta e tendo como alicerce um discurso jurídico positivado, técnico e racional. Poucos juristas e professores se preocupam em definir o que é Direito na pós-modernidade, pois ele perdeu sua essência ao permitir que o império da lei tivesse mais espaço. Ao entender o Direito a partir de sua entificação positivada não se busca outros subsídios para entender o fenômeno jurídico, seus avanços em seus conceitos de justiça, liberdade e igualdade. Mais especificamente, a crise no ensino jurídico denota que há a alienação do sentido do ser do Direito,²⁹⁴ na medida em que a “dogmática jurídica, entendida a partir do sentido comum teórico, **é metafísica, porque prova o esquecimento do ser do Direito**”.²⁹⁵

²⁹³ PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luiz Alberto. *Filosofia do Direito; Uma introdução crítica*. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**; O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 67.

²⁹⁴ Streck s convida a uma empreitada hermenêutica: deixar e fazer ver o fenômeno do Direito, ou seja, torná-lo visível. À evidência, que é a tarefa hermenêutica de tornar visível o próprio Direito pressupõe, nas palavras de Streck, “a possibilidade de (re)significá-lo, de dizê-lo. O ente *Direito* só é/será possível se existir o *ser*. É aí que a hermenêutica aqui proposta pretende construir condições (caminhos) para *o-abrir-da clareira*: é por ela que será possível levar o **ser deste ente a se manifestar como fenômeno**, sendo o *Dasein* (ser-aí) o ser do ente (homem) que compreende esse ser, e onde o aí (Da) é o lugar em que o ser (*Sein*) **se mostra**, mas ao mesmo tempo tende (inexoravelmente) a ocultar-se, **o que nos deve levar ao (inquietante) trabalho de des-ocultá-lo**”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 279.

²⁹⁵ Idem, *Ibidem*.

Essas ponderações questionadoras e problematizadoras, apesar de cruciais para se entender a crise, não serão objeto da presente pesquisa, podendo ser o ponto de partida para uma investigação fenomenológica profunda que responda a questão: o que é Direito? Impossível, portanto, seria a tentativa de concluir que o entendimento da crise do ensino jurídico tem seu fundamento apenas pela perspectiva do positivismo e do normativismo adotados em sala de aula.

A presente pesquisa não tem a intenção de dar conta de todas as questões que estão postas e que refletem um ensino jurídico preocupado em dar respostas imediatas, a partir da exegese das leis, caminhando para uma especialização positivada, esquecendo de que sua missão é formar juristas dotados de todos os instrumentos para pensar o Direito em sua complexidade. A intenção é fazer um corte, ou seja, trabalhar com o positivismo exegético-normativista, como paradigma dominante, para que se possa reconhecer nele alguns problemas-chave nos Cursos de Direito que são responsáveis, em grande parte, pelo processo de uniformização, instrumentalização e direcionamento do conhecimento, fazendo com que os acadêmicos deixem de pensar, discutir e dialogar.

2.1.2 Paradigma dominante: O positivismo exegético-normativista

Tendo presente que discorrer sobre a trajetória histórico-descritiva dos pressupostos de fundamentação que têm sustentado o modelo de ensino positivista-normativista e as reformas curriculares impostas pelo Ministério da Educação ao longo da história incide em uma amostragem não exatamente científica, também se tem consciência de não poder excluir da análise essa temática. Procura-se, ao priorizar a dimensão histórica, pautar a análise sobre os reflexos da subsunção das Escolas de Direito ao paradigma positivista/normativista, agravado pela expansão desenfreada de novos cursos.

A corrente política de inspiração positivista tem seu início, mais ou menos, no ano de 1890, com o primeiro governo da República, principalmente com Benjamin Constant, que passa a disseminar as idéias de Augusto Comte. Os ideais do positivismo assumidos pelo governo serviram de base para criar as Escolas de Engenharia, Medicina, Direito etc. São muitas as respostas de explicação para essa influência: “As inúmeras visitas de estudantes brasileiros à França, as missões francesas enviadas ao

Império no Brasil, as facilidades de importação de obras francesas, e outras tantas”.²⁹⁶ Esta é uma das hipóteses sobre o sucesso das idéias positivistas no Brasil, pois o positivismo assumiu o papel de quase uma religião, e sua influência pode ser vista em alguns artigos da Constituição Federal, no lema da bandeira brasileira, em algumas datas e feriados nacionais.

No positivismo de Comte “a ciência substituía a filosofia: a filosofia positiva era a explicação lógica dos cânones do método científico”.²⁹⁷ Seu êxito reside “na justificação ideológica da pretensão de validez das ciências”.²⁹⁸ Aponta-se ainda o fato de o positivismo assumir a “ciência de forma substancialmente acrítica, como modelo absoluto de um conhecimento que, por outra parte, se quer relativo e contingente (isto em polémica com as pretensões de absolutividade e das tonalidades quiméricas das metafísicas do passado)”.²⁹⁹

As Escolas de Direito serviram como legitimadoras para o positivismo criar raízes pela atração que os princípios de Comte exerciam para a formação da aristocracia do regime monárquico que se instalava no País. O positivismo oferecia essa perspectiva:

Elevando a cultura, o conhecimento e a ciência adquirida a estudos sem qualquer discriminação, acessível a todos, até mesmo à plebe, como o valor máximo, o substituto do poder aristocrático, hierarquizado por um conceito de ordem racional e compatível com essa ciência adquirida. Para o movimento republicano no Brasil, essa ideologia fornecia o substituto adequado para a legitimação incontestável do poder monárquico.³⁰⁰

De momento, importa, todavia, chamar, sobretudo e de novo, a atenção para o fato de a corrente do positivismo sociológico ou filosófico ter assumido no Brasil as marcas de uma ideologia política, uma religião – porque não se discutia e não se argumentava; simplesmente era aceito como um dogma. E a ciência colocava-se

²⁹⁶ D’AMBRÓSIO, Ubiratan. A transdisciplinaridade como acesso à história. In: WEIL, Pierre; _____; CREMA, Roberto. **Rumo à nova transdisciplinaridade**; Sistemas abertos de conhecimento. São Paulo: Summus, 1993, p. 118 e ss.

²⁹⁷ GIDDENS, Antony. **Política, Sociologia e teoria social**: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. Traduzido por Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1988, p. 181.

²⁹⁸ FERRARIS, Maurizio. **História de la Hermenêutica**. Traduzido por Jorge Pérez de Tudela. Madri/ES: AKAL, 2000, p. 136.

²⁹⁹ Idem, *Ibidem*.

³⁰⁰ D’AMBRÓSIO, Ubiratan. A transdisciplinaridade... *Op. cit.*, p. 119

dogmaticamente como um modelo conclusivo de verdades alicerçado num complexo sistema de regras, em que o sujeito do conhecimento perde a centralidade e é reduzido a objeto, encharcado pela pura metodologia. Os adeptos brasileiros do comtismo, como transcreve Paim, “iriam ganhar a elite republicana para a hipótese de que o poder vem do saber. Transformar essa tese em arcabouço jurídico-institucional seria obra de Júlio de Castilhos (1960/1903)”.³⁰¹ E o positivismo plantou raízes sólidas na esfera das ciências sociais, principalmente na proposta político-pedagógica presente nas primeiras escolas jurídicas.³⁰² Como conseqüência, pode-se observar que é ainda essa concepção de Direito que ilumina a formação jurídica no Brasil.

³⁰¹ PAIM, Antônio. **História das idéias filosóficas no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Convívio (Brasília): INL, Fundação Nacional Pró-Memória, 1984, p. 438.

³⁰² Importa ressaltar que não foram apenas os ideais do Positivismo que nortearam a criação dos primeiros cursos de Direito. Outras correntes filosóficas foram adotadas, dependendo da formação dos juristas que eram os responsáveis pela proposta político-pedagógica do curso criado. Os dois primeiros cursos criados no Brasil (a Faculdade de Direito de São Paulo e a Faculdade de Direito de Recife) assumiram ideais diferentes. Os ideais filosóficos presentes na criação da Faculdade de Direito de Olinda (logo transferida para Recife em 1852) foram significativos para a formação de uma elite de juristas que influenciaram as gerações seguintes. Sua influência, pela característica de ser uma Escola de Pensadores, abriu caminho para uma corrente de pensamento que buscava liberdade, democracia e defesa dos interesses nacionais e, principalmente, a construção de uma consciência jurídica própria. A Faculdade de Direito de Recife e a Faculdade de Direito de São Paulo converteram-se nos dois “pólos em torno dos quais, durante várias décadas, a intelectualidade brasileira pôde traçar a elipse de nossa cultura”. ARAÚJO, José Francelino de. **A Escola do Recife no Rio Grande do Sul**: influência dos nordestinos na magistratura, no magistério e nas letras jurídicas do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Sagra, DC Luzzatto; Faculdade de Direito Ritter dos Reis; Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1996, p. 31. E, por longos anos tornaram-se centros de irradiação da cultura jurídica brasileira, favorecendo o surgimento de uma elite de intelectuais que levaram para todos os recantos do país o espírito jurídico, de respeito ao Direito, à Lei e à Justiça.

Importante salientar que as duas escolas – de Recife (para uma visão geral sobre a influência da Escola de Recife, autores como Miguel Reale, Tobias Barreto, Antônio Paim, Mário Losano, Clóvis Beviláqua, Pedro Lessa, Nelson Saldanha, Sílvio Romero, Artur Orlando, Vamirech Chacon, Costa Pôrto, entre outros) e de São Paulo – tinham profundas diferenças em termos de idéias em sua repercussão histórica. A Escola de Recife diferenciou-se por ser uma escola caracteristicamente filosófica, humanista e evolucionista, abrigando também outras concepções ideológicas, como o cientificismo e o naturalismo. Isso reflete, nas palavras de Clóvis Beviláqua, que a Escola de Recife não abrigava apenas um rígido conjunto de princípios, “mas, sim, uma orientação filosófica progressiva que não impedia a cada um de investigar por sua conta e ter idéias próprias, contanto que norteadas cientificamente”. BEVILÁQUA, Clovis *apud* MACHADO NETO, A. L. A filosofia do Direito no Brasil. In: CRIPPA, Adolpho (coord.). **As idéias filosóficas no Brasil**: século XX – Parte II. São Paulo: Convívio, 1978, p. 18. Sua importância pode ser percebida pelos expoentes que por ela passaram, como Sílvio Romero, Tobias Barreto, Castro Alves, Fagundes Varela, Franklin Távora, Martins Júnior, Faelante da Câmara, Rui Barbosa, Aníbal Falcão, Clóvis Beviláqua, Artur Orlando, Gumersindo Bessa, Urbano Santos e outros. Esses intelectuais construíram um dos únicos movimentos que formou “escola”, imbuídos de disseminar o culto ao Direito abrindo espaço para a pesquisa científica e a disseminação de idéias dos principais pensadores estrangeiros daquele período histórico. A Faculdade de São Paulo diferenciou-se da de Recife por ter um estilo mais prático, onde predominava o amor à lei e a luta por uma constituição. Para muitos historiadores, o que diferenciava a Faculdade de Direito de São Paulo era seu veio artístico e o amor à estética literária, culminando na efervescência de um clima ideológico de cunho intelectual e artístico. Nela surgiu a primeira geração de juristas, políticos, legisladores e literatos, que se dedicavam à causa da democracia defendendo as liberdades civis e públicas e o cultivo ao Direito. Foi o nascedouro do engajamento de bacharéis em

Por sua vez, ao longo da história, juristas brasileiros fincaram bases sólidas em favor do positivismo jurídico, adotando-o como o único método pelo qual o homem pode obter o fundamento irrecusável para a realização do Direito. O método positivista foi adotado no ensino jurídico brasileiro por representar um método seguro para explicações absolutas, recorrendo a um dogmatismo cada vez mais fechado e lógico, utilizando o método indutivo combinado com o dedutivo. O positivismo jurídico, como já referido anteriormente, ocasionou uma dicotomia entre a questão do fato e a questão do Direito. O Direito, no último século, se reduziu ao âmbito da legalidade ao aspirar a um conhecimento certo, cientificamente seguro, sob critérios lógicos de vigência.

Precisamente porque o positivismo é assim que Heidegger dirá:

Joga-se tudo o que não permanece truncado junto ao conhecido e idolatrado positivismo na fossa previamente preparada de pura negação, que a tudo nega e que, por isso, termina no nada e assim completa o nihilismo. Deixa-se, através deste caminho lógico, afundar tudo num nihilismo que se inventou com o auxílio da Lógica.³⁰³

A consequência da adoção deste paradigma no ensino jurídico pode ser observada quando se analisam os reflexos dessa (de)formação metodológica, cujas influências são responsáveis pelo ensino reprodutor, pela aprendizagem passiva (conferências, aulas expositivas, vídeos etc.), pela valorização do estudo da norma em detrimento do caso, pela excessiva ênfase ao “universal” e desprezo pelo caso individual e por essa incapacidade de compreender os fenômenos sociais contemporâneos em sua historicidade, em sua problematicidade e em seus aspectos econômicos, políticos, ambientais, culturais, globais e sociais. A partir dessas constatações, depreende-se que os profissionais e acadêmicos ficaram órfãos de debates e proposições, pois o modelo não incentiva ver o Direito a partir de uma perspectiva crítica,³⁰⁴ reflexiva e

torno de uma consciência jurídica e política. Em muitos momentos da história brasileira, a Faculdade de Direito de São Paulo se configurou como um reduto democrático atuante e consciente, como no movimento abolicionista e republicano.

³⁰³ HEIDEGGER, Martin. Sobre o “Humanismo”. In: _____. **Conferências e escritos filosóficos**. Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 166. (Os Pensadores)

³⁰⁴ Traz-se a contribuição de Paulo Freire, um dos maiores educadores brasileiros, registrando o que ele entende por formação de uma consciência crítica, por ser um “cruzador de fronteiras” e sua pedagogia implicar sempre uma ação para a mudança e a liberdade. Ter uma consciência crítica implica, inicialmente, na apropriação crescente pelo homem de sua posição no contexto, ou seja, no mundo. Paulo Freire ensina que se chega à criticidade “com uma educação dialogal e ativa, voltada para a responsabilidade social e política, se caracteriza pela profundidade na interpretação dos problemas. Pela substituição de explicações mágicas por princípios causais. Por procurar testar os ‘achados’ e se

problematizadora. Daí poder-se dizer que os acadêmicos perderam aos poucos a capacidade de olhar para além dos códigos e manuais e de ter na preocupação com o ser o alicerce de sua formação, isto é, reflexão-ação-reflexão, e depois o sentido, a noção do real e o quanto de acontecimento e historicidade se dá na relação jurídica e social. A propósito, não se pode alcançar o conhecimento histórico utilizando a lógica dedutiva, calcada nos juízos de certeza do raciocínio matemático.

Em 1931, a reforma do ensino superior, de Francisco Campos, trouxe grandes conseqüências à formação dos operadores de Direito, principalmente ao tratar da forma de organização dos cursos como centros de treinamento das elites profissionais. A partir dessa reforma, imprimiu-se um caráter nitidamente profissionalizante, organizando o currículo mínimo de forma que pudesse atender à formação de práticos do Direito, formando indivíduos qualificados tecnicamente para administrar os assuntos do Estado. A padronização dos currículos, a ênfase na avaliação dos educandos, a excessiva preocupação com a prestação de um ensino eminentemente profissionalizante sintetizam o interesse do Estado para que a universidade não seja o espaço do dissenso, da controvérsia, da criação de conhecimento, da reflexão crítica sobre o influxo das expectativas e demandas por contribuições jurídicas para uma sociedade em desenvolvimento.

A questão em si continua, ainda hoje, a fazer sentido. Ela tem a ver com o poder e tem respaldo nas palavras de Steiner ao salientar que “o saber, a própria práxis, definidos e transmitidos por um sistema pedagógico, por instrumentos de escolarização, são formas de poder. Nesse sentido, até mesmo as formas mais radicais de instrução são conservadoras e carregadas de valores ideológicos de estabilidade”.³⁰⁵ Essa ênfase à

dispor sempre a revisões. Por despir-se ao máximo de preconceitos na análise dos problemas e, em sua apreensão, esforçar-se por evitar deformações. Por negar a transferência da responsabilidade. Pela recusa a posições quietistas. Por segurança na argumentação. Pela prática do diálogo e não da polêmica. Pela receptividade ao novo, não apenas porque novo e pela não-recusa do velho, só porque velho, mas pela aceitação de ambos, enquanto válidos. Por se inclinar sempre a arguições”. FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 71 e ss. Freire também fala que a crítica compreende o conhecimento que “não é dogmático, nem permanente, (mas) que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio. E, seguindo a posição de que não existe conhecimento sem práxis, o conhecimento ‘crítico’ seria aquele relacionado com certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade”. Salienta ainda que apenas “uma teoria ‘crítica’ pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano”. PELUSO, Luis. **O projeto da modernidade no Brasil**. Campinas: Papyrus, 1994, p. 44.

³⁰⁵ STEINER, George. **Lições dos Mestres**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 15.

profissionalização é uma forma de poder, podendo ser considerada como um dos motivos para que, no Brasil, as atividades de pesquisa jurídica não dessem frutos, ficando reféns, por longos anos, de uma cultura tecnicista. Ao analisar esse período no Brasil, Schwartzman enfatiza:

Ao assumir um caminho independente, a cultura brasileira incorporava só um dos componentes da idéia progressista da ciência daquela época, aquela relativa à sua aplicação. Faltava outro componente essencial: a existência de setores amplos da sociedade que vissem no desenvolvimento da ciência e na expansão da educação o caminho para o seu próprio progresso.³⁰⁶

As perguntas sobre quem são os atores sociais que os Cursos de Direito querem formar, por que, como e para que querem formar são questionamentos que não ultrapassam a linha de propósitos. O que se percebe, do período de 1930 até o presente, infelizmente, foram apenas reformas curriculares que só indicavam a edição de novos temas e disciplinas, pouco se avançando nas questões de fundo do ensino jurídico. Restou apenas uma grande desilusão, pois prevaleceu o conservadorismo metodológico, um ensino livresco, modelos dissertativos e discursivos do que outros fizeram ou escreveram, privilegiando a memorização, o proselitismo, indiferentes ao compromisso fundamental que é de proporcionar condições para que o aluno forme sua própria convicção sobre os temas abordados.

Como já referido anteriormente, o modelo positivista de transmissão do saber jurídico encontrou um ambiente seguro para se internalizar nos Cursos de Direito. Os ensinamentos que chegam até os estudantes, quando chegam, são fragmentados, em pedaços avulsos, ou pela via das citações. Tudo isso resultou em um caldo irrecuperável: um ensino ruim destrói a esperança dos que buscam um saber além da técnica e pode ser medido pelas marcas que deixou na prática pedagógica jurídica da contemporaneidade. Steiner lembra: “O mau ensino é, quase literalmente assassino. [...] Ele diminui o aluno, reduz a uma insanidade abjeta o assunto apresentado. Impregna a sensibilidade do educando com o mais corrosivo dos ácidos, o tédio, com os eflúvios perniciosos do enfado”.³⁰⁷

³⁰⁶ SCHWARTZMAN, Simon. **Um espaço para a Ciência**: a formação da Comunidade Científica no Brasil. Traduzido por Sérgio Bath e Oswaldo Biato. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 59.

³⁰⁷ STEINER, George. **Lições...** *Op. cit.*, p. 31.

Ao refletir sobre as pré-concepções históricas que foram (con)formando o ensino jurídico,³⁰⁸ toma-se consciência de que muitas das possibilidades inclusas nas legislações, expressas ao longo da história do ensino jurídico no Brasil,³⁰⁹ exigiam

³⁰⁸ Uma análise mais detalhada sobre como alguns paradigmas se perpetuaram no ensino jurídico, a partir da análise histórica de alguns pensadores, pode ser obtida consultando as obras de: COSTA, João Cruz. **Contribuição à história das idéias do Brasil**; PAIM, Antônio. **Momentos decisivos da História do Brasil**; PAIM, Antônio. **História das idéias filosóficas no Brasil**; SCHWARTZMA, Simon. **Um espaço...** *Op. cit.*; BARRETO, Vicente. **Ideologia e Política no pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva**; ARAÚJO, José Francelino de. **A Escola de Recife...** *Op. cit.*; ADORNO, Sérgio. **Aprendizes do Poder**; O bacharelismo liberal na política brasileira. ROCHA, Leonel Severo. **A Democracia em Rui Barbosa**; O projeto político liberal-racional; TORRES, João Camilo de Oliveira. **O Positivismo no Brasil**; VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**; BARRETO, Plínio. **A cultura jurídica no Brasil (1822-1922)**; NOGUEIRA, Almeida. **A Academia de São Paulo: tradições e reminiscências**; VALLADÃO, Alfredo, **A criação dos Cursos Jurídicos no Brasil**; VAMPRÉ, Spencer, **Memórias para a história da Academia de São Paulo**; BASTOS, Aurélio Wander, **O Estado e a formação dos currículos no Brasil** e, em sua obra mais recente, **O Ensino Jurídico no Brasil**, entre outros.

³⁰⁹ Ao se procurar entender o atual ensino jurídico brasileiro, é relevante salientar que os primeiros juristas se formaram na Universidade de Coimbra, Portugal. Importa ainda registrar que não se pretende resumir toda a evolução do ensino jurídico no Brasil, mas apenas indicar, através de uma síntese, os principais momentos que influenciaram a concepção do ensino do Direito no Brasil. José Bonifácio, como outros brasileiros que viriam a influir na formação da nacionalidade brasileira, estudou na Universidade de Coimbra, reformada pelo Marquês de Pombal, mantendo fidelidade à compreensão do papel da ciência. Ao discorrer sobre esse período, Barreto delineou o arquétipo mental que predominou entre esses homens: excelente formação científica, habituados a ver o mundo sob a ótica da ciência, isto é, sob a ótica da ciência racional e empírica. Cf. BARRETO, Vicente. **Ideologia e Política no pensamento de José de Bonifácio de Andrada e Silva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 13. Essa pequena elite, formada em Coimbra, cuja formação reforçava o caráter técnico-operativo com modelos jurídicos universalistas, tornou-se responsável pela criação dos cursos jurídicos no Brasil. A metodologia adotada recomendava o estudo prático frente ao teórico, com aulas expositivas ou aulas-conferências. A evolução do ensino jurídico deu-se quase exclusivamente pela edição de novas matérias e disciplinas, prevalecendo o conservadorismo metodológico, modelos dissertativos no velho sistema de cátedras, privilegiando a memorização em detrimento do raciocínio crítico do acadêmico. O modelo imperialista foi fecundo para abrigar os ideais da oligarquia predominante. O período da República foi marcado por inúmeros decretos no campo do ensino superior e no ensino jurídico. A reforma de 1931, de Francisco Campos, teve grande importância; principalmente ao tratar da forma de organização dos cursos, buscou imprimir um caráter nitidamente profissionalizante. De 1920 a 1955 verificaram-se apenas algumas alterações curriculares nos Cursos de Direito. A evolução do ensino jurídico deu-se quase exclusivamente pela edição de novas disciplinas. Em 1962, pela primeira vez na história do ensino jurídico-brasileiro, o Conselho Federal de Educação dispõe sobre o currículo mínimo para o Curso de Direito, possibilitando aos cursos jurídicos se adaptarem às necessidades regionais. Apesar da flexibilidade introduzida, a prática efetiva presente na maioria dos cursos jurídicos foi a de manter os currículos plenos limitados e estanques, deixando pouco espaço para a oferta de disciplinas que visassem a uma análise mais ampla do fenômeno jurídico. A mais longa de todas as resoluções foi a Resolução nº 03/72, que criou condições para as aberturas interdisciplinares, duração do curso, sistema de créditos semestrais, disciplinas estruturadas pelo sistema de pré-requisitos, estágio supervisionado obrigatório, possibilidade de ofertas de disciplinas opcionais que levassem em conta as diferenças e peculiaridades individuais e regionais. Apesar de o novo currículo representar um avanço nos aspectos arrolados, poucos cursos se valeram dessas inovações para realizar um trabalho interdisciplinar.

Após 20 anos de debates calorosos sobre os problemas do ensino jurídico no Brasil é editada a Portaria do MEC nº 1.886/94, que revela a preocupação com uma formação acadêmica mais abrangente dos futuros operadores do Direito. Pela primeira vez é referenciada e destacada a importância das atividades de pesquisa e extensão na formação acadêmica. O ensino jurídico, com esta proposta, passa a ter uma concepção moderna, pois o tripé ensino-pesquisa-extensão pode finalmente ser desenvolvido dentro de uma perspectiva interdisciplinar. Apesar das inovações propostas, poucas universidades conseguiram avançar e afastar o Direito do positivismo reducionista.

mudanças profundas na relação ensino-aprendizagem, mas pouco se evoluiu ao longo da história, pois, desde a fundação dos primeiros cursos jurídicos (1827), é recorrente a tese das deficiências nos Cursos de Direito, consolidando-se assim o *modus operandi* do ensino jurídico na maioria das Universidades: espaço de reprodução do dogmatismo jurídico vigente calcado no paradigma do positivismo exegético-normativista como base fundante da orientação do ensino jurídico brasileiro, pois se deixou de ensinar conteúdo, o fim a que o Direito se propõe e às interações com outras áreas do saber para ensinar apenas a memorização das leis postas pelo Estado. Isso alerta para as implicações do ensino acadêmico, do compromisso social da academia com a descoberta de novos saberes e a socialização de saberes.

Já em 1955, San Tiago Dantas lançou a questão até hoje não respondida: “Como se deve ensinar o Direito?” Essa foi sua grande mensagem: demonstrar que o raciocínio jurídico deve ser a base do aprendizado jurídico.³¹⁰ Advoga a necessidade de abandonar as aulas tradicionais, baseadas na meditação em voz alta e na eloquência, acentuando que o verdadeiro objetivo deve ser o preparo do aluno para o cultivo do saber, do pensar crítico, o desenvolvimento e o desempenho do raciocínio jurídico. Para resumir seu pensamento, Bastos lembra que San Tiago Dantas não apenas deu uma contribuição à pesquisa jurídica e aos currículos, mas principalmente ao ensino do Direito quando ele buscou

[...] introduzir a discussão sobre o problema do método da reflexão jurídica, seu aprendizado e desenvolvimento [...]. A base do aprendizado é o desenvolvimento do raciocínio jurídico, como observamos, ensinar o aluno a pensar juridicamente, a refletir juridicamente sobre os fatos e situações ou sobre a própria lei. [...] O importante para o estudante de Direito não é aprender a pensar com o Código, mas é aprender a pensar o Código.³¹¹

Apesar da atualidade de suas idéias, elas não conseguiram avançar para se incorporar em profundas reformas na relação ensino-aprendizagem. Nesse sentido, propugna Torres que não se avançou em nível metodológico, porque a preocupação pedagógica inexistente em quase todas as reformas curriculares, salientando que, “se

³¹⁰ BASTOS, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas. In: _____; VENÂNCIO FILHO, Alberto; MELO FILHO, Álvaro *et al.* **Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997, p. 46 e ss.

³¹¹ *Idem*, p. 48.

alguém quiser dar-se ao trabalho de elaborar uma filosofia brasileira da educação, tirada de nossas reformas de ensino, encontrará tão somente pragmatismo e irracionalismo”.³¹²

Na constatação apresentada por Torres, no discurso e na prática os Cursos de Direito expressam, na maioria das vezes, preocupação excessiva em cumprir os ditames das reformas curriculares, deixando para segundo plano a questão levantada por San Tiago Dantas: como se deve ensinar o Direito. A predominância de uma ou de outra metodologia geralmente está condicionada a fatores objetivos e subjetivos que incluem o tipo de formação profissional pela qual passaram os docentes e a direção dos Cursos de Direito. As discussões em “torno do *que e como* ensinar nem sempre se fazem acompanhar de reflexões sobre *por que* ensinar e, raramente, de especificação do *a quem se dirige* o ensino”.³¹³

Nesses últimos anos, muito se tem discutido e escrito sobre o ensino que se ministra nos Cursos de Direito. As discussões em torno do tema expressam que o ensino jurídico está em crise. O método adotado nos últimos séculos mostrou-se incompatível com as exigências da sociedade contemporânea, que passou a exigir mais do Direito, do pensamento jurídico e das Universidades que difundem o positivismo exegético-normativista. Os Cursos de Direito passaram também a ser objeto de uma crítica, visto que perpetuam as principais insuficiências do positivismo e não conseguem reagir à altura das responsabilidades que lhes cabem.

Em conseqüência, houve uma quase “institucionalização da crise”. Muito se debateu sobre métodos, conteúdos, disciplinas e currículos, além da necessária integração entre ensino-pesquisa-extensão. Experiências foram realizadas, mas pouco se avançou. Como o tema é importante e central na presente pesquisa e representa a denúncia de um ensino pautado na matriz ideológica normativista-positivista, considera-se oportuno trazer a síntese apresentada na Proposta do Projeto Político-Pedagógico do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, datada de setembro de 2003. Ela representa a essência do desenho da crise do ensino jurídico. É fruto de um intenso trabalho de pesquisa, denúncias, críticas e sugestões que têm a intenção de

³¹² TORRES, José Camilo de Oliveira. **O Positivismo no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1943, p. 45.

³¹³ SAVIANI, Nereide. **Saber Escolar, Currículo e Didática**: problemas da unidade conteúdo/método no processo pedagógico. Campinas: PUC/SP, 1994, p. 3.

alertar a Universidade para o enfrentamento da crise, sob pena de ela continuar fornecendo ao sistema um contingente enorme de bacharéis em Direito que reproduzem em sua vida profissional essa metodologia anacrônica, criando, assim, um círculo vicioso. Importa encarar uma evidência: o paradigma positivista/normativista não é tematizado na sala de aula e, sim, internalizado no agir cotidiano da academia, conforme a síntese abaixo:

- Preponderância descontextualizada da matriz ideológica liberal-individualista, cujas potencialidades para a solução dos conflitos contemporâneos se apresentam profundamente limitadas;
- exagero na aplicação da lógica dedutiva, incorrendo, muitas vezes, em conclusões falsas baseadas em premissas verdadeiras e vice-versa;
- defasagem metodológica imposta pela manutenção da matriz legalista /positivista, com predominância do estudo através de uma postura exegética na qual prevalece a análise semântica do texto legal, o que tem gerado uma conseqüente impotência analítica dos fenômenos contemporâneos;
- crença na idéia de que a ciência é isenta de valores, como forma de satisfação de uma necessidade de ‘pseudogarantia’ de objetividade;
- ausência total de transdisciplinaridade;
- fragmentação do saber, reducionismo e subespecialização (a chamada patologia do saber);
- desarticulação entre as atividades de ensino, pesquisa e extensão pela valorização extrema de um modelo de ensino vincado na transmissão do conhecimento sem reflexão e com ausência marcante de atividades de pesquisa e extensão;
- projetos pedagógicos defasados, com ementários e bibliografias desatualizadas, que impedem a sintonia do aluno com os problemas atuais e avanços científicos;
- metodologia de avaliação indutora da memorização e da mecanização de conteúdos, com um uso excessivo de parâmetros quantitativos para a apreensão de uma realidade eminentemente qualitativa, com total abandono da verificação da capacidade de busca do conhecimento, da dúvida, da crítica e da reflexão;
- inexistência de produção do saber, uma vez que, na maioria das escolas de Direito somente há uma reprodução do saber dogmático, distante de problematizações e demandas reais, situação que tem limitado o desenvolvimento do espírito crítico;
- manutenção de “crenças” científicas sustentadas pela autoridade, a partir de posturas lineares de transferência de conhecimento – professor/aluno – em que o primeiro, equivocadamente, tenta interpretar a experiência cultural do segundo;

- falta de qualificação de grande parte do corpo docente das escolas de Direito do País, especialmente em função do baixíssimo tempo de dedicação dos professores às atividades acadêmicas;
- inexistência de mecanismos de avaliação e aperfeiçoamento dos professores;
- não-cumprimento, por parte dos profissionais de Direito, das funções sociais que lhe são atribuídas, situação que lança graves reflexos sobre a coletividade.³¹⁴

Ao trazer ao texto esta síntese, assume-se a posição em favor de que o *locus* privilegiado para sair da crise é a Universidade, pois ela é a interlocutora privilegiada das grandes discussões políticas, sociais, culturais e econômicas. Por conseguinte, o custo para assumir-se como *locus* de produção do saber é a necessidade de desinstalar a medianidade. Bem se encaixa, neste ponto, a denúncia de Lyra Filho quando advoga que “o círculo vicioso do positivismo, reduzindo arbitrariamente todo o Direito à norma formalizada, nega, depois, a natureza jurídica do que não se adapta ao seu modelo”.³¹⁵

A discussão da crise no interior dos Cursos de Direito poderia ter significado uma chance única de aprendizagem, mas nem todos os envolvidos souberam discuti-la e buscar soluções para sua superação. A resistência em refletir sobre a crise e tirar dela todas as conseqüências fica evidente se se olhar o quão pouco se progrediu. No discurso, tanto representantes de Universidades e de instituições jurídicas quanto do governo avançaram no âmbito da discussão da crise, de seu entendimento e de formas de superação pelo encaminhamento de sugestões. Na prática, as Faculdades de Direito, como espaço privilegiado de encontro entre saberes, não conseguiram minimizar a matriz legalista/positivista e o dogmatismo da formação jurídica.

2.1.3 A expansão dos Cursos Jurídicos no Brasil e o impacto da avaliação dos egressos por órgãos externos

Pode-se dizer que um dos motivos que repercute diretamente na qualificação profissional dos futuros bacharéis em Direito está na excessiva criação de Cursos de Direito no Brasil nos últimos 14 anos. Cursos que, em sua grande maioria, nascem com

³¹⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luís; COPETTI, André; SILVA FILHO, José Carlos Moreira [et al.]. **Projeto Político-Pedagógico do Curso de Direito**: organizado por Programas de Aprendizagem. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 15 e ss.

³¹⁵ LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito...** *Op. cit.*, p. 31.

uma concepção político-pedagógica alicerçada no velho paradigma, com nota média de aprovação “D” do antigo Provão do MEC, grade curricular afastada da realidade e propostas pedagógicas genéricas.

Hoje, existem no País mais de 900 Cursos de Direito, com oferta anual de 219.617 vagas,³¹⁶ mais fortemente concentrados em algumas regiões do País, como Sudeste e Sul. A expansão desenfreada de cursos jurídicos é pauta de constantes críticas da Ordem dos Advogados do Brasil, que mostra sua indignação com a facilidade com que são autorizados novos Cursos Jurídicos.

Foi na esteira do descompasso da crítica da OAB contra a abertura de novos Cursos Jurídicos e a proliferação deles no Brasil que o Ministério da Educação (MEC), pela atuação direta do Ministro da Educação, instituiu pelas Portarias nº 3.381, de 20 de outubro de 2004, e nº 484, de 16 de fevereiro de 2005, um Grupo de Trabalho³¹⁷ para realizar estudos aprofundados sobre a qualidade dos Cursos Jurídicos, tendo como compromisso encaminhar subsídios para consolidar os parâmetros já estabelecidos pelo MEC para a análise dos pedidos de autorização de novos cursos. A Presidência dos trabalhos esteve a cargo de Mário Portugal Pederneiras, e a função de relator foi de Roberto Fragale Filho. A análise profunda realizada pelo Grupo de Trabalho resultou na constatação de que a perspectiva que se apresenta para os próximos anos no âmbito do ensino jurídico não se restringe apenas pela rejeição e inflexão de um único padrão educacional, mas, sobretudo, conforme o relator,

Sua leitura é moldada pelas construções de um modelo de educação jurídica que concebe as instituições de ensino como unidades de propagação do saber, sintonizadas com a complexidade do mundo e as necessidades colocadas por novos modelos cognitivos, respeitando as diversidades e construindo políticas afirmativas calcadas em valores republicanos. É preciso, entretanto, estender esse debate e sintonizar

³¹⁶ O número de vagas refere-se ao ano de 2003 para uma relação de 790 cursos. Em 2006, com a existência de 900 Cursos, certamente o número de vagas é cerca de 10% além do acima referido.

³¹⁷ O Grupo de Trabalho era composto por: a) Representantes do MEC: Alayde Avelar Freire Sant’Anna, Mário Portugal Pederneiras e Roberto Fragale Filho; b) Representantes da OAB: José Geraldo de Souza Júnior, Paulo Roberto de Gouvêa e Raimundo Cezar Brito Aragão; c) Representantes do Conselho Nacional de Educação: Roberto Cláudio Frota Bezerra; d) Representante do Ministério da Justiça: André Macedo de Oliveira. Participaram ativamente também os Senhores Renato de Vitto, da Secretaria a Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Walter José de Souza Neto, responsável administrativo da Comissão de Ensino Jurídico (CEJU) do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e Orlando Pilati, Coordenador-Geral de Acreditação de Cursos e Instituições de Ensino Superior da Sesu/MEC.

as diferentes iniciativas públicas e privadas às perspectivas aqui desenhadas para que o horizonte da reforma do ensino superior se abra a outras possibilidades analíticas.³¹⁸

O relator chama a atenção para o fato de que a comunidade precisa entender esse debate e harmonizar as diferentes legislações em vigor. Por outro lado, é importante que as Universidades se apropriem das contribuições profícuas de instituições jurídicas, professores, pesquisadores, universidades e outros institutos criados especialmente para debater o Direito em sua complexidade e em sua concretude. Ao harmonizar essas questões com as perspectivas desenhadas pelo Grupo de Trabalho MEC-OAB, as Universidades terão condições de ampliar o horizonte da reforma do ensino de Direito proposta, provocando, assim, rupturas profundas e possibilitando espaço para outras perspectivas não-reducionistas.

O espírito colaborativo que uniu membros do MEC, da OAB, do Conselho Nacional de Educação e do Ministério da Justiça, a relevância da sistematização das discussões realizadas por Fragalle Filho e a contribuição delas para o entendimento da crise do ensino jurídico tiveram como resultado trazer para o âmbito do Ministério da Educação temáticas que antes eram reservadas às esferas privadas. Sem dúvida, o Relatório Final do Grupo de Trabalho MEC-OAB significou um avanço em relação a relatórios anteriores ao indicar, amparados em dados quantitativos e qualitativos, que um dos problemas que reflete o tamanho da crise no ensino jurídico está na oferta desenfreada de novos Cursos Jurídicos. As novas ofertas ainda estão dentro do modelo tradicional, distantes da vocação regional e de uma formação crítico-reflexiva que reclama uma tomada de posição do jurista para enfrentar de forma eficaz, humanista e solidária os desafios da modernidade.

A intenção não é uma ruptura com o passado, mas o aprofundamento das concepções, dos conceitos e das preocupações que nortearam a edição da recente Resolução CES/CNE nº 9/2004, que instituiu as novas Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Direito. Assim, a leitura que se deve fazer sobre a reflexão do Grupo de Trabalho é a leitura do anseio de toda a sociedade que, ao longo

³¹⁸ FRAGALE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório Final do Grupo de Estudos MEC-OAB**: instituído pelas Portarias nº 3.381/2004 e 484/2005. Brasília: Ministério da Educação – Secretaria da Educação Superior, 2005, p. 22.

das últimas décadas, busca respostas para questões que exigem um amplo debate sobre o papel da educação jurídica.

Por isso, é de extrema relevância a participação de atores como a Ordem dos Advogados do Brasil que, sistematicamente vem denunciando a deficiência na formação dos egressos dos Cursos Jurídicos com proposições afirmativas, lutando pela melhoria do padrão de qualidade do ensino jurídico superior. Além das contribuições da OAB, foi significativo o diálogo com o Ministério da Justiça, na medida em que ele também absorve os egressos do ensino jurídico e se depara com a “fraca sincronia entre a formação do operador jurídico, as demandas colocadas pelos movimentos sociais e as respostas oferecidas pelo aparato oficial”.³¹⁹

Além disso, é importante destacar que a preocupação presente no Grupo de Trabalho MEC-OAB ao elaborar o “Relatório Final”, representa a síntese de inúmeras críticas que ao longo das últimas décadas apontam que a espinha dorsal está num “ensino ainda marcado por uma forte tendência formalista, legalista, tecnicista, burocrática, largamente contenciosa e formadora de operadores jurídicos distanciados e insensíveis às mudanças sociais”.³²⁰ Portanto, é nessa direção que se caminha ao subsidiar a pesquisa com dados quantitativos e qualitativos.

Na década de 80, os Cursos de Direito eram sediados por Universidades, em sua grande maioria nas Regiões Metropolitanas dos Estados brasileiros e em Universidades públicas e comunitárias localizadas em grandes pólos de desenvolvimento no interior de alguns Estados. É na década de 90 que ocorre a verdadeira explosão de crescimento de oferta de Cursos de Direito, conforma se pode observar na tabela a seguir.

³¹⁹ FRAGALE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório...** *Op. cit.*, p. 16.

³²⁰ Idem, *Ibidem*.

Tabela 1
Cursos Jurídicos

Ano	Região					Total
	Norte	Nordeste	Centro-Oeste	Sudeste	Sul	
1991	10	23	17	80	35	165
1992	13	25	18	84	44	184
1993	14	26	19	91	51	201
1994	16	27	21	102	54	220
1995	18	27	23	111	56	235
1996	19	33	26	126	58	262
1997	20	31	29	131	69	280
1998	20	35	32	144	72	303
1999	21	39	40	173	89	362
2000	24	45	45	218	110	442
2001	26	57	49	250	123	505
2002	37	76	54	298	134	599
2003	41	98	64	349	152	704

Fonte: FRAGALE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório Final do Grupo de Estudos MEC-OAB**. Brasília: Ministério da Educação – Secretaria da Educação Superior, 2005, p. 24.

Nota: 477 IES abrigam estes 704 cursos, o que significa que a mesma IES, pela autonomia que lhe é concedida, pode ter no mesmo espaço geográfico mais de um curso, geralmente com a mesma proposta político-pedagógica e o mesmo corpo docente.

Em 2004, segundo relatório do INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira,³²¹ existiam 790³²² Cursos de Direito credenciados no Brasil, divididos por tipo de IES, sendo que 56 cursos estão sediados em Universidades

³²¹ É importante salientar que em muitos momentos nos apoiaremos também nos dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP, salientando que, como os dados são de duas fontes diferentes, poderá haver alguma controvérsia entre eles, mas que de nenhum modo comprometem o objetivo a que nos propomos. Os dados estão disponíveis no site www.inep.gov.br/.

³²² Só no Estado do Rio Grande do Sul estão em funcionamento cerca de 60 escolas de Direito. Neste número estão computados os cursos existentes, significando que a mesma IES pode ter vários cursos de graduação em Direito, no mesmo espaço geográfico (sede e outros locais disponibilizados na mesma cidade), com a mesma estrutura de professores e o mesmo projeto político-pedagógico.

federais, 37 em Universidades estaduais, 20 em Universidades municipais, 419 em Universidades e IES particulares e 258 em Universidades e IES comunitárias, confessionais e filantrópicas. Estas Instituições de Ensino Superior oferecem ao mercado 219.617 vagas,³²³ com um total de inscritos no modelo tradicional de vestibular de 590.021 candidatos, onde 146.962 candidatos aprovados ingressam nos Cursos de Direito. Isso significa que anualmente sobram 72.655 vagas nos Cursos de Direito do País, representando uma ociosidade de 33% já no ingresso. Se for analisado, segundo a mesma fonte, o número total de vagas ofertadas pelas IES no Brasil (2.080.358) em todas as áreas de conhecimento, só o Direito disponibiliza 10,56% delas.

Pode-se observar na tabela anterior que, apesar de a maior parte dos Cursos estarem concentrados nas Regiões Sudeste e Sul, o percentual de ampliação de novos Cursos no período de 1991 a 2003 foi praticamente semelhante em todas as Regiões, com um pequeno decréscimo na Região Centro-Oeste, conforme segue: Região Norte: 410%; Região Nordeste: 426%; Região Centro-Oeste: 376,47%; Região Sudeste: 436,27%; Região Sul: 434,28%, totalizando uma média percentual de acréscimo de 426,66% novos Cursos neste período.

³²³ Importante registrar a análise do Grupo de Trabalho MEC-OAB instituído pelas Portarias nº 3.381/2004 e 484/2005 quando aponta a relação candidato-vaga por Região. Em 1995, o número de vagas disponibilizadas era de 55.704 para um total de 484.136 candidatos, o que resulta em uma relação de 8,69 candidato/vaga. Em 2003, essa relação sofreu uma grande redução: para as 197.988 vagas disponibilizadas, 629.257 candidatos disputavam uma vaga para o Curso de Direito, resultando em uma relação de apenas 3,17 candidato-vaga. Fragale Filho expõe em gráfico que apenas 142 dos 704 Cursos tiveram demanda igual ou inferior a um candidato. Estes mesmos dados são desdobrados por Região e Estado. Para a presente pesquisa, é importante registrar como eles se comportam em relação às Regiões brasileiras. O relator indica que “na Região Norte apenas quatro de seus 41 Cursos tiveram demanda igual ou inferior a um. Na Região Nordeste há nove entre 98 cursos com tal proporção de demanda, valendo observar que quatro deles se encontram no Piauí, cujo número total de Cursos é inferior apenas à Bahia. Por sua vez, a Região Centro-Oeste apresenta seis entre 64 Cursos com demanda igual ou inferior a um, sendo que cinco deles se encontram no Mato Grosso. Entre 152 Cursos existentes na Região Sul, há 16 com demanda igual ou inferior a um. Na Região Sudeste verifica-se uma explosão quantitativa, já que quase a metade dos cursos existentes no País (49,5%) está ali instalada. Com efeito, nela se encontram 349 Cursos Jurídicos, dos quais 107 tiveram um ou menos candidato por vaga! Insiste-se: 30,6% dos Cursos Jurídicos da Região Sudeste mal conseguiram ter um candidato por vaga! E em São Paulo essa proporção consegue alcançar patamar ainda mais elevado, superior a um terço, já que 38,7% de seus Cursos se encontram nessa situação. Não seria precipitado observar que há uma verdadeira saturação, que sinaliza para a necessidade de ruptura nesse perverso processo de expansão geograficamente concentrada acompanhada da criação de mecanismos de favorecimento à expansão em áreas negligenciadas”. FRAGELE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório...** *Op. cit.*, p. 26 e ss.

Com isso não se quer manifestar concordância com o expressivo número de Cursos Jurídicos concentrados nas Regiões Sudeste e Sul; pretende-se apenas apresentar os dados que evidenciam uma lógica de ampliação igual em todas as Regiões do País.

Na tabela a seguir observa-se como estão distribuídas as matrículas nos Cursos de Direito do País a partir de dois momentos distintos: anos 1995 e 2003.

Tabela 2
Matrículas em Direito

Ano	Total	Matrículas	
		Públicas	Privadas
1995	215.177	44.643	170.534
2003	508.424	60.000	448.424

Fonte: FRAGELE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório...** *Op. cit.*, p. 25

Pode-se observar que as matrículas estão fortemente concentradas no ensino privado, o qual responde por 88,19% do total de alunos matriculados nos Cursos Jurídicos do País. Importante registrar a análise do Relator do Grupo de Trabalho MEC-OAB quando analisa o comportamento das matrículas existentes no ensino superior. Fragale Filho salienta que, no período acima nominado, “as matrículas em Direito sofreram um crescimento percentual de apenas 0,8%. Em outras palavras, elas passaram de 12,2% para 13% do total de matrículas existentes no ensino superior”.³²⁴

Outro dado que impressiona na relatoria de Fragale Filho é que, dos 508.424 alunos matriculados em Direito, 388.774 estudam em instituições de ensino superior com autonomia universitária. Ao analisar as vagas disponibilizadas por uma grande Universidade confessional da capital de um Estado brasileiro, fica-se impressionado com o volume de vagas semestrais disponibilizadas. Essa Universidade cedia cinco Cursos de Direito, três destes no Campus principal e dois em outros espaços localizados

³²⁴ FRAGALE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório...** *Op. cit.*, p. 24.

na mesma cidade. Nos cinco Cursos são disponibilizadas 780 vagas semestrais, contabilizadas em cinco Cursos como unidades distintas. Por isso, é relevante a análise de Fragale Filho quando salienta que a expansão do ensino jurídico não ocorreu, necessária ou exclusivamente, por conta da abertura de novas instituições isoladas.

A razão da desenfreada oferta de vagas por IES que gozam de autonomia universitária, para Fragale Filho, é extremamente simples, pois “as instituições dotadas de autonomia, uma vez autorizada a abertura do Curso Jurídico, podem aumentar sua oferta de vagas à revelia do Poder Público. Essa é, aliás, uma circunstância que coloca em evidência a importância assumida pelo reconhecimento e suas posteriores renovações”.³²⁵

A partir do exposto, é possível fazer a seguinte leitura: não é proibindo a abertura de Cursos que o Brasil vai resolver a crise no ensino jurídico. Esta é a razão para, em sua relatoria, Fragale Filho ter sugerido que o Poder Público atue com rigor ao proceder à análise da proposta político-pedagógica do Curso reconhecido pelo MEC, verificando a efetiva implementação do projeto pedagógico da IES no momento da renovação periódica dos Cursos aprovados, ou criando outros espaços e mecanismos de acompanhamento. Nesta esteira, o jurista salienta que a necessidade de se desenvolver um “sistema de supervisão diligente e percuciente é fundamental para aferir a qualidade da expansão havida e aumentar as possibilidades de um eficaz controle das variáveis envolvidas no processo”.³²⁶

Os aspectos enumerados na relatoria do Grupo de Trabalho MEC-OAB podem ser considerados como instrumentos importantes para que o Poder Público possa repensar as estratégias de expansão, incluindo variáveis mais complexas,

[...] que vão desde a recuperação do sentido sócio-político da autonomia universitária às formas de financiamento estudantil, passando pela construção de identidades institucionais e pedagógicas. As estratégias de expansão devem ser pensadas e construídas de modo que a postulada noção de qualidade surja como uma característica intrínseca do sistema, e não como um diferencial de mercado.³²⁷

³²⁵ FRAGALE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório...** *Op. cit.*, p. 25.

³²⁶ *Idem*, *Ibidem*.

³²⁷ *Ibidem*, p. 28.

Por outro lado, deve ser lançado um alerta no sentido de que não é freando a abertura de novos Cursos que se resolverá o problema da qualidade do ensino jurídico ministrado. Excelentes projetos³²⁸ de Faculdades isoladas, comprometidas com a necessidade regional, têm apresentado propostas que buscam diferenciação na oferta, tanto em nível do projeto político-pedagógico como em relação a avanços e rupturas de uma metodologia exegética-positivista-normativista e das propostas tradicionais e hegemônicas, para criar novas ofertas, qualificadas e especializadas, com ênfase na diferenciação pedagógica e de conteúdos para segmentos importantes do cenário nacional. Assim, é importante não fechar as portas para projetos inovadores, pois talvez essas instituições, por serem pequenas e abertas a novos desafios pedagógicos, possam ser referenciais de qualidade e inovação.

Registra-se, ainda, que não é pela instituição de um ato normativo determinado pelo Poder Público e amparado pelas denúncias da OAB de não mais permitir a abertura de novos cursos que se resolverá à questão da qualidade do ensino ministrado. Por outro lado, releva salientar que não se pode desconsiderar que é justamente a expansão desenfreada no número de Cursos Jurídicos que reflete o mais alto índice de reprovação

³²⁸ Como exemplo cita-se o excelente projeto que está sendo desenvolvido pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, de São Paulo e do Rio de Janeiro. Destacam-se alguns diferenciais que mostram que já há um avanço no Brasil em busca de uma nova formação jurídica, como segue. O Curso de Direito, em sua concepção, a partir de uma pesquisa de mercado, propõe-se a inovar, principalmente ao trazer ao Direito o conceito de interdisciplinaridade, que irá se concretizar a partir de um alto grau de sinergia nos Cursos de Direito, Economia e Administração, além da interdisciplinaridade entre e internamente às disciplinas. Outro diferencial é a exigência de dedicação exclusiva dos alunos num processo de estudo intensivo (manhã e tarde). Desde o início do Curso, a FGVSP propõe-se a estimular a pesquisa pela integração com a pós-graduação, intercâmbios internacionais, desenvolver novas tecnologias e técnicas de ensino e didática. Releva também salientar que um dos princípios básicos e que diferenciam o Curso dos demais é o estímulo à pesquisa “e reflexão acerca de modelos institucionais e jurídicos sobre um projeto nacional (estudo comparativo e propositivo de propostas de cunho institucional para a crítica e reforma das instituições jurídicas, econômicas e políticas brasileiras)”. A estrutura do Curso permite ao aluno liberdade e flexibilidade na montagem da grade curricular. Nos primeiros três anos, há uma forte concentração do programa tradicional e o aluno deverá dedicar tempo integral para se dedicar às disciplinas teóricas e práticas. No quarto e quinto anos, o aluno terá as seguintes opções: conclusão da graduação por meio do curso de graduação em Economia; conclusão da graduação por meio de cursos eletivos ou de especialização; conclusão da graduação por meio da integralização do curso via pesquisa nos Núcleos da Escola e, ainda, conclusão do curso de graduação por meio de cursos em outras Escolas da FVG no Brasil e Escolas conveniadas no Brasil e Exterior. O Curso, ao buscar oferecer uma educação diferenciada, exigirá mais do professor e do aluno, construindo técnicas de ensino diferenciadas, rigor na avaliação do processo ensino-aprendizagem, critérios rígidos de avaliação da atividade docente e número reduzido de vagas: limite de 50 vagas por ano, sendo que serão admitidos 50 alunos para as aulas expositivas e turmas de 10 a 25 alunos para as oficinas. *In*: ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV – EDESP. **Plano de Desenvolvimento Institucional**, [s.d. }, p. 42-340. [cópia impressa].

no Exame de Ordem da OAB na última prova, exame esse que habilita o bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais a exercer a função de advogado.

O País está perplexo com os resultados da primeira fase da prova de 2005/2, pois foi o pior resultado já alcançado numa série histórica que a cada ano demonstra índices alarmantes. Em São Paulo, 92,84% dos bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais reprovaram na última prova. No Rio Grande do Sul,³²⁹ 74%³³⁰ dos inscritos não acertaram o mínimo exigido, o que resultou na reprovação de 3.530 inscritos³³¹ na primeira fase da prova aplicada em agosto de 2005. Este é o retrato da graduação em Direito: colapso no ensino jurídico, resultado da excessiva oferta de vagas (cerca de 198 mil), que faz com que estudantes desqualificados tenham acesso ao ensino superior, cursos com qualidade duvidosa e que continuam funcionando com plena concordância do Conselho Nacional de Educação (CNE) do Ministério da Educação, pouco rigor acadêmico, uma formação que não prepara os alunos para pensar e não os capacita para compreender o Direito a partir de suas múltiplas áreas.³³²

³²⁹ Neste sentido, importa trazer os dados estatísticos dos últimos Exames da OAB realizados no Estado do Rio Grande do Sul, conforme tabela a seguir:

Ano	Dados Estatísticos		
	Presentes	Aprovados	Índice de aprovação
01/2001	1.888	845	44,8%
02/2001	1.688	822	48,7%
03/2001	1.469	742	50,51%
01/2002	1.751	724	41,3%
02/2002	1.797	809	45,0%
01/2003	3.150	963	30,6%
02/2003	3.216	1.043	32,4%
01/2004	4.413	2.146	48,6%
02/2004	3.893	1.453	37,3%
01/2005	5.441	2.621	48,2%
02/2005	4.753	1.186	25,0%

FONTE: <<http://www.oabrs.org.br/>>.

³³⁰ Um dos fatores que elevou o índice de reprovação foi a mudança na valoração da Prova. Antes, exigia-se apenas 21 acertos em 50 questões, e a partir de 2005/2 houve uma alteração, tendo o número mínimo de acertos subido para 25, que, mesmo assim, representam apenas nota 5.

³³¹ Essa grande massa de reprovados é obrigada, para ingressar nos quadros da OAB, a complementar seus estudos em cursos preparatórios ao Exame de Ordem da OAB, alimentando uma verdadeira indústria de “cursinhos” que, por sua vez, também reproduzem as deficiências do ensino da graduação.

³³² Muitas das questões exigem que o aluno consiga realizar conexões interdisciplinares, contato com questões práticas, ou seja, exercitar sua inteligência crítica na análise de situações-problema para ter condições de explicar as incertezas no concreto, na realidade onde se aplica o Direito.

Soma-se ao exposto o fato de a grade curricular estar afastada da realidade na maioria dos Cursos. Resultado: em todos os anos, milhares de jovens que concluíram o Curso de Direito não têm condições de exercer a profissão escolhida, tanto em nível de advocacia como de carreiras públicas (Promotor, Juiz, Delegado etc.). Isso implica, no dizer de Rorty, que “é improvável que a epistemologia – como tentativa para tornar todos os discursos comensuráveis mediante a sua tradução para um conjunto preferido de termos – seja uma estratégia útil”.³³³

Os Cursos de Direito não conseguem extrapolar o ensino para a reforma social e romper com o senso comum teórico para poder ver o Direito em toda a sua complexidade. Nas últimas décadas, como já salientado, os resultados foram apenas alterações curriculares, não conseguindo avançar e afastar o Direito do positivismo reducionista. Essa postura é irrecuperável, pois o mais dramático na adoção do positivismo e normativismo como base fundante do ensino jurídico é o que se “deixa” de ensinar.

Neste contexto, é importante recordar a afirmação de Grau sobre o tema. Com a autoridade de quem é um combatente na desconstrução do *Direito formal/Direito moderno*, ensina que “basta referirmos o direito *pressuposto* para que sejam desnudadas as insuficiências metodológicas do positivismo”.³³⁴

O que há de verdadeiro nisso tudo? É sempre difícil oferecer juízos de valor (também não é essa a intenção) quando as perguntas são amplas e complexas: comportam diferentes posicionamentos ao realizarem análises fragmentárias sobre o ensino ministrado nas Faculdades de Direito, que tem se mostrado insatisfatório e limitado. Nunca o ensino jurídico foi tão discutido e tão severamente criticado como nos dias atuais, tanto pelo segmento governamental como pela sociedade em geral, principalmente pelas instituições jurídicas que absorvem os graduados em Direito.

³³³ RORTY, Richard. **A Filosofia e o Espelho da Natureza**. Traduzido por Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 271.

³³⁴ GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto...** *Op. cit.*, p. 27.

Emerge, por conseguinte, que é possível afirmar serem os acadêmicos e os bacharéis em Direito duplamente vítimas da postura metodológica adotada pelas Faculdades de Direito e exigidas nos concursos públicos para as carreiras de Magistratura, do Ministério Público e Exame de Ordem da OAB. Pode-se dizer, com Streck, que os concursos públicos “geralmente seguem a mesma linha da sala de aula e dos manuais jurídicos: trabalham com problemas idealistas/idealizados/objetificados, com *conflitos atomizados, desindexados do mundo da vida, é dizer, descontextualizados das relações sociais*”.³³⁵

Afinal, questiona-se: se o Exame da OAB, os concursos para as demais carreiras jurídicas, como Magistratura e Ministério Público, seguem a mesma metodologia tecnicista, exegética e dogmática, como é possível explicar os baixíssimos percentuais de aprovação? Para quem a Universidade prepara seus egressos? Essas questões difíceis de serem respondidas exigem que a Universidade se coloque perante a crise e dispa essa situação até as últimas conseqüências para que, enfim, possa avançar e assumir seu papel de vanguarda na construção do conhecimento, revisando sua metodologia, seu projeto político-pedagógico e seus conteúdos, pois todas as áreas do conhecimento estão dando saltos, como a biotecnologia, bioética, sistemas de informação etc. O mesmo não é possível afirmar para o Curso de Direito, como se pode observar nas duras palavras de Lyra Filho quando refere que de nada serve “à renovação jurídica uma pretensa modernização da pesquisa e ensino, partindo os técnicos em especialidades, para deitarem molho requintando sobre a mesma carne podre”.³³⁶ Para modificar essa prática, seria preciso “desdogmatizar o direito; ver que nunca é seccionado, na práxis, o processo real e que o corte epistemológico é uma farsa, escondendo a mais crua dominação”.³³⁷

A partir do exposto, pode-se concluir que, para avançar na construção de saberes no Direito, é preponderante que se observe a realidade jurídica enquanto fenômeno transdisciplinar e histórico, e principalmente propiciar à comunidade acadêmica espaço para desenvolver a capacidade de reflexão, observação, raciocínio, linguagem e imaginação, e buscar informações novas e relevantes, sem compartimentos

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica... Op. cit.*, p. 82.

³³⁶ LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito... Op. cit.*, p. 18 e s.

³³⁷ Idem, p. 37 e s.

estanques. Sobretudo, saiba-se atuar e transformar essa realidade tendo como alicerce a autonomia, entendida por Pêpe e Warat como a “capacidade auto-reflexiva dos sujeitos capazes de pensamento e ação comprometidos com a emancipação social”.³³⁸

Para avançar, é intenção levantar a questão sobre o currículo e o projeto político-pedagógico como uma possível leitura do *locus* da formação do jurista. Acredita-se que, ao compreender as diferenças entre alguns currículos vigentes nas Faculdades de Direito, se possam ver outros significados, possíveis de elucidar os aspectos que estão presentes na baixa qualidade do ensino ministrado em inúmeras Faculdades. Esta é a proposta que a presente tese pretende: recontextualizar, à luz do debate, que uma linguagem essencialmente positivista/normativista bloqueia o caminho para compreender o que é verdadeiramente um exercício pedagógico com significado.

2.1.4 O currículo e o projeto político-pedagógico: uma possível leitura do *locus da formação de juristas*

Ao estudar a incursão histórica dos currículos aplicados à formação de bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais a partir das diversas Resoluções e Pareceres do Ministério da Educação que estipulavam alternativas curriculares³³⁹ a serem

³³⁸ PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luís Alberto. Filosofia do... *Op. cit.*, p. 82.

³³⁹ Trazer ao texto o histórico das diretrizes curriculares dos Cursos Jurídicos instituídos pelos órgãos governamentais tem sua importância na medida em que possui um potencial explicativo, permitindo identificar certas *regularidades*, como se pode observar na seguinte síntese:

“a) “Currículo único” para todos os Cursos de Direito, no Brasil, de 1827 (Império) a 1889 (início da República) até 1962 – Nesse período, o currículo se apresentava rígido, com nove cadeiras, a ser cumprido em cinco anos, refletindo os aspectos políticos e ideológicos do Império (com forte influência do Direito Natural e do Direito Público Escolástico). O Curso de Direito nesse período esteve sob forte e incondicional controle político-pedagógico, constituindo-se “currículo único”, o que explica a enraizada resistência a mudanças, somente incentivada, ainda que de forma tênue, a partir de 1962.

b) Mudança de “currículo único”, vigente no período anterior, para “currículo mínimo” nacional e “currículo pleno”, por instituição de ensino, com a flexibilização regional, embora permanecesse rígido o “currículo mínimo”. Com algumas poucas modificações decorrentes da influência do Positivismo no Período Republicano, o currículo se manteve com o mesmo núcleo fixado até o ano de 1962. Em 1962, o avanço se deu com uma nova concepção de “currículo mínimo nacional”. Essa nova diretriz tinha como propósito incentivar as instituições de ensino a elaborarem seus respectivos “currículos plenos”, como forma de se adaptarem aos reclamos regionais. Significou um importante passo para a flexibilização curricular.

c) De “currículo mínimo” em 1962, perpassando por 1972, com as Resoluções nº 3/72 e 15/73, mantendo-se as concepções simultâneas de “currículo mínimo” nacional e “currículos plenos” institucionais. O “currículo mínimo” nacional compreendia as matérias consideradas básicas e as profissionais, incluindo-se nestas a Prática Forense, sob a forma de estágio supervisionado, Educação dos Problemas Brasileiros e Educação Física, estas duas decorrentes de legislação própria. Em 1980 foi instalada a Comissão de Especialistas de Ensino Jurídico, com a finalidade de refletir com

implementadas pelas Faculdades de Direito, pode-se afirmar que somente a partir da Portaria nº 1.886/94 houve o acolhimento de algumas sugestões da OAB, de instituições e de Universidades preocupadas com o ensino ministrado, a partir das diretrizes curriculares impostas pelo Estado. Importa reafirmar que o ensino, com forte viés positivista/normativista, encontra abrigo seguro no currículo mínimo nacional fixado pelo CFE, traduzindo-se num ensino extremamente tecnicista, legalista, sem preocupação com a formação de uma consciência jurídica crítica, com escasso espaço para discutir e compreender as diferentes áreas de conhecimento que interrogam e fundamentam o Direito.

A Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação, fixou em 17 dispositivos as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do Curso de Direito, representando para muitos “uma autêntica ‘revolução sem armas’ do ensino jurídico, consolidando um rompimento de há muito reclamado por todos os segmentos jurídicos da sociedade brasileira”.³⁴⁰ A pesquisa e a extensão passam a ser internalizadas como atividades-fim nos Cursos Jurídicos. Sua importância ultrapassa as fronteiras da sala de aula. O currículo do Direito é o primeiro currículo a abranger e prever carga

profundidade as diretrizes curriculares de 1972, pois elas não contemplavam as necessárias mudanças estruturais que resolvessem o problema em torno do ensino jurídico, no Brasil, considerado muito “legalista” e “tecnicista”, pouco comprometido com a formação de uma consciência jurídica e do raciocínio jurídico capazes de situar o profissional do Direito com desempenhos eficientes perante as instituições sociais emergentes. Pela primeira vez, a proposta contemplava disciplinas como Introdução à Ciência Política, Teoria da Administração, Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica, além de outros acréscimos importantes. Porém a matéria não teve tramitação regular no CFE e no MEC, e jamais foi objeto de deliberação daquele colegiado.

d) “Currículo mínimo” nacional e “currículo pleno” das instituições com flexibilização para habilitações e especializações temáticas, em 1994, com a Portaria Ministerial 1.886/94, para a implementação a partir de 1998, fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico”, posto que, se “diretrizes” fossem, amplas e abertas, não haveria a exigência expressa de determinado e limitado ‘conteúdo mínimo do curso jurídico’ nacional, ainda que sem embargo dos “currículos plenos” das instituições. Ela foi a que mais inovações trouxe para o ensino jurídico, especialmente por seu direcionamento à realidade social e à integração dos conteúdos com as atividades, dando dimensão teórico-prática ao currículo e ensejando a formação do senso crítico dos alunos, além de contemplar mais flexibilidade na composição do currículo pleno. O principal avanço foi a obrigatoriedade de integrar as funções ensino, pesquisa e extensão.

e) de “currículo mínimo” e “conteúdo mínimo do curso jurídico” para “diretrizes curriculares nacionais” da Graduação em Direito, em decorrência das Leis nº 9.131/95, 9.394/96 e 10.172/2001. Desse conjunto normativo resultam os Pareceres CES/CNE 776/97, CES/CNE 583/2001, 145/2003, Edital 4/97, e, em particular, o Parecer CES/CNE 507/99, culminando com a Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004”. NUNES, Edson de Oliveira (Relator). **Reconsideração do Parecer CNE/CES 55/2004, referente às Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Direito**. Brasília: CNE/CES, 2004, p. 6-11.

³⁴⁰ MELO FILHO, Álvaro. **Inovações no Ensino Jurídico e no Exame de Ordem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 19.

horária específica para o desenvolvimento de atividades de ensino, pesquisa e extensão, interligadas e obrigatórias. Os Cursos, para atenderem às determinações do artigo 4º da referida Portaria, devem reservar, obrigatoriamente, de 5% a 10% da carga horária total para pesquisa, extensão, seminários, simpósios, congressos, conferências, monitorias, iniciação científica e disciplinas não-fixadas pelo currículo pleno. Este artigo aponta para a flexibilidade e possibilidades de os Cursos de Direito darem margem à criatividade, possibilitando um currículo que privilegie a interdisciplinaridade, favorecendo novas formas de interação universidade/comunidade com a inclusão de disciplinas, linhas de pesquisa e programas de extensão de caráter regional³⁴¹. O desafio proposto era o de que

Os cursos de Direito deveriam aceitar o desafio de efetivamente trabalharem junto à sociedade, como portadores de uma cultura e técnicas jurídicas que pudessem contribuir com organizações não-governamentais e mesmo espaços institucionais de formação ou aperfeiçoamento de profissionais que carecem de uma perspectiva jurídica específica, que poderia ser oferecida no âmbito de atividades de extensão, como cursos, assessorias e outros.³⁴²

Apensar de toda a flexibilização e das amplas possibilidades de criação de espaços para o desenvolvimento de atividades complementares, poucas universidades saíram de seus muros para democratizar o saber e propiciar, ao aluno, a reflexão sobre as diferentes formas jurídicas que efetivamente são praticadas nas relações sociais, a partir de um trabalho multidisciplinar e dos diversos olhares das outras áreas de conhecimento.

A possibilidade de destinar 10% da carga horária para atividades de pesquisa e extensão foi, em sua grande maioria, absorvida pela oferta de cursos e eventos de extensão dispersos, sem um projeto pedagógico que sustentasse a integração ensino/pesquisa/extensão e uma visão transdisciplinar do Direito. A lei propôs;

³⁴¹ A Portaria nº 1.886/94 buscou atender tanto as preocupações teóricas, com reflexo na extensão e pesquisa, quanto às demandas emergenciais da comunidade: o ensino e a aprendizagem, porque envolve os alunos; a extensão, porque atende a comunidade com o saber que vem sendo construído à medida que os projetos multidisciplinares andam. Nesta modalidade de estudo e trabalho, o estudante vivencia situações que afrontam o ensino jurídico pelas experiências da organização da sobrevivência das pessoas.

³⁴² FELIX, Loussia Musse. Avaliação dos Cursos Jurídicos; Trajetória e Bases Conceituais. In: **Ensino Jurídico OAB: 170 anos de Cursos Jurídicos no Brasil**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1978/1979, p. 91.

entretanto, poucas ações se concretizaram a partir dela. Vieira chama a atenção das Universidades para que atentem mais a esse espaço estratégico à formação dos juristas que está sendo ocupado por outras instituições que, necessariamente, não têm compromisso com a pesquisa científica: cada vez mais, entidades como a OAB, Escola Superior do Ministério Público, Associação de Juízes, grandes escritórios de advocacia e docentes do Direito vêm abrindo suas escolas, promovendo atividades de educação continuada até então típicas de Universidades. Com inteira razão, Vieira afirma que:

A continuidade desse cenário de debilitamento das Faculdades de Direito será trágico para a formação do profissional da área jurídica. Pois acreditamos, pelo fato de os Cursos de Direito estarem, muitas vezes, integrados a uma Universidade, terão mais condições do que esses espaços isolados sem estrutura de uma carreira acadêmica a estabelecer uma formação de juristas mais interdisciplinar, tão necessária para a resolução de conflitos sociais dos dias atuais.³⁴³

A LDB 9394/96 outorga às universidades a prerrogativa de fixar os currículos de seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes. As novas demandas sociais, o perfil dos novos conflitos, as novas dimensões da cidadania, os novos sujeitos de Direito, o meio ambiente, os direitos difusos, os direitos coletivos e transindividuais, a interação do Direito com a Psicologia e outras áreas do conhecimento – enfim, esse espaço aberto pela legislação permite que se forme um profissional conforme o período histórico e social do sujeito inserido no contexto social e político-pedagógico do Curso de Direito e da Universidade.

Importa salientar que a história se repete, pois poucas Faculdades se valeram das possibilidades inclusas na Portaria nº 1886/94 e na LDB 9394/96 pela razão de exporem apenas questões relativas a técnicas, métodos, conteúdos e de terem como pressuposto a idéia de que existe um conhecimento universalmente válido. Há um silêncio sobre propostas de ensino-aprendizagem, habilidades a serem desenvolvidas e incorporação de valores. Por outro lado, não se pode negar que, ao longo da história, as Instituições de Ensino Superior sempre foram reféns da intervenção do Poder governamental pela rigidez de seus decretos, portarias e resoluções, que orientam desde

³⁴³ VIEIRA, José Ribas. Desafios e prioridades para a reforma do Ensino Jurídico no Brasil. In: Comissão de Ensino: Álvaro Villaça Azevedo, Edmundo Lima Arruda Jr., José Eduardo de Souza Jr. [et. al.] **OAB Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996, p. 185.

o credenciamento temporário até a autorização de funcionamento, dos parâmetros curriculares definidos para cada curso à qualificação e à composição do corpo docente.

Não é por meio de decretos e regulamentos que se resolverá o problema da baixa qualificação dos egressos dos Cursos de graduação em Direito, pois a história é testemunha de que as exigências legais não contribuíram para melhorar os padrões de ensino e qualificação do egresso. Pelo contrário, talvez esteja no excesso de regulamentação³⁴⁴ a origem do problema, pois sua autonomia didático-científica está comprometida a partir do momento em que o MEC regula e exige o cumprimento de todas as normas, com exigência de preenchimento de rígidos formulários e com auditorias que tomam grande parte do tempo do gestor para pensar em melhorias, retirando a liberdade e a autonomia didático-científica, indispensável ao processo de ensino e aprendizagem. Importa registrar que, de um lado, há a intervenção estatal quanto a diretrizes curriculares e processo de avaliação e, de outro, o próprio Conselho Nacional de Educação e o Ministério da Educação autorizam a abertura de centenas de novos Cursos de Direito com qualidade duvidosa.

O importante para superar essa intervenção estatal é criar um movimento efetivo de conscientização de que é pela visão ampla de currículo – projeto político-pedagógico,³⁴⁵ qualificação do corpo docente, integração da graduação com os Programas de pós-graduação, o *locus* privilegiado da pesquisa, programas de educação complementar

³⁴⁴ Cabe destacar a posição de Bohn: “As determinações advindas da legislação federal e estadual tendem a sufocar tanto escolas públicas como privadas, pela imposição de um modelo burocrático de gestão, que pode ser identificado a uma racionalidade técnico-instrumental. A elaboração autônoma de seu projeto político-pedagógico imprime, sem dúvida, uma possibilidade de compreendê-lo como ação comunicativa, segundo Jürgen Habermas, vivenciada por todos os sujeitos envolvidos, em paridade, numa construção intersubjetiva, caracterizada pela autonomia e solidariedade”. BOHN, Mariasinha Beck. **Análise de um processo pela pluralidade de suas vozes: a formação de professores para o Ensino Médio através de seus currículos.** Porto Alegre, 2003. Tese (Doutorado em Educação), Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2003, p. 93.

³⁴⁵ Analisando o que caracteriza um projeto político-pedagógico, Bohn afirma: “O projeto político-pedagógico constitui-se como referencial teórico-metodológico que vai sustentar, formalmente, um plano, um documento que, estruturado, visa à organização processual das atividades do dia-a-dia escolar. Conceitos como currículos, missão institucional, conhecimento, exigências do mercado estarão inseridos no texto do projeto, que passa a dar visibilidade às concepções político-pedagógicas da Instituição e que apresentam seus valores e seus interesses. Essa inclusão faz com que não se aceite mais o “plano curricular” como uma seqüência pedagógica isolada de disciplinas, mas que os procedimentos autocráticos – que se expressavam por mera listagem de conteúdos – sejam substituídos por outras concepções em que aparecem ação integrada e coletiva, crença no processo, decisão descentrada, dialogicidade e busca de entendimento e negociação. [...] Concluo, afirmando minha posição de que o projeto político-pedagógico represente a visão de educação do coletivo da instituição e a concepção particular, dos professores, expressas nas práticas docentes”. BOHN, Mariasinha Beck. **Análise de... Op. cit.**, p. 94 e ss.

e continuada, perfil do egresso que se deseja formar, relação universidade/sociedade como eixo estruturador do currículo, programas de aprendizagem, função social do Curso de Direito, flexibilização do currículo integrando perspectivas interdisciplinares e transdisciplinares etc. – que se pode avançar na oferta de um ensino de qualidade. Nas palavras de Bohn:

A mudança para a formação do cidadão consciente, em síntese, perpassa os propósitos curriculares. Qualquer currículo é permeado por valores, expressando uma visão de mundo, de sociedade, de ser humano e de conhecimento: são essas concepções que dão significado para o todo do currículo.³⁴⁶

Por outro lado, também não se pode alimentar ilusões: não serão as diretrizes curriculares e a regulamentação para autorização de novos Cursos de Direito determinadas pelo CNE que se constituem como o único meio para superar a crise atual do ensino jurídico. Elas devem, apenas, ser assimiladas como padrões genéricos e vistas como um conteúdo extremamente variável, expansível e mutável, a partir de novos campos do saber, das exigências da complexidade do conhecimento jurídico e da pluralidade das novas demandas sociais, políticas e econômicas.

A partir do exposto, a intenção é apresentar a concepção de dois currículos sustentados por um rol de disciplinas ou matérias praticadas em uma renomada Escola de Direito, com a melhor avaliação no Exame de Ordem da OAB, e outro currículo de uma Faculdade isolada onde a qualidade de seu ensino pode ser verificada pela avaliação do órgão supra citado. A seleção dos currículos a serem analisados obedeceu a critérios que foram sendo construídos, à medida que se compararam os resultados do Exame de Ordem da OAB nos últimos anos. Por mais que a maioria das Faculdades de Direito tentem contestar ou relativizar o modelo de avaliação proposto pela OAB pelos critérios valorados, a opção ao utilizá-lo está embasada na falta de critérios mais elaborados de avaliação interna e externa. Para os objetivos desta pesquisa, a OAB,³⁴⁷

³⁴⁶ BOHN, Mariasinha Beck. **Análise de...** *Op. cit.*, p. 75 e ss.

³⁴⁷ A OAB, como instância de denúncia da crise do ensino jurídico, não trouxe ao debate apenas sugestões de medidas operacionais ao ensino jurídico, mas, principalmente, linhas e princípios de ação. Suas sugestões são baseadas em diagnósticos que oferecem elementos para um repensar do ensino jurídico do Brasil. Souza Jr. retrata que, no ano de 1981, a OAB já demonstrava sua inquietude frente ao ensino ministrado nos cursos de Direito, transcrevendo o resultado do trabalho elaborado pela Assessoria Especial para o Ensino Jurídico da Presidência do Conselho Federal da OAB; constata que “o ensino do Direito está condicionado por uma ambiência que reflete interesses limitados, não

como instância de denúncia da crise do ensino jurídico, serve de ponto de partida para comparar o desempenho dos alunos, principalmente se for levado em conta que os sucessivos resultados retratam uma regularidade no índice de reprovação, que se agravou dramaticamente no último Exame.

Como exemplo cita-se o Exame de Ordem³⁴⁸ de maio de 2005, em que 87,8% dos mais de 20.000 inscritos em São Paulo foram reprovados na primeira fase. Segundo a OAB em matéria publicada no jornal *O Globo*, em 3 de junho de 2005, esse índice é recorde absoluto de reprovações desde 1971, ano em foi instituído o Exame. Neste momento de encruzilhada, é importante valorizar a luta da OAB em denunciar a baixa qualidade dos graduados nas Escolas de Direito. A Escola de Direito tem de entrar em sintonia com os novos rumos que a sociedade espera dela, corrigindo o descompasso gerado por esta turbulenta crise. Principalmente, é necessário dar-se conta de que este resultado dramático é, sem dúvida, a comprovação da ineficiência de muitas Escolas de Direito e de sua irresponsabilidade na concessão do Diploma de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais. Isso evidencia que a educação superior em Direito está em “colapso”.

permitindo o desenvolvimento de padrões de qualidade que conduzam o estudante a pensar juridicamente a sociedade em dimensão totalizadora. O formalismo escamoteia o processo social de mudança, conduzindo a uma prática de ensino jurídico que ‘não inceniva a percepção e a compreensão normativa da vida social no seu processo de mudança, mas transmite um conhecimento abstrato e, por ser dogmático, desvincula-se de suas referências de realidade’. Por isso, ‘não se pode desvincular o ensino do Direito, enquanto proposta juridicamente consolidada de compreensão e percepção da vida, da própria vida”. SOUZA JR., José Geraldo. O Ensino Jurídico no âmbito da Introdução ao Estudo do Direito. In: LYRA, Dereodó Araújo (Org.). **Desordem e Processo**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986, p. 94.

Ao longo das últimas décadas, a OAB diagnosticou com profundidade as condições dos cursos jurídicos no Brasil, elaborando obras, relatórios, pareceres, conferências e sugestões que resultaram em ações concretas e regulamentadoras, conforme a Portaria do MEC nº 1.884/94, que exige a integração de atividades de ensino, pesquisa e extensão, interligadas, obrigatórias, abrangendo de 5% a 10% da carga horária total do curso.

Ver mais sobre a contribuição da OAB em: **Ensino Jurídico OAB**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1978/1979; **Ensino Jurídico OAB**: diagnóstico, perspectivas e propostas. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996; **Ensino Jurídico**: parâmetros para elevação da qualidade e avaliação – perspectivas e propostas, 2. ed. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996; **Ensino Jurídico OAB**: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997; entre outros.

³⁴⁸ O Exame de Ordem é uma exigência legal da OAB para que o bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais possa exercer a função de advogado. A Lei nº 4.215/63 foi a primeira editada, mas, com o advento do Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, o Exame de Ordem tornou-se obrigatório para o ingresso nos quadros da OAB e, conseqüentemente, habilita o graduado em Direito para o exercício da advocacia no País.

Isto posto, pensa-se que a realidade aqui exposta reforça a opção de utilizar o resultado do Exame de Ordem da OAB como uma evidência da baixa qualidade de ensino. Por outro lado, salienta-se que ele é apenas um modo de avaliar um currículo e reflete dramaticamente que o ensino jurídico já não está só em crise, mas que está na “UTI”. Apoiamo-nos nesses resultados para conhecer o currículo e o projeto político-pedagógico adotado pelas instituições de ensino que estão nos dois extremos, visto que não há avaliação formal da prática profissional do egresso de Direito. Como são dois currículos, não se reivindica, por isso, representatividade estatística para a amostra. Todavia, apresentam-se os dados por acreditar serem significativos, tentando, a partir dos currículos e do resultado do exame da OAB, refletir sobre a crise no ensino jurídico e tentar delinear os principais pontos que refletem os dois extremos na avaliação.

A seguir, serão discriminadas as disciplinas que compõem os currículos privilegiados para a análise, pelas possibilidades que os dados coletados oferecem. A categoria-relação entre os currículos e os resultados da avaliação do Exame da OAB é aqui analisada enfocando a grade disciplinar, o nível cultural do aluno ingressante, a categoria pública ou privada e a especificidade da instituição de ensino superior (Universidade, Centro Universitário e Faculdades isoladas). O propósito é empreender uma pesquisa comparativa, orientada pela análise de currículos, avaliando o índice de aprovação no Exame da OAB e a proposta curricular vigente, bem como entender o Projeto Pedagógico no âmbito do imponderável, ou seja, da relação de disciplinas que compõem o currículo praticado nas Escolas Jurídicas. A partir desta decisão, considera-se conveniente não divulgar o nome das Faculdades de Direito analisadas.

Os dados da grade curricular e o resultado do Exame de Ordem da OAB estão no quadro a seguir.

Percentual de aprovação no Exame de Ordem da OAB de agosto de 2004

0%	90,79%
Grade Curricular	
1º semestre	1º semestre
Introdução ao Direito I Ética Geral Língua Portuguesa Sociologia Geral Introdução à Economia Metodologia Jurídico-Científica 1 Teoria Geral do Direito Privado	Direito Romano Introdução ao Estudo do Direito I Teoria do Estado I Teoria Geral do Direito Privado
2º semestre	2º semestre
Introdução ao Direito II Economia Direito Civil I – Parte Geral Filosofia Geral Metodologia Jurídico-Científica II Linguagem Jurídica I Sociologia Jurídica Teoria Geral do Estado	Direito Romano II Teoria Geral do Direito Privado II Economia Política Teoria do Estado II Direito Constitucional I Introdução ao Estudo do Direito II Fundamentos de Economia para o Direito Introdução à Sociologia para o Direito Optativa ³⁴⁹
3º semestre	2º semestre
Direito Civil II – Obrigações Direito Constitucional I Direito do Trabalho I Direito Penal I Teoria Geral do Processo I Filosofia Jurídica Linguagem Jurídica II	Teoria Geral do Direito Comercial I Teoria Geral das Obrigações História do Direito I Direito Financeiro Direito Constitucional II Sociologia Jurídica Teoria Geral do Processo Teoria Geral do Direito Penal I Optativas ³⁵⁰

³⁴⁹ Introdução ao Latim Jurídico

³⁵⁰ Introdução ao Latim II

<p style="text-align: center;">4º semestre</p> <p>Direito Civil II - B (Obrig. em espécie) Direito Constitucional I - B Direito Penal I - B – Parte Geral Direito do Trabalho II Direito Empresarial I Fundamentos de Direito Público Teoria Geral do Processo II Direito Administrativo I</p>	<p style="text-align: center;">4º semestre</p> <p>Direito Comercial II Fontes de Obrigações: Teoria Geral dos contratos e Contratos do Código Civil História do Direito II Direitos Fundamentais Lógica e Metodologia Jurídica Direito Processual Civil I Teoria Geral do Direito Penal II</p>
<p style="text-align: center;">5º semestre</p> <p>Direito Civil III – a (contratos) Direito Penal II – A – Parte Especial Direito Constitucional II – A Direito Tributário I – A Direito Processual Civil I – A Direito Empresarial II Direito Processual do Trabalho I Direito Processual Penal I – A</p>	<p style="text-align: center;">5º semestre</p> <p>Fontes das Obrigações: Contratos Especiais, Atos Unilaterais, Resp. Civil e Outras Fontes Direito Comercial III Direito Administrativo I Filosofia do Direito I Direito Internacional Público I Direito Processual Civil II Direito Processual Penal I Direito Penal I (parte geral) Direito do Trabalho I</p>
<p style="text-align: center;">6º semestre</p> <p>Direito Administrativo II Direito Civil III-B (Contratos) Direito Constitucional II-B Direito Empresarial III Direito Processual Civil I – B Direito Processual Penal I - B Direito Penal II - B – Parte Especial Direito Processual do Trabalho II Direito Tributário I – B Direito Humanos</p>	<p style="text-align: center;">6º semestre</p> <p>Direito Comercial III Direitos Reais Direito Administrativo II Filosofia do Direito II (Parte Especial) Direito Internacional Público Direito Processual Civil II Direito Processual Penal I Direito Penal I (Parte Especial) Direito do Trabalho I</p>
<p style="text-align: center;">7º semestre</p> <p>Direito Civil IV - A (Direitos Reais) Direito Constitucional III - A Direito Empresarial IV Direito Penal III - A Parte Especial</p>	<p style="text-align: center;">7º semestre</p> <p>Direito de Família Direito Tributário Processual Civil III Metodologia para prep. Monografia Direito Internacional Privado</p>

Direito Processual Civil II - A Direito Processual Penal II – A Direito Tributário II –A Direitos Difusos e Coletivos Estágio Supervisionado – Civil I Orientação de Monografia I	Organização Internacional Direito Processual Civil IV Direito Processual Penal III Direito Penal III (Parte Especial) Optativas ³⁵¹
<p style="text-align: center;">8º semestre</p> Direito Civil IV - B (Direitos Reais) Direito Constitucional III - B Direito do Consumidor Direito Penal III - B – Parte Esp. Direito Processual Civil II – B Direito Processual Penal II - B Direito Tributário II – B Estágio Supervisionado – Civil II Estágio Supervisionado – Trabalho I Estudos e Práticas do Direito Público I-A Orientação de Monografia	<p style="text-align: center;">8º semestre</p> Direito das Sucessões Direito Tributário II Direito Econômico I Ética Profissional Direito do Comércio Internacional I Tratamento da Pessoa e dos Bens na Ordem Internacional Medicina Forense I Comportamento Humano Forense I Novas Tendências do Direito Processual Seguridade Social Optativas ³⁵²
<p style="text-align: center;">9º semestre</p> Direito Civil V-Família Direito Internacional Público Direito Penal IV – A Estágio Supervisionado – Civil III Estágio Supervisionado - Trabalho II Estágio Supervisionado – Penal I Estudos e Prática de Direito Público I – B Medicina Legal I Orientação de Monografia III	<p style="text-align: center;">9º semestre</p> Disciplinas Optativas Eletivas ³⁵³ Pressuposto é a autonomia do aluno na concepção do seu currículo. No 9º semestre, são oferecidas 34 disciplinas eletivas, para o aluno escolher seu itinerário de carreira, conforme consta no rodapé.

³⁵¹ Direito das Relações Internacionais; Direito dos Seguros Privados e Gestão Atuarial I; Instituições Judiciárias I; Teoria Geral dos Direitos Humanos.

³⁵² Direito dos Seguros Privados e Gestão Atuarial II; História das Idéias Políticas no Brasil; Instituições Judiciárias II; Solução de Disputas – Princípios Gerais.

³⁵³ Atos Administrativos; Comportamento Humano Forense II; Criminologia I; Direito Agrário; Direito Ambiental (Parte Geral); Direito Civil Aplicado I; Direito Coletivo do Trabalho; Direito Concursal; Direito Constitucional Estadual; Direito da Criança e do Adolescente; Direito da Integração; Direito da Segurança Social I; Direito do Comércio Internacional II; Direito do Consumidor; Direito Econômico; Direito Econômico Internacional; Direito Falimentar; Direito Individual do Trabalho I; Direito Internacional Processual; Direito Penal IV (Parte Especial); Direito

10º semestre	10º semestre
Direito Civil V – B (Direito Sucessões)	Disciplinas optativas eletivas ³⁵⁴ No 10º semestre, são ofertadas 31 disciplinas eletivas, discriminadas na nota de rodapé.
Direito Internacional Privado	
Direito Penal IV - B	
Direito Processual Penal III - B	
Estágio Supervisionado – Civil IV	
Estágio Supervisionado – Penal II	
Estudos e Prática do Direito Público	
Ética Profissional	
Medicina Legal	
Trabalho de Conclusão do Curso	

Perfil do Curso

Carga horária total: 4.200 horas	Carga Horária Total: 3.855 horas
Carga disciplinas obrigatórias: 4.200	Carga Horária Discipl. Obrigatórias: 3.195
Disciplinas optativas: 0	Carga Horária Disciplinas Optativas Eletivas: 600
Monografia: 160 horas	Monografia: 60 horas
	Nº Discipl. disponibilizadas p/optativas: 75
	disciplinas, com média geral de 45 horas/cada

Processual Civil (Procedimentos Especiais I); Direito Processual Civil Aplicado I; Direito Processual do Trabalho I; Direito Processual Penal (Procedimentos Especiais II); Direito Processual Penal IV (Parte Especial); Liberdade Públicas I; Medicina Forense II; Infortúnios Médicos Forense; Legislação Penal Especial I; Liberdades Públicas I; Medicina Forense III (Área de Direito Civil); Temas Fundamentais de Direito Pena I; Teoria Geral do Direito do Trabalho I, Tutela Jurisdicional dos Interesses Transindividuais.

³⁵⁴ Administração indireta; criminalística, criminologia II; Direito Ambiental II (Parte Especial); Direito Bancário; Direito Civil Aplicado II; Direito Coletivo do Trabalho II, Direito da Segurança Social II; Direito do Autor; Direito Econômico Aplicado; Direito Financeiro Aplicado; Direito Individual do trabalho II; Direito Internacional do Trabalho; Direito Internacional Tributário; Direito Municipal; Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal; Direito Penal V; Direito Processual Civil (Procedimentos Especiais II); Direito Processual Civil aplicado II; Direito Processual do Trabalho II; Direito Processual Penal (Procedimentos Especiais II); Direito Processual Penal V; Direito Tributário Aplicado II; Legislação Penal Especial II; Liberdades Públicas II; Medicina Forense IV (área de Direito Civil); Mercado de Capitais (Aspectos de Direito Privado); Noções de Contabilidade Empresarial; Sistemas Políticos Eleitorais; Temas Fundamentais de Direito Penal II; Teoria Geral do Direito do Trabalho II.

Na comparação das duas grades curriculares é possível, a partir do conhecimento da qualidade do ensino ministrado pela Faculdade de Direito que alcançou índice de aprovação de 90,79% na primeira fase do Exame da OAB – mesmo que a análise seja de um período determinado (ano 2004/2) e em contexto particularmente localizado e restrito (dois Cursos de Direito localizados em um mesmo Estado) – levantar alguns aspectos que permitem compreender esse resultado a partir da proposta curricular em vigor.

Tentando resumir alguns fatores que concorrem para determinar a boa resposta dos graduados no Exame da OAB, a posição é de que esse resultado evidencia:

- autonomia do aluno para traçar sua trajetória acadêmica, direcionando seus estudos para o campo em que pretende atuar profissionalmente, a partir da disponibilização de uma gama enorme de disciplinas eletivas;

- integração da Pós-Graduação com a Graduação: muitas das disciplinas eletivas representam o resultado das pesquisas dos docentes da Instituição;

- preocupação em desenvolver no aluno a perspectiva transdisciplinar para uma melhor compreensão e análise do Direito;

- visão atualizada dos novos direitos, direitos difusos e direitos transindividuais em sintonia com a realidade brasileira e internacional, e das novas demandas advindas com o processo de globalização;

- preocupação em explicar a cultura jurídica a partir de uma perspectiva histórica para compreender o Direito e as transformações radicais que estão ocorrendo neste campo do saber; esta preocupação está presente, principalmente, nas disciplinas ofertadas nos primeiros semestres – disciplinas fundamentais para a compreensão do que é Direito e de sua historicidade e sua característica de ser um conhecimento transdisciplinar;

- elenco de disciplinas optativas, oferecendo aos estudantes uma estrutura curricular que lhes permite autonomia na construção de sua vida acadêmica; isso possibilita ao aluno escolher disciplinas que o auxiliem a lidar com diferentes posicionamentos em um mundo marcado por fenômenos como a globalização, o capitalismo, a agressão ao meio ambiente, a renovação tecnológica etc.;

- no elenco das disciplinas (incluindo as optativas), percebe-se uma clara opção, no projeto político-pedagógico, por uma formação mais ampla e que valoriza a autonomia crítica do aluno para compor seu currículo, como linha condutora de processo de construção de um conhecimento mais amplo do Direito;

- vocação de pesquisa: oportunizando aos alunos participarem de projetos de pesquisas institucionais, concretizada em uma postura de ação-reflexão-ação e valorada como atividades complementares;

- oportunidade de realizar a prática jurídica nos programas de extensão universitária;

- convênios com universidades internacionais com o objetivo de inserir os alunos em redes e grupos de pesquisas transnacionais e intercâmbios acadêmicos, oportunizando-lhes a interação com outras culturas, conhecendo o Direito em sua complexidade internacional.

Isto posto, importa salientar que a intenção, ao apresentar os dois currículos acima discriminados, é mostrar o diferencial de cursos constatada nos dois extremos: maior e menor índice de aprovação no Exame de Ordem dos Advogados do Brasil. Pela observação de duas realidades diferentes, é possível fazer uma leitura do *locus* da formação de juristas. Cada currículo representa a posição político-pedagógica assumida pelo Curso de Direito, e é interessante observar a dimensão mais abrangente adotada pela Faculdade que obteve o maior índice de aprovação. Ela ultrapassa os limites da mera listagem de disciplinas básicas; percebe-se, na elaboração da grade curricular, uma visão mais ampla, que permite incorporar questões contemporâneas do Direito como os grandes eixos norteadores de formação.

Por outro lado, é importante registrar que esses resultados extrapolam a mera avaliação dos currículos adotados e a avaliação da aprendizagem realizada pela OAB. Um primeiro aspecto a observar é que o resultado, como não poderia deixar de ser, mostra que o alto índice de reprovação para ingressar como advogado na OAB escancara a realidade da baixa qualidade do ensino ministrado, tanto em nível de Ensino

Fundamental como no Ensino Médio.³⁵⁵ Nesse sentido, pensa-se que não se pode fechar os olhos para essa outra realidade, ou seja, não se pode esquecer que a maioria dos alunos que freqüentam a Faculdade de Direito com a média mais alta no Exame da OAB são alunos oriundos de um excelente Ensino Médio, geralmente realizado nas melhores escolas particulares e com acesso aos melhores cursinhos pré-vestibulares. Soma-se a isso uma densidade alta na relação candidato/vaga, significando que o vestibular seleciona somente estudantes bem preparados. Resulta, assim, uma seleção natural pelos melhores alunos, possibilitando discussões mais ricas em sala de aula e melhores condições do saber pensar e do aprender a aprender. No segundo caso, a Escola de Direito com índice mais baixo de aprovação tem correlação direta com a origem de seus alunos, que em sua grande maioria são de escolas públicas de baixa qualidade ou de alunos que freqüentaram cursos voltados à Educação de Jovens e Adultos, em que seus conhecimentos e habilidades são aferidos e reconhecidos mediante exames supletivos, com o agravante ainda da realidade de a quase totalidade dos estudantes trabalharem 40 horas semanais. A evidência desses dois extremos fica fortalecida pelo fato de que a formação básica dos alunos é um fator que contribui para sua baixa qualificação. Não é objeto da presente pesquisa o estudo das mazelas do Ensino Médio; o que se afirma é que alunos com melhores condições culturais podem mais facilmente compreender o Direito além da tirania do positivismo e, pela reflexão, contribuir para assimilar o paradigma hermenêutico como possibilidade de diálogo crítico com as questões que caracterizam o século XXI.

Convém ressaltar que este fator não exime a Universidade: não é porque um dos sintomas está na baixa qualificação do aluno ingressante que se deve deixar de olhar o ensino ministrado na Faculdade de Direito, seu projeto pedagógico, a atualidade do currículo e a qualidade do seu corpo docente. É preciso fazer nossas as palavras de Lyra Filho:

³⁵⁵ Em épocas mais recentes, a ação do governo federal e estadual em relação ao Ensino Fundamental e Médio tem ocupado a atenção dos estudiosos, pois, apesar dos inúmeros decretos, resoluções e leis editados, não se percebe um comprometimento sério com a qualidade do ensino neles ministrado. A isso, soma-se ainda a pouca valorização do professor, tanto em nível de condições básicas para um ensino de qualidade como em relação à baixa remuneração recebida, o que, sem dúvida, leva a uma situação de acomodação e colabora para o quadro catastrófico da qualidade do aluno que consegue chegar ao Ensino Superior.

Como pode a consciência jurídica (sem aspas) esconder-se debaixo da carapuça dos dogmas prepotentes? Nem lhe bastaria ficar à espera do futuro: o empenho crítico há de buscar os interstícios, alargá-los, reivindicar, protestar: em síntese, engajar-se, em nome de um Direito, que não é positivo.³⁵⁶

As Faculdades de Direito terão que ser criativas³⁵⁷ para romperem esse círculo vicioso que perpassa os três níveis de ensino (Fundamental, Médio e Superior), pois, nesse modelo, se atinge o extremo limite de um beco sem saída. Será preciso exorcizar o demônio da técnica e do paradigma normativista/positivista – esta “abstração” que foi internalizada no ensino jurídico e que, crescendo e multiplicando-se, se tornou uma ameaça à formação de bacharéis em Direito. Numa conjuntura de crise impõe-se uma preemência aguda, dirigindo o olhar para que o discurso crítico se direcione principalmente para as Escolas do Direito, como brilhantemente Pêpe e Warat reconhecem que se deve

[...] mostrar o papel do ensino jurídico oficial como produtor de idéias e crenças que logo se entrelaçarão na atividade social como um valor *a priori* pleno de certezas e dogmatismos. Dessa estratégia típica das escolas de Direito constitui-se um sistema de pensamento e ação mais ou menos difuso e pouco claro, em que as vocações e diretrizes são tomadas trivialmente, ou seja, desprovidas de uma reflexão crítica da teoria e da prática jurídica.³⁵⁸

Fica aberto, sem dúvida, o espaço para que cada Escola Jurídica busque um referencial teórico-pedagógico para sustentar reflexões que propiciem um diálogo entre a instituição e os docentes, para que eles possam participar, manifestando opções e comprometendo-se com a proposta do projeto político-pedagógico. Isso significa que o projeto político-pedagógico só pode ser obra coletiva, porque deve representar o somatório das competências e habilidades de cada docente, para que todos possam se

³⁵⁶ LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito...** *Op. cit.*, p. 35.

³⁵⁷ São relevantes as palavras de Panizzi quando analisa o processo educacional e as deficiências no ensino de graduação. Ela salienta que “temos que olhar o processo educacional como um todo. E quando chegamos à universidade, nosso projeto acadêmico tem que ser um projeto que inclua a graduação e a pós-graduação. Deveríamos ter, sobretudo, um projeto acadêmico nas instituições que não estabeleça essa dicotomia entre graduação e pós-graduação tão forte como ela existe. Na realidade, nós só teremos uma boa graduação se tivermos uma boa pós-graduação. Mas, para ter uma boa pós-graduação, é preciso também ter uma boa graduação. E para termos essa universidade boa é preciso que os Ensinos Médio e Fundamental também sejam qualificados. A universidade tem uma responsabilidade com o processo educacional como um todo, inclusive com o sistema educacional dos outros níveis”. PANIZZI, Wlana. O papel da Universidade na construção do País. **IHU On Line**, São Leopoldo, Unisinos, v. 4, n. 90, p. 17, 2004.

³⁵⁸ PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luís Alberto. *Filosofia do...* *Op. cit.*, p. 82.

sentir valorizados e comprometidos com a implantação, sustentação e com os resultados.

A posição anterior só poderá, no entanto, sustentar sua conclusãncia se os docentes e a gestão do Curso envolvida atentarem ao fato de que a grande questão é a capacidade de produção do conhecimento jurídico. A questão não é saber se a aula é expositiva ou não e, sim, como o docente pode “saber” construir conhecimento, pois o que predomina é o raciocínio de estoque de conhecimento para durar por toda a vida, utilizando como apoio didático a doutrina, a jurisprudência e a exegese da lei. Em outras palavras, o ensino é baseado por respostas *a priori*, ao utilizar como metodologia predominante o saber transmitido em unidades compartmentalizadas e fragmentadas, limitado ao paradigma disciplinar. A superação da crise postula (re)significar o saber, isto é, construir uma nova significação para o saber, apontando conteúdos com uma proposta humanista e transdisciplinar, colocando o “ser” no centro do saber.

2.2 AS NOVAS DIRETRIZES CURRICULARES: ESPERANÇA PARA A PROMOÇÃO DE MUDANÇAS

Desafiado pelas contribuições da Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Conselho Federal, por sua Comissão de Estudos Jurídicos, pelas Seccionais e Subseccionais dos Estados, Instituições de Ensino Superior, entidades públicas e privadas como a Associação Brasileira de Ensino de Direito (ABEDi), que exigiam mudanças profundas nas diretrizes nacionais para os Cursos de Graduação em Direito, o Conselho Nacional de Educação – Câmara Superior de Educação Superior, pela Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004,³⁵⁹ institui novas diretrizes curriculares para o Curso de Graduação em Direito. Essa Resolução é fruto, principalmente, do sonho de uma geração de docentes do Direito e de juristas, muitos deles filiados à ABEDi³⁶⁰ e à

³⁵⁹ Publicada no DOU n. 189, de 1º out. 2004, Seção 1, p. 17-8.

³⁶⁰ A Associação Brasileira de Ensino de Direito – ABEDi foi fundada na primavera de 2001, durante o II Colóquio sobre Ensino Jurídico do IAB, na cidade do Rio de Janeiro. Seu primeiro evento foi realizado em agosto de 2002, na cidade de Natal. É uma entidade plural, que tem o diálogo como premissa, agregando pessoas e Instituições que partilhem o mesmo sonho de superar a crise no ensino jurídico. Um dos objetivos presentes é a elaboração de propostas que busquem elevar a qualidade do ensino, isoladamente ou em conjunto com autoridades públicas, entidades interessadas e instituições de ensino. Seu principal sonho é agregar especialistas e entidades vinculadas à pesquisa e à educação em Direito, promovendo pesquisas, eventos e propostas concretas para a melhoria do ensino jurídico, tanto em nível de graduação como no de pós-graduação.

OAB que, além de tecerem críticas ao atual modelo, ultrapassaram o momento das reivindicações e discussões encaminhando ao Conselho Nacional de Educação propostas concretas com o propósito de sugerir melhorias efetivas na formação dos profissionais do Direito, traduzindo, assim, as expectativas da comunidade jurídica a partir de um amplo debate. Embora seja importante sublinhar os avanços desta Resolução, também não se pode ignorar, como bem traduz Fragalle Filho,

[...] o recente e importante passado de debates na área jurídica e desprestigiar a recém revogada Portaria MEC nº 1.886/1994. Pelo contrário, já que os componentes do Grupo de Trabalho reconhecem que a nova regulamentação não pode ser lida como uma ruptura em relação ao passado recente, mas deve ser lida como um aprofundamento das concepções, dos conceitos e das preocupações que nortearam a edição da regulamentação passada.³⁶¹

Contemplando essas orientações da ABEDi e da OAB, a Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, institui as novas diretrizes curriculares nacionais para os Cursos de Graduação em Direito que, em síntese aponta para mudanças profundas, principalmente quanto ao projeto pedagógico dos Cursos. Cabe salientar que a preocupação com o projeto pedagógico significou uma ruptura com as Portarias e Resoluções do CNE em vigor. A proposta prevê uma preocupação com a descrição de formas de realização da interdisciplinaridade, modos de integração entre teoria e prática, formas de avaliação do ensino e da aprendizagem, modos de integração entre graduação e pós-graduação (*lato sensu* e *stricto sensu*), incentivo à realização do estágio supervisionado, principalmente na orientação de criação de Núcleos de Prática Jurídica na própria instituição, valorização da atividade complementar³⁶² como espaço de estudo e atividades transversais, interdisciplinares, especialmente nas relações com o mundo do trabalho e com as ações de extensão junto à comunidade.

Outra sugestão relevante é que o Curso de Graduação em Direito deverá assegurar uma sólida formação geral, humanista e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação

³⁶¹ FRAGALE FILHOS, Roberto (Relator). **Relatório Final...** *Op. cit.*

³⁶² Por Atividades Complementares entende-se a possibilidade de espaço enriquecedor e implementador do próprio perfil do formando, ou seja, o acadêmico poderá desenvolver uma trajetória que integre pesquisa, conhecimentos e competências transdisciplinares, atividades fora do ambiente escolar. Enfim, ao longo do curso, ele poderá ir construindo sua carreira com a complementação de atividades que o preparem para suas escolhas profissionais num espaço transversal.

e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que deve ser desvinculada do “positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles objetos de sua crítica”³⁶³ que, por sua vez, fomentem a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania. O artigo 4º e seus incisos dispõem que o Curso de Graduação em Direito deve possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades:

- I – Leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
- II – interpretação e aplicação do Direito;
- III – pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
- IV – adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- V – correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
- VI – utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- VII – julgamento e tomada de decisões; e
- VIII – domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.³⁶⁴

Releva notar que, mesmo com a autonomia didático-científica garantida pelo artigo 207 da Constituição Federal, as Universidades continuam submetidas à intervenção estatal. Importa registrar que as diretrizes estipuladas pela Resolução nº 9/2004 avançaram ao acatarem e incorporarem os anseios da comunidade jurídica em indicar caminhos para saírem da crise de um ensino eminentemente tecnicista, dogmático e exegético. Sem dúvida, essa Resolução é apenas um passo para que as Universidades possam adequar seus currículos, suas práticas pedagógicas e as habilidades e competências esperadas do egresso em Direito. Ela deve ser entendida apenas como uma referência para as Faculdades de Direito ao organizarem seu Projeto Pedagógico e

³⁶³ PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luís Alberto. *Filosofia do... Op. cit.*, p. 80.

³⁶⁴ Conselho Nacional de Educação Superior – Câmara de Educação Superior. Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, publicada no DOU n. 189, de 1º out. 2004, Seção 1, p. 17.

definirem o perfil do formando, exigido pela sociedade, tendo presente a heterogeneidade das novas e sofisticadas demandas sociais.

Apesar do estímulo que se percebe na Resolução nº 9/2004,³⁶⁵ do CNE, para que as instituições de Ensino Superior tenham mais liberdade de encontrar caminhos para superar os obstáculos do ensino jurídico, a crise do ensino jurídico somente será superada se as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Graduação em Direito, na significativa contribuição da ABEDi,

[...] encontrarem no corpo docente e nas administrações das instituições de ensino superior o total compromisso de atender aos reclamos de uma nova época, constituindo-se efetivas respostas às novas aspirações e às novas concepções jurídicas, ajustadas às necessidades locais, regionais, nacionais, internacionais, que estão a exigir uma diversificação curricular, nas instituições, na proporção direta das demandas regionais, atuais e emergentes.³⁶⁶

Concordamos com a posição da ABEDi de que a questão docente e a questão administrativa passaram a largo nas escolas jurídicas e foram deixadas para um segundo plano. Para avançar e sair do ensino positivista, os esforços devem recair sobre a formação do corpo docente, pois as inovações curriculares sugeridas pela Resolução supra citada “requerem dos professores novas exigências de atuação profissional e, em consequência, novos saberes pedagógicos, que nem sempre tiveram lugar em sua formação”.³⁶⁷

No entanto, não se pode esquecer de que, para que o professor possa participar desse desafio, é necessário propiciar-lhe a participação no planejamento, na avaliação e na execução do projeto pedagógico, oportunizando uma compreensão mais ampla e

³⁶⁵ Essa preocupação está presente em Bolzan de Moraes e Copetti, quando advogam que, nesse contexto, a preocupação com o ensino jurídico permanece em aberto, “seja porque os elementos que o orientam ainda não receberam uma conformação definitiva, apesar da Resolução CES nº 09/04, seja pelas crises que afetam os saberes e fórmulas instituídas para a pedagogia jurídica – o modo tradicional de ensinar direito – e também aquelas que atingem as fórmulas jurídicas da modernidade – desde a criação do Direito até a sua aplicação, passando pelo monopólio detido pelo Estado e pela complexidade dos conteúdos juridicizados –, as quais implicam na necessidade de adoção de posturas novas, não apenas restritas a um arranjo de conteúdos, mas que representem uma *transgressão epistemológica* com as fórmulas de fazer, promover e ensinar Direito”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; COPETTI, André. Ensino Jurídico,... *Op. cit.*, p. 57.

³⁶⁶ NUNES, Edson de Oliveira. **Reconsideração...** *Op. cit.*

³⁶⁷ LIBÂNEO, José Carlos; PIMENTA, Selma Garrido. Formação de profissionais da Educação: Visão crítica e perspectivas de mudanças. **Educação e Sociedade**, São Paulo, v. XX, n. 68, p. 259, 1999.

ressignificada de seu papel fundamental na relação ensino-aprendizagem. Isso significa que de “um olhar reducionista se passa para uma perspectiva abrangente, democrática, autônoma, constituindo inovação”.³⁶⁸

Aqui, torna-se imperiosa a valorização da atuação do educador no processo de aprendizagem do aluno, possibilitando o mesmo espaço sistemático de requalificação e renovação do projeto político-pedagógico, focalizando a relação ensino-aprendizagem. O docente é responsável, de algum modo, pela orientação do aluno a compreender “os mapas de um mundo complexo e constantemente agitado e, ao mesmo tempo, a bússola que permita navegar através dele”.³⁶⁹

A fim de clarificar a função do professor no processo de superação da crise do ensino jurídico, contribuindo para aumentar sua capacidade de ser o articulador deste processo, recorre-se a Bohn, que explicita como o docente pode se posicionar frente a ela:

Conhecer a matéria que ensina, em seus possíveis pontos comuns com outras matérias e campos do saber; avaliar possibilidades e limites de aproximação, a partir de critérios epistemológicos, usados para descrever e desvendar a realidade. Esses critérios podem delinear-se ao ultrapassarem as fronteiras disciplinares para incorporar novos objetos, temas e problemas. Envolvem também perguntas inusitadas para a progressão da complexidade do conhecimento, numa pluralidade de perspectivas.³⁷⁰

Para que o Curso de Direito possa ser o espaço privilegiado de vanguarda crítica da produção do conhecimento, faz-se mister reconhecer que a proposta político-pedagógica e o currículo de um Curso não se concretizam a não ser pela ação dos implicados: professores, direção e estudantes.

³⁶⁸ BOHN, Mariasinha Beck. *Análise... Op. cit.*, p. 93.

³⁶⁹ DOLORES, Jacques (Coord.) *et al.* Educação, “um” tesouro a descobrir. **Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI**. São Paulo: Cortez, Brasília, DF: MEC: UNESCO, 1998, cap. 4, p. 89.

³⁷⁰ BOHN, Mariasinha Beck. *Análise... Op. cit.*, p. 91.

2.3 FORMAÇÃO DE UMA CONSCIÊNCIA CRÍTICA NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao longo da história, vários autores têm se destacado por sua contribuição para a construção e a consolidação do ensino jurídico brasileiro, debatendo suas crises e propondo alternativas que culminaram em reformas das estruturas curriculares dos Cursos Jurídicos. Surgiram, assim, inúmeras propostas inovadoras acerca da crise do ensino jurídico no Brasil. Autores como San Tiago Dantas (*A Educação Jurídica e a crise brasileira. In: Encontros da UnB*); Roberto A. R. Aguiar (*A crise da advocacia no Brasil; Diagnóstico e perspectivas*); Aurélio Wander Bastos (*O Estado e a formação dos currículos no Brasil e O Ensino Jurídico no Brasil*); Joaquim Arruda Falcão Neto (*O Ensino Jurídico e o currículo mínimo*); Tércio Sampaio Ferraz Jr. (*Ciência do Direito*); Fábio Conder Comparato (*Proposta de reformulação curricular do Curso de Graduação em Direito*); José Wilson Ferreira Sobrinho (*Metodologia do ensino jurídico e a avaliação em Direito e Didática e aula em Direito*); Eliane Botelho Junqueira (*Faculdades de Direito ou Fábricas de Ilusão?*); Edmundo Lima de Arruda Jr. (*Introdução ao idealismo jurídico; Uma reeleitura de San Tiago Dantas; Ensino jurídico e Sociedade; Formação, trabalho e ação social*); Alberto Venâncio Filho, Ada Pellegrini Grinover, Paulo Luiz Neto Lôbo (*Ensino jurídico na atualidade. In: Conferência Nacional da OAB, XIII, 1990 e Critérios de avaliação externa dos cursos jurídicos In: Revista da OAB*), Álvaro Melo Filho (*Metodologia do ensino jurídico; Inovações no ensino jurídico e no exame de ordem*); Sérgio Adorno (*Os aprendizes do Poder; O bacharelismo liberal na política brasileira*); João Baptista Villela (*Ensino do Direito; Equívocos e deformações*); Horácio Wanderlei Rodrigues (*Ensino jurídico; Saber e poder; Ensino jurídico no Brasil; Análise e perspectivas etc.*), entre outros muitos autores, contribuíram para incrementar o debate acerca do ensino jurídico e suas crises. As obras desses diferentes autores representam um conjunto de críticas e reflexões importantes que subsidiam a presente pesquisa.

Na busca de respostas às constatações de insuficiências e deficiências no ensino jurídico, pretende-se, na pesquisa, trazer ao texto alguns autores comprometidos com o fato de que a discussão não pode ser apenas em relação ao currículo ou às metodologias de ensino-aprendizagem, mas que deve transcender e estender-se, reconhecendo que o papel da Universidade é criar o saber, oportunizando espaço para inquietações com

questões profundas e de longo prazo, como o papel do professor muito além da instrumentalização propiciada pelo modelo positivista/normativista, dando as condições para que o aluno possa pensar, a partir de uma sólida formação jurídica que propicie uma compreensão ampla e multidisciplinar do fenômeno jurídico, exigindo mais esforço do aluno com metodologias de ensino e aprendizagem que instigue a capacidade de reflexão crítica, de análise, interpretação e compreensão do Direito; enfim, uma formação que prepare o acadêmico a “pensar”. Dentre os autores³⁷¹ brasileiros comprometidos em responder às angústias daqueles que estão envolvidos no processo de formação dos futuros operadores jurídicos, preocupados em responder à questão de como superar a crise do ensino jurídico, pode-se citar Lenio Luiz Streck, em sua tese sobre *A Nova Crítica do Direito (NCD) e as possibilidades emancipatórias da hermenêutica jurídica*; Ovídio Araújo Baptista da Silva (pela denúncia que vem fazendo na cátedra e em inúmeras obras e artigos sobre as profundas raízes e o compromisso do Direito Processual com o paradigma racionalista); Antonio Carlos Wolkmer (por sua proposta de um “pensamento jurídico crítico”, em que o autor se propõe a repensar, dessacralizar e romper com a dogmática lógico-formal que sustenta a cultura normativista formal-positivista); Eros Roberto Grau (por sua crítica sistemática à insuficiência do paradigma positivista e normativista, que são as marcas que caracterizam metodologicamente o pensamento jurídico moderno); Leonel Severo Rocha (pela proposta de uma perspectiva sistêmica autopoética; elabora sua crítica ao ensino jurídico apontando a necessidade de uma revolução epistemológica transdisciplinar para romper com a departamentalização dos campos da racionalidade dominante, como possibilidade para (re)construir os caminhos que o Direito vai percorrer a partir do século XXI); José Eduardo Faria (*A reforma do ensino jurídico*); Roberto Lyra Filho³⁷² (por sua crítica ao Direito que se

³⁷¹ Além dos juristas citados, outros, tanto em nível nacional como internacional, com as diferenças que lhes são inerentes, buscam apontar caminhos para dar conta das transformações impostas ao ensino jurídico da modernidade.

³⁷² Roberto Lyra Filho é considerado um dos idealizadores da Nova Escola Jurídica brasileira, denunciando em inúmeras obras e artigos o descalabro do ensino jurídico, entre as quais *Para um Direito sem Dogmas*, *O Direito que se ensina errado*, *Problemas atuais do ensino jurídico*, *Por que estudar Direito hoje?*, *Pesquisa em Direito?*, *Constituinte e a Reforma Universitária*, e *O que é Direito?* É o idealizador do Projeto *O Direito Achado na Rua*, desenvolvido pela UnB. Constituiu-se um marco teórico de fundamentação para o Núcleo de Assessoria Jurídica em Direitos Humanos e Cidadania, trabalhando categorias relacionadas ao estudo do Direito e das Ciências Sociais com a idéia do pluralismo jurídico. A teoria desenvolvida por Lyra Filho não tem uma preocupação com o Direito previsto nos códigos, ensinado nos cursos jurídicos. O fundamental são as diferentes formas jurídicas que efetivamente são praticadas nas relações sociais.

Na obra *Para um Direito sem dogmas*, o autor salienta que o apogeu da internalização do Positivismo nas escolas jurídicas pode ser identificado com o momento em que as Universidades separaram os

ensina errado); Luis Alberto Warat (por seu pioneirismo e ousadia em denunciar a inércia do saber jurídico dominante e sua crítica ao senso comum teórico produzido pelo contexto acadêmico e profissional e, principalmente, na forma como apresenta o surgimento do excesso do “vazio” que está impregnado nos discursos jurídicos e nos discursos acadêmicos); Loussia Penha Musse Felix (pelo pioneirismo em construir e aplicar um modelo de avaliação para os cursos jurídicos); Vicente de Paulo Barreto (pelos questionamentos acerca da crise do modelo positivista e do normativismo de Kelsen, que tem se mostrado insuficiente frente à complexidade das novas demandas da sociedade do terceiro milênio).

campus das Faculdades de Filosofia e de Direito, pois “aí já se moldava a metodologia positivista, com o dever-ser abstrato começando na gnosiologia de imperativos categóricos e terminando na epistemologia imperativo-jurídica, sem limite, de princípio, e sem freio, de expansão. O Direito justo fica relegado ao vanilóquio de uns filósofos inoperantes. O Direito Positivo, no entanto, é entregue ao Estado, cujo comando era tomado pela classe que vinha a assumir o poder, num avanço impetuoso” (p. 21 e ss).

A originalidade, o espírito inquietante e inconformado de Lyra Filho é traduzido por vários juristas e amigos na obra *Desordem e Processo*, uma forma de homenageá-lo pela maneira como se dedicou à formação do espírito crítico, tanto de seus alunos como da comunidade jurídica. Pela relevância da obra, traz-se ao texto as reflexões de Leonel Severo Rocha sobre a trajetória de Lyra Filho, salientando que ele é um dos poucos juristas a manter uma atitude coerente frente ao emaranhado de eventos que alteraram profundamente o Direito brasileiro. Duas falas de Rocha que merecem destaque: “Lyra Filho coloca na prática toda uma ‘desconstrução’ epistemológica do discurso jurídico, demonstrando que a falsa seriedade da fala dogmática nada mais é que uma máscara de sua incompetência de democratizar-se”; “Lyra Filho analisa o fetichismo do Direito positivo, constatando que o mesmo caracteriza-se por uma negação da liberdade, relegada ao permitido pela lei, o que impede de se ver o Direito como ‘busca duma existência positiva da liberdade’”. ROCHA, Leonel Severo. O avesso do Direito. In: LYRA, Dereodó Araújo (Org.). **Desordem e Processo**: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986, p. 132 e ss.

Outra obra que marcou profundamente a comunidade jurídica é de autoria de Lyra Filho intitulada *Karl, meu amigo*; Diálogo com Marx sobre o Direito, resultado de aproximadamente 40 anos de pesquisa e reflexão. Nesta obra, ele instiga a entender a dialética marxiana, não dentro de metáforas da casca “mística” e do núcleo “racional” ou da virada, mas, sim, de defender neste estudo que, sem Marx, nada se intenta, validamente, na atual Filosofia e Sociologia Jurídica e que, com ele e sua obra, o trabalho apenas começou. Uma das propostas de Lyra Filho ao realizar um diálogo com a obra de Marx é se propor a repensar com ele e, eventualmente, contra ele as abordagens do Direito, que se entrecruzam nas chamadas idéias jurídicas marxianas. Relaciona seis tipos de problemas que busca vencer no estudo sobre Marx e o Direito, que assim denomina: obstáculos filosóficos; obstáculos lógicos; paralogismos ocasionados “seja pela ausência de uma teoria ou doutrina do Direito em Marx, seja, pela impossibilidade prática de sequer buscar essa teoria, sem resolver a questão lógica e ontognosiológica da dialética marxista”; obstáculos cronológicos; obstáculos psicológicos ao reto enfoque das complexas relações entre Marx e o Direito; finalizando com o sexto e último tipo de problema no estudo das relações entre Marx e o Direito, que são, para ele, “os obstáculos metodológicos”. Neste projeto, Lyra Filho busca captar “uma ontologia jurídica sugerida pelo jovem Marx e pela sociologia crítica dos seus anos maduros”. Konder, ao fazer uma homenagem a Lyra Filho, diz que um dos méritos do autor “está em ter chamado a atenção para esse ponto: embora Marx tenha chegado a fazer referência a direitos dos espoliados e oprimidos, ele freqüentemente cede à pressão ideológica decorrente de seu envolvimento por parte do positivismo jurídico e põe *todo* o Direito na forma de legislação e do Estado”. KONDER, Leandro. A crítica do Jovem Marx à concepção hegeliana do Estado e do Direito. In: LYRA, Dereodó Araújo (Org.). **Desordem... Op. cit.**, p. 142.

Para o desenvolvimento desta etapa da pesquisa, elencam-se alguns juristas para serem os companheiros de diálogo, que, com suas críticas ao ensino jurídico e à conexão que estabelecem com as tradições filosóficas, possam auxiliar na aproximação do movimento da hermenêutica filosófica, enfatizando as tentativas de superação por eles propostas. Portanto, os autores aqui privilegiados foram selecionados pelas propostas defendidas em prol da (re)significação do papel da Universidade no processo de formação do futuro jurista e por representarem diferentes olhares que, de alguma forma, instigaram a comunidade acadêmica a refletir sobre a crise que está posta. A partir desses autores será possível apresentar a hermenêutica filosófica como possibilidade de superação do modelo vigente, pois suas contribuições trazem para a luz aquilo que o brilho do positivismo e do normativismo jurídico ofuscou.

2.3.1 A visão waratiana da crise do ensino jurídico

O jurista Luis Alberto Warat foi quem, nos últimos 25 anos, protagonizou uma geração de homens e mulheres que, inspirados por ideais libertários, fizeram uma crítica profunda ao modelo positivista/normativista presente no ensino jurídico, revertendo a inércia presente nas Faculdades de Direito, revolucionando a relação professor/aluno. Inscreve um conceito *amoroso* para esta relação, bem como no interior do discurso jurídico, que dá a idéia de um *religare*, ou seja, Warat restabelece o vínculo do corpo com a mente e o comprometimento amoroso na relação ensino/aprendizagem. Esta é a base do giro que Warat elaborou, sendo reconhecido por sua ousadia, provocação e quebra de paradigmas. Introduziu a expressão *carnavalização* no ensino e no discurso jurídicos, comprovando que é possível o ato de compreensão do fenômeno jurídico ser um ato de descoberta, amadurecimento, crescimento e que, ao *carnavalizar* a aula, se pode propiciar momentos de criatividade, percepção dos sinais do novo, desfazer representações ideológicas, sair de um discurso que aliena, organizar significações à margem da pertinência que os códigos consagram e privilegiar a instância de produção de reconhecimento das significações. O exercício da didática carnalizada permite destruir a atual relação professor/aluno, em que o aluno de “objeto do ensino” passa a ser sujeito, e seu lugar é a sua práxis, na medida em que lhe é permitido sair da certeza

que aliena e da objetividade imposta pelo paradigma da modernidade, pois o paradigma moderno ensina a não sentir e, sim, a raciocinar.³⁷³

Warat, em sua chegada ao mundo universitário brasileiro, representa o lugar do novo, da transgressão, do criativo, formando um círculo de professores e alunos de Graduação e Mestrado em torno de suas idéias transgressoras. Foram sobretudo os livros de Warat fascinantes, polêmicos, audazes e revolucionários, que representam sua grande influência no meio acadêmico e criaram uma nova sensibilidade no tratamento do ensino jurídico. Como exemplo, pode-se citar *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*; *Manifesto do Surrealismo Jurídico*; *O amor tomado pelo amor*; *O Direito e sua linguagem*; *Introdução Geral ao Direito*; I, II e III; *Territórios desconhecidos*; A procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade; *Epistemologia e Ensino do Direito*; Surfando na Pororoca: o ofício do mediador³⁷⁴. Seu espírito libertário, que está em todas as suas obras, propõe uma única grande provocação: mostrar que a ortodoxia no ensino jurídico se reduz à transmissão de um saber rigorosamente completo, alicerçado na racionalidade instrumental. É a voz de uma crítica decidida a denunciar o reducionismo do ensino jurídico. Com Warat tinha-se a esperança de que algo estava realmente acontecendo, pois entendia que, “ao questionar as atitudes de onipotência e de consciência dos professores e filósofos do Direito, também estaria gerando um processo que serviria para que desaprendesse a perfeição das significações jurídicas”.³⁷⁵

Além das obras de Warat, pode-se constatar seu espírito libertário, criativo e transgressor no ineditismo da criação de disciplinas que nunca antes haviam sido ministradas em cursos de Pós-Graduação e Graduação em Direito no Brasil. O jusfilósofo “inventou”, como ele mesmo prefere dizer, várias disciplinas, a saber: Teoria da Argumentação Jurídica; Direito e Psicanálise, Metodologia do Ensino Jurídico e da Pesquisa do Direito; Lingüística; Epistemologia Jurídica; Ecologia Política e Direito;

³⁷³ Cf. WARAT, Luís Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. In: _____. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 98 e ss.

³⁷⁴ Warat escreveu inúmeras obras. Exemplificou-se as mais significativas de seu ser transgressor, polêmico e audaz.

³⁷⁵ MONDARDO, Dilsa. **20 Anos Rebeldes**: o Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat. Florianópolis: Diploma Lega, 2000, p. 56.

Teoria Crítica e Dogmática Jurídica e Filoestética e Direito. Trata-se de uma “série de disciplinas sem fronteiras nítidas, quebrando a lógica de seus planos e desarticulando a narrativa clássica de seus campos temáticos”.³⁷⁶

Tais contribuições assumem uma dimensão relevante ao se verificar em Warat o principal representante de uma geração de juristas comprometidos a discutir profundamente a questão da crise do ensino jurídico. O autor desafia a história de uma época e dedica grande parte de seu tempo para pensar institucionalmente, com outros juristas, sobre a crise do ensino do Direito. Warat, como ninguém, soube contagiar professores e alunos a fazerem uma crítica profunda do paradigma cientificista do Direito e do neopositivismo lógico, mostrando “que a crise respondia simultaneamente à falta de rigor pedagógico, ao menosprezo tradicional pelas questões epistemológicas, à falsa crença do caráter despolitizado do Direito e à falta de afeto na relação docente-aluno”.³⁷⁷

Essa última idéia de Warat pode parecer claustrofóbica para uns e libertária para outros. Para o autor, a formação dos futuros docentes, amparada na relação de afeto entre docente e aluno, é mais importante que a racionalidade técnica e o simulacro da transmissão e interpretação da lei aos alunos, ainda que tudo isso seja necessário para o processo de compreensão do Direito. E aí Warat mostra seu lado transgressor, ousado, e seu amor por um pensamento sem fronteiras, pois, para ele, o ingrediente do afeto na relação ensino-aprendizagem responde às indagações dos alunos – indagações que também podem ser inspiradoras, críticas e transgressoras. Só o vínculo afetivo e o prazer pela formação dos futuros juristas pode levar a relação professor-aluno a ser mais leve, plena e amistosa, sem necessidade de buscas intermináveis, ou como diz o personagem de García Márquez: “Não trocaria por nada neste mundo as delícias do meu desassossego”. E é desse desassossego que provém sua autoridade, da troca e confiança recíproca que estabelece com seus pupilos, mostrando sua humildade ao dizer que aprende com seus alunos enquanto ensina.

³⁷⁶ WARAT, Luís Alberto. Falando de Vinte Anos. In: MONDARDO, Dilsa. **20 Anos...** *Op. cit.*, p. 17.

³⁷⁷ WARAT, Luis Alberto. Confissões pedagógicas diante da crise do ensino jurídico. In: VIEIRA, José Ribas. Desafios e prioridades para a reforma do Ensino Jurídico no Brasil. In: Comissão de Ensino: Álvaro Villaça Azevedo, Edmundo Lima Arruda Jr., José Eduardo de Souza Jr. [et. al.] **OAB Ensino Jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996, p. 217.

A conjugação de sua proposta de uma pedagogia do desejo ao ensino jurídico permitiu a Warat mostrar como a relação ensino-aprendizagem depende de um processo transferencial, que é muito semelhante ao de um encontro psicanalítico. Conseqüência desse modo de compreender, Warat vai dizer que:

Sem um processo transferencial não existe o ato ou encontro pedagógico. O lugar do mestre é um espaço condenado a ficar vazio. O aluno tem que procurar a morte do professor para ocupar seu lugar, apoderar-se do presumido, saber do mestre como única condição para tentar os caminhos de sua própria autonomia.³⁷⁸

A proposta pedagógica de Warat é uma aposta na liberdade, autonomia e criatividade do aluno, e não na subserviência, ou seja, “uma pedagogia que ensine os alunos a administrar suas impossibilidades, as impossibilidades da lei e as do social”.³⁷⁹ No âmbito dessa proposta mostra-se fundamental, dentro do pensamento waratiano, que a teoria jurídica deve estar alicerçada na realidade. Mas isso não significa validar uma norma que não esteja alicerçada na realidade teórica-normativa do Direito. Quando o jusfilósofo menciona a necessidade da inserção do ensino do Direito na realidade, ele fala da necessidade de uma nova atitude pedagógica que vença a lógica positivista. Mondardo, ao realizar a análise da atividade filosófica-pedagógica desenvolvida por Warat nas Universidades brasileiras, expressa os pontos mais notáveis e originais de sua proposta pedagógica, enfatizando que “esse mestre nunca usou a sala-de-aula³⁸⁰ para a submissão, para contar com repetidores de seus discursos, mas com cúmplices para retomar os vínculos do saber com a vida, como a única arma efetivo-intelectiva para superar a crise de civilização”.³⁸¹

Warat assumiu a “escuta” como o tema mais importante no Direito, principalmente no Direito Processual e na relação ensino-aprendizagem. Diz este jurista que o paradigma moderno ensina a não sentir e, sim, a apenas raciocinar. Denuncia que os

³⁷⁸ WARAT, Luís Alberto. Falando de... *Op. cit.*, p. 19.

³⁷⁹ *Idem*, p. 20.

³⁸⁰ A propósito, Mondardo aponta que, para Warat, a “sala-de-aula é sempre um momento coletivo de reelaboração singular e original de pensamentos, inclusive de pensamentos alheios, que encontraria em cada aula uma fala que os renova. No ato de ensinar, há sempre uma tentativa de libertar a vida daquilo que a aprisiona. Neste sentido, a criatividade do ato pedagógico é muito mais o de resistir aos aprisionamentos, às alienações da vida, que o de comunicar racionalmente afastado da vida. E, neste ponto, suas aulas eram como um sistema de coordenadas e de dinamismos que servem para pensar, que não é outra coisa que se orientar no pensamento”. In: MONTARDO, Dilsa. **20 Anos...** *Op. cit.*, p. 58.

³⁸¹ *Idem*, p. 55.

professores não ensinam a “escutar”, colocando que quase 100% deles não escutam os alunos; 80% dos professores são autistas, ou seja, só escutam a si mesmos, impondo seu saber aos alunos. O que o aluno devolve não interessa ao professor, pois perdeu sua sensibilidade. Essa atitude, para Warat, revela que o professor é um corpo só normativo e questiona onde ficou a sensibilidade, o comprometimento, o prazer do diálogo que inicia o aluno a internalizar e a compreender e não apenas a decorar.

Em sua crítica ao ensino jurídico, questiona o que se entende como conhecimento crítico do Direito. Para responder a essa questão, coloca a forma de seu pensar, mostrando que o pensamento crítico advém de um conjunto de vozes dissidentes que produzem um conhecimento sobre o Direito que, pela força desse novo pensar, fornece as “bases para um conhecimento social radical”, estabelecendo “uma nova formulação epistemológica sobre o saber jurídico institucionalmente sacralizado”.³⁸² O que legitima Warat a empreender seu desejo de renovação da linguagem jurídica é seu profundo conhecimento sobre os fundamentos teóricos que questiona. Além de temas jurídicos e filosóficos, Warat empreendeu um longo percurso em seu pensamento, integrando vários saberes, alicerçado nas teorias de Nietzsche, Foucault, Barthes, Deleuze, Guattari Borges e Cortazar, Bakhtin, culminando com Freud. A riqueza da cumplicidade de Warat com os teóricos que o inspiraram é lembrada por Mondardo quando diz que o jusfilósofo consegue “gerar novos conceitos, simultaneamente filosóficos e não-filosóficos, operando fluxos heterogêneos de inovação ao pensamento histórico do Direito e, a partir dele, refazer sua trajetória sem negá-lo, mas incorporando a abertura ao novo”.³⁸³

O caráter lógico-referencial dos discursos jurídicos produzidos encontra-se enclausurado em nome da visão reducionista do Positivismo e do Normativismo. Para avançar na produção de um discurso crítico, o passo decisivo será dado, em primeiro lugar, “pela substituição do controle conceitual pela compreensão do sistema de significações; segundo, pela introdução da temática do poder como forma de explicação do poder social das significações proclamadas científicas”.³⁸⁴

³⁸² WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: _____. **Epistemologia e...** *Op. cit.*, p. 27.

³⁸³ MONDARDO, Dilsa. **20 Anos...** *Op. cit.*, p. 54.

³⁸⁴ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico... *Op. cit.*, p. 28.

O conhecimento para Warat, na medida em que foi purificado pela razão, limita, de forma maldosa, a percepção dos efeitos políticos das verdades. Essa percepção waratiana concretiza-se “quando concebemos a história das verdades como jogo estratégico, como campo de luta semiológico e não como uma história das idéias ou dos homens, desenvolvidas progressivamente pelo espírito”.³⁸⁵ Warat propõe, inicialmente, que é necessário admitir que, ao se analisar o jogo estratégico desse discurso, é possível comprovar que existe um esvaziamento do núcleo conceitual, induzido pela forma estereotipada lógico-conceitual-objetificadora que adotamos em nome da racionalidade científica do Direito e de suas representações ideológicas.

Como consequência desse modo de compreender o Direito como um conhecimento científico, Warat reivindica um novo ponto de vista epistemológico para que se avance na elaboração de um saber crítico do Direito, em que os objetos de análise são os discursos “competentes da Ciência e a epistemologia jurídica”. Os discursos jurídicos são forjados pela práxis jurídica e se constituem no que Warat chama de “senso comum teórico dos juristas”.³⁸⁶ Metaforicamente, Warat caracteriza o senso comum teórico como “a voz ‘off’ do Direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças a partir das quais se pode dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam”.³⁸⁷

³⁸⁵ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico... *Op. cit.*, p. 28.

³⁸⁶ Warat introduziu o termo “senso comum teórico dos juristas” para mostrar o caráter institucional dos hábitos semiológicos adotados nas Escolas de Direito, tribunais, órgãos legislativos etc., onde, em nome da pretensa “verdade científica”, se produziram versões de teorias ajustadas às crenças ideológicas que dominam a consciência dos juristas, “influindo na formação do capital cultural da prática teórica”. Também se refere a hábitos “intelectuais que regulam as condições de produção do conhecimento, como também das interpretações vulgarizantes dos conceitos, fruto de suas desvinculação dos marcos teóricos sistemáticos em que foram produzidos”. Neste sentido, ele mostra como, ao longo dos anos, “o senso comum teórico dos juristas” foi se apropriando de conceitos, teorias e novos paradigmas, estabelecendo versões estereotipadas e deturpando o caráter original desses conceitos em busca de uma legitimação. Cita como exemplo a deturpação da significação da matriz kelseniana, mostrando que, à medida que o “o senso comum teórico dos juristas” se apropriava desta matriz, paulatinamente deixavam de lado todas as singularidades teóricas, através de “lentos mecanismos redefinitórios que terminam por fundir os conceitos kelsenianos às representações jusnaturalistas, tudo isso misturado com princípios liberais, aspirações transcendentais, fenomenológicas, neopositivistas e, até, em muitos casos, com um Hegel inconsciente e estereotipadamente assimilado”. Enfim, “o senso comum teórico dos juristas” tem como alicerce principal “a crença na eficiência do método para produzir a objetividade e a verdade”. WARAT, Luis Alberto. Saber crítico... *Op. cit.*, p. 33 e ss.

³⁸⁷ Idem, p. 32.

Este é um aspecto primordial da crítica waratiana: o Direito nasceu como algo sagrado e agora está se profanando; “professores, magistrados e advogados os dessacralizam não tanto por uma distância crítica e um trabalho de criação que olha para o futuro, mas, sim, por uma carga maciça de racionalizações pretensiosas que não passam de meras expressões de conformismo e de banalidade. Esses segregam uma atitude passiva: uma melancólica resignação que os impossibilita de sobrepujar o estado de simplificações e simulacros jurídicos existentes”.³⁸⁸ Passar pela Faculdade de Direito é, para o autor, um processo de “pingüinização”, ou seja, congela-se a alma, pois a faculdade torna os estudantes duros, insensíveis e alienados ao se condicionarem a um “lugar comum”.³⁸⁹

No âmbito dessas denúncias, Warat mostra claramente seu desassossego em relação ao desencanto com o Direito, desencanto que transpira nos bancos escolares das Faculdades de Direito. Denuncia que, depois do excesso de plenitude ideológica, “de um saber jurídico apegado à fantasia de um ‘já-dito-desde-sempre’, surgiu o excesso do vazio: o descompasso provocado por uma infinidade de discursos superpostos (um dogmatismo vulgar) que não pode pensar criativamente na realidade de nossa época”. Esse sentimento sobre o fim da Justiça pode ser claramente percebido nas Universidades pela desarticulação do movimento estudantil. São raros no País os Diretórios Acadêmicos de Direito que têm como pauta de discussão a mobilização política, seu compromisso com o processo educativo-libertador da sociedade e a rejeição de todas as formas de manipulação. O estudante de Direito está alienado das grandes discussões nacionais e internacionais. A perda mais significativa, como geração que assumirá as rédeas do Poder Judiciário no futuro, é, sem dúvida alguma, o alijamento a que esses estudantes se submeteram no processo político nacional e que, pela metodologia positivista/normativista adotada nas escolas jurídicas, tiveram condições extremamente favoráveis para se descompromissarem politicamente, através da alienação em participar/organizar espaços possibilitadores de uma Universidade mais crítica.

³⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. A condição transmoderna do desencanto com a cultura jurídica. In: _____. **Epistemologia e...** *Op. cit.*, p. 36.

³⁸⁹ Para Warat o discurso jurídico pode ser considerado um “lugar comum”, pois ele é um delírio, uma fantasia oca, construída sobre o “senso comum teórico” dos juristas. Ele nos faz acreditar em uma realidade que é absolutamente impossível. Assevera que, nunca como hoje, o homem é prisioneiro dos lugares comuns.

Inquietante é a questão levantada por Monteiro em sua trajetória de professora de Direito, quando analisa a marca dessa geração, percebendo que a maioria dos graduandos em Direito estão com sua capacidade reflexiva intacta. Questiona se é esse o material humano que o Curso vai pôr no mundo profissional. A resposta de Monteiro é: “Se não formos capazes de estimular sua transcendência, serão só reprodutores dos velhos sentidos, dragados por uma estrutura perversa que faz da dimensão prática do Direito um paradoxo conceitual”.³⁹⁰

Mas, por outro lado, Warat se dá conta de que se está vivendo um momento nacional muito rico, em que as mazelas da política estão expostas à sociedade pelos veículos de comunicação de massa.³⁹¹ Cabe à Universidade proporcionar espaços para instigar o espírito crítico de seus acadêmicos, como prática de ensino e aprendizagem (trans)formadora que privilegie espaço para o aprendizado participativo, ou seja, oportunizar ao acadêmico de Direito exercitar-se na práxis social, diante de fatos, situações concretas e na própria realidade política, social, econômica e cultural de sua Região e do País. Warat apressa-se em dizer que, aos poucos, a juventude brasileira está “voltando a apostar no Direito, exigindo a reintrodução da ética e da justiça na política. Todo o povo brasileiro, que tingiu de preto as ruas de suas maiores cidades, está silenciosamente atuando seu desejo de que democracia deixe de ser uma etiqueta”.³⁹²

Esse olhar waratiano pressupõe que o currículo privilegie a dinâmica da vida, constituindo-se em espaço significativo para a reflexão crítica sobre as relações homem-mundo e homem-homem. Portanto, na perspectiva de Warat, o movimento dialético requer uma transformação na realidade mediatizada e, a partir do diálogo Universidade

³⁹⁰ MONTEIRO, Cláudia Servilha. Crônica da Promessa. In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios...** *Op. cit.*, p. 17.

³⁹¹ Como exemplo citam-se as CPIs instaladas pelo Poder Legislativo brasileiro no ano de 2005 (CPI dos Correios, CPI do Mensalão, CPI dos Bingos etc.). O povo brasileiro tem a possibilidade de assistir em tempo real o problema crônico da corrupção no País e da indiferença e alienação dos políticos com as demandas da sociedade. Interessante observar o jogo que se instala em uma CPI – egos individuais, tomados em um sentido meramente de um espetáculo da comunicação e persuasão. Ou ainda, a grande maioria dos parlamentares se fazem presentes nas CPIs para mostrar seu pretenso grau de inteligência e de retórica, buscando os holofotes das câmaras de TV, numa atitude narcisista de desinvestidura dos compromissos políticos. Esse jogo – CPI como espetáculo de massa – sintetiza o efeito residual do esgotamento da função legislativa, trazendo a público a cumplicidade que dá margem ao acirramento dos mecanismos de alienação e o desencanto pelo pensamento político que nos cerca.

³⁹² WARAT, Luis Alberto. A condição transmoderna... *Op. cit.*, p. 38.

/Sociedade, a construção de um saber além dos códigos, onde possam ser sujeitos em si e com os outros. É uma pedagogia da consciência, do compromisso social que instiga a entender o curso jurídico além do positivismo e do dogmatismo. Para Warat, a Universidade deve “preparar-se para permitir ser atravessada pelos sentidos que emergem de todas as tensões dramáticas da vida cotidiana”.³⁹³ Ela é constituída muito mais do que apenas por alunos e professores; ela “é feita de idéias em um ambiente livre de coerção. É feita de posturas conscientes diante do mundo. Não um outro mundo, é a própria sociedade em autoperspectiva”.³⁹⁴ As críticas formuladas por Warat indicam que a maioria dos cursos jurídicos não são pró-ativos, e que sua função social é enorme. Nesse contexto, a Universidade deve repensar o ensino com novas formas de aprendizagem que contemplem metodologia conscientizadora, estimulando a vivência social, afetiva, política e profissional dos acadêmicos, em que os conteúdos de aprendizagem possam ser questionados e problematizados criticamente, oportunizando ao acadêmico um espaço de reflexão-ação-reflexão, integração e complementaridade, numa perspectiva contextualizada a partir da realidade social em movimento.

Falar sobre a importância das propostas waratianas para a superação da crise do ensino jurídico instiga a fazer uma transgressão da propriedade do discurso e ter a capacidade de ir além da intertextualidade,³⁹⁵ embaralhando com o imaginário os discursos alheios, engajando-se com aquilo que o texto leva a dizer dele, ou seja, “é o jeito de eu influir-me, convertendo-me em um leitor aberto de mim mesmo na reinterpretação da escrita dos outros. O que afirmo do discurso dos outros obriga-me a pensá-lo (aceitando ou negando). É a leitura dos outros como espelho meu. É também pôr o “eu” no discurso do outro”.³⁹⁶ Este certamente é o maior desafio que Warat propõe: “pôr o “eu” em nosso discurso, no discurso do outro e no discurso com a história, pois somos frutos de uma geração que foi atravessada pelo saber consumível,

³⁹³ WARAT, Luís Alberto. A condição transmoderna... *Op. cit.*, p. 45.

³⁹⁴ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Crônica...* *Op. cit.*, p. 17.

³⁹⁵ Warat inventou a palavra “culturallecto” para dizer o que define como “intertextualidade”, que “precisam ser identificados – como uma prática estruturante, isto é, como um processo de produção dos sentidos. [...] Ela seria metaforicamente um espaço individual do qual emergem as enunciações”. Particularmente situa a intertextualidade “como uma câmera de ecos que precisa ser sentida em uma dupla direção: como lugar de enunciação e como história. Enquanto história, ela é uma visão que permite encarar o saber na sociedade e a sociedade no saber. A intertextualidade é uma produtividade onde se operacionaliza a polifonia das significações. Trata-se, enfim, de uma matriz anônima, onde se dá o trabalho do significado”. In: WARAT, Luís Alberto. *A Ciência Jurídica e...* *Op. cit.*, p. 104 e ss.

³⁹⁶ *Idem*, p. 102.

ou seja, pela transmissão de conteúdos, sem exigir da mente capacidade de intelecção, de crítica e de posicionamento frente à realidade que está posta”. Sair da crise, para Warat, implica em transformar o espaço da sala de aula em um experimento em aberto, construindo o lugar da diferença, com espaço para a sensibilidade, para a interação do aluno com o mestre, afastando-se do condicionamento disciplinador que valoriza a certeza e a completude do Direito.

2.3.2 O pensamento crítico e problemático de Castanheira Neves

Na figura de Castanheira Neves³⁹⁷ encontra-se um pensamento crítico e problematizador que recusa o positivismo jurídico, oferecendo uma profunda reflexão sobre a metodologia jurídica na contemporaneidade. Sua trajetória, construída sobre a experiência de vários anos como professor, palestrante, conferencista internacional e autor de inúmeros livros e artigos jurídicos, retrata uma mente vigorosa, inquieta com os desafios da sociedade, humanista e problematizante, auxiliando a comunidade jurídica a refletir criticamente no sentido de uma ruptura com a metodologia posta, iniciando os estudantes no Direito pensado. Com sua lucidez filosófica, o autor se destaca pela forma como pensa o Direito a partir de sua problematicidade atual, contextualizando que o Direito, hoje, se revela fortemente problemático, ao ponto de também atingir sua subsistência, visto que não é mais capaz de dar respostas às demandas advindas da complexidade estrutural, dimensional e intencional da sociedade atual. Suas reflexões são como um grito de alerta contra os anos sombrios do deserto positivista, interpelado pela crise do homem, pela crise do pensamento e do conhecimento e pela crise do ensino jurídico em nível global. Suas obras e artigos³⁹⁸ são reflexos de uma mente preocupada em desvendar a tensão humanista da contemporaneidade e o papel do Direito, das Faculdades de Direito e do jurista neste novo contexto.

³⁹⁷ Antônio Castanheira Neves é catedrático jubilado da Universidade de Coimbra, Portugal, e um dos mais respeitados nomes da filosofia do Direito na atualidade.

³⁹⁸ Castanheira Neves é, na atualidade, um dos autores que mais profundamente voltou seu olhar para a metodologia jurídica, debatendo suas crises, escrevendo seu entendimento, fruto de um estudo profundo sobre interpretação, escolas metodológicas-jurídicas, o papel do jurista no tempo atual, justiça e Direito hoje etc. Dentre vários livros e artigos, citam-se: *O actual problema metodológico da realização do Direito*; *Metodologia jurídica*; *Problemas fundamentais*; *Questão de Facto – Questão de Direito* ou o problema metodológico da juridicidade; *Digesta*; *O Direito Hoje e com que Sentido? – o problema actual da autonomia do Direito*; *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*; *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*, entre outros.

Na obra *Metodologia jurídica*; Problemas fundamentais, em nenhum momento o autor tem a intenção de elaborar um manual de metodologia. O que oferece é uma perspectiva de compreensão do complexo problema metodológico que envolve o pensamento jurídico que se alimenta das Faculdades de Direito. Castanheira Neves trabalha na perspectiva de uma relação de reconstrução crítico-reflexiva dirigida ao pensamento jurídico de nosso tempo, tendo sempre presente a problemática atual do Direito e os paradigmas que sustentam o pensamento jurídico no contexto da crise de ensino, ou seja, “na perspectiva que encontrou expressão no método da exegético-formal autonomia dogmática e de apenas lógico-dedutiva aplicação normativista”.³⁹⁹ Constitui uma perspectiva idealmente prescrita, a partir da qual o positivismo jurídico⁴⁰⁰ pensou ter encontrado o verdadeiro “método jurídico”.

Castanheira Neves assinala que uma metodologia só chega a ser tematizada quando ela for submetida a uma crítica e reflexão autônomas. O entendimento dessa problemática exige uma reflexão crítica, posto que o mesmo se passa também no ensino jurídico, em que a problemática é paralela á problemática do pensamento jurídico. O autor chama a atenção que:

Só nas *crises* do conhecimento o problema gnoseológico (e ainda epistemológico e metodológico) se tematiza, elevando-se ao nível da *crítica* – só nas crises do Direito o problema metodológico de sua realização se autonomiza numa exigência crítica de compreensão refundamentante da juridicidade realizada e do *actus* que a cumpre.⁴⁰¹

³⁹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica...** *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁰⁰ A propósito, o autor faz uma síntese sobre o pensamento jurídico estruturado a partir do método positivista (que, para a grande maioria, continua sendo o único método jurídico), conforme segue: “1) o Direito seria, para este pensamento, uma *entidade racional subsistente em si* – subsistente numa imanente e estruturada racionalidade susceptível como tal de ser considerada em termos absoluto-dogmáticos (não relativo-funcionais) – i.é, como um *sistema autónomo* perante heterônomas referências ético-culturais, político-sociais, económicas, etc.; 2) nessa sua dogmático-racional subsistência, o direito constituiria um *sistema normativo unitariamente consistente (sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (auto-suficiente)*; 3) o pensamento jurídico, em si mesmo, teria correlativamente uma *índole objectivo-intelectual e lógico-teorética*, indo-lhe excluídas normativas ponderações axiológicas ou concretas valorações teleológicas – pertenceria à ‘razão teórica’, não à ‘razão prática’ -, pois actuaria em termos lógico-analíticos e sistemático-conceitualmente dedutivos; 4) (...) a validade dos juízos jurídicos ou a fundamentação jurídica deveria ser cumprida pela coerência sistemática num quadro dogmático-conceitual – o discurso jurídico seria um discurso puramente ‘sintático’, um discurso ‘formal’ e não ‘finalístico’; 5) a realização histórico-concreta do direito reduzir-se-ia a uma *aplicação* lógico-dedutiva ou substantiva do direito assim prévio abstractamente conhecido (num momento dogmático)”. CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 308.

⁴⁰¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia...** *Op. cit.*, p. 24.

Essa vertente da reflexão do autor é precisamente a reflexão sobre a crise atual do pensamento jurídico no contexto da crise global da sociedade, em que realiza uma análise crítica dos principais movimentos jusfilosóficos, a crise por que passa o pensamento jurídico, a filosofia jurídica, o ensino do Direito, o fracasso das tentativas restauracionistas e o ruir dos referenciais filosóficos que até pouco davam sentido ao Direito e à existência.⁴⁰² As profundas reflexões realizadas pelo mestre português demonstram que, tanto a filosofia como o Direito, como dimensões constitutivas de uma cultura alicerçada em paradigmas, trazem, na essência de sua crise, como questão última a pergunta pelo sentido do ser. Quando o ser humano se volta a perguntar pelo sentido mais íntimo de sua existência, Castanheira Neves crê que é possível resultar um “novo princípio ou a plena consumação do fim – autenticamente, pois é uma histórico-cultural *situação limite* que aqui nos convoca”.⁴⁰³

Nessa mesma perspectiva, revela-se interessante e original a solução preconizada na ampla e profunda análise de Castanheira Neves. O autor leva aos meandros de seu pensamento e seu questionar crítico, mostrando como se deve responder e qual deverá ser a atitude perante a situação problemática em que o pensamento jurídico se encontra. Cabe, aqui, analogamente, transpor para a atual crise de ensino jurídico o que Castanheira Neves desenvolveu para a crise da filosofia do Direito, levando, com efeito, a concluir com o mestre português que a atitude não pode ser nem de um otimismo a-histórico, como também não se pode ficar no outro extremo, que é a entrega “desesperada ao destino”. Como atitude correta, o autor indica que, inicialmente, se precisa ter uma consciência exata da situação problemática e de suas conseqüências negativas, para então considerar as condições concretas (funcionais) e intencionais (ou fundamentantes) de sua possibilidade. Com essas observações, referencia que não se pode simplesmente ocultar a crise ou ficar apenas num processo de reflexão sobre ela, como também não é possível contentar-se em encontrar uma pré-solução e vê-la apenas sob a ótica da “esperança-futuro”. Ele convida a dar um passo além: interrogar os pressupostos presentes na crise para “transcender por uma reflexão criticamente refundamentante – a dialética, assim, entre a assunção da *crise* e a reposição

⁴⁰² A propósito, ver mais sobre o assunto na obra de Castanheira Neves: **Digesta... Op. cit.**, Capítulo 2 e Temas de Metodologia Jurídica.

⁴⁰³ CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise actual... Op. cit.**, p. 142.

constitutivamente refundamentante da *crítica*”.⁴⁰⁴ Essa atitude proposta por Castanheira Neves tem um profundo sentido dialético, que ele sintetiza nominando-a de *dialética da liberdade* problemática.

O diálogo assim estimulado instiga o homem a uma auto-reflexão crítica de sua própria liberdade e de sua própria autodeterminação que, nas palavras do mestre português, é justamente a reflexão filosófica, ou seja, uma reflexão problematicamente radical com o objetivo de “tentar uma resposta – a resposta hoje possível”. Castanheira Neves aconselha que se deve buscar na Filosofia⁴⁰⁵ do Direito essa resposta. Salienta que esse objetivo não pode ser alcançado pela fundamentação jusnaturalista que já se revelou insustentável, tampouco a partir de uma fundamentação racionalista-normativista-positivista, que os diversos modelos de racionalidades procedimentais e instrumentais subjacentes também mostraram que são insuficientes. O que Castanheira Neves quer reafirmar com essa posição é que o Direito é uma dimensão capital e irrenunciável da humanidade do homem, e que “o homem não necessita ser pensado para o ser, mas só pensando-se o homem a si mesmo se assume como homem – que a filosofia do Direito concorra para esse pensar-se o homem na sua humanidade”.⁴⁰⁶

É a partir dessas considerações que se deve (re)pensar a crise de ensino, porque o pensamento jurídico que o sustenta também está em crise, agravado com o ruir da concepção metodológica do normativismo legalista que o positivismo jurídico assumiu.

⁴⁰⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. **A crise actual...** *Op. cit.*, p. 144.

⁴⁰⁵ No século XX, gradativamente o homem volta-se novamente para um saber filosófico, em busca de um sentido para sua existência e em busca de um sentido para o mundo em que vive. Essa busca que Castanheira Neves referencia resulta do cansaço do homem frente ao frio intelectualismo positivista e perante os limites e fracassos do cientismo positivista-naturalista que não conseguiram dar respostas aos problemas mais profundos do homem. Soma-se, ainda, o desenvolvimento histórico-social e cultural da humanidade, que, de forma avassaladora, traz consigo novos e iniludíveis problemas humanos e sociais, que exigem outros olhares e outras respostas frente ao horizonte de angústia que se divisa para ele. Essa angústia é alimentada por “novas e agônicas dimensões humanas a manifestarem-se na vida e como a vida da experiência concreta, e a convocarem assim o homem à sua consciência mais profunda e plena, posto que problemática, humanidade. E como instância em que tudo isso se fizesse criticamente consciente e fosse relativamente enfrentado, uma vez mais se requeria a filosofia, de tal modo que ‘a filosofia encontrou-se de repente colocada, ao acordo de novo – são palavras de Heimsoeth – diante de uma quantidade incalculável de grandes temas e problemas que, por sua vez, exigiram um renovado esforço de aplicação, bem como o emprego de novos princípios e métodos’. Pelo que não seria desse modo exagerado dizer, segundo o mesmo autor, que a filosofia se sentia então “mais no princípio do que no fim de sua carreira” – é que “a problemática do ser” e da existência tornara-se ao tempo “muito mais profunda do que era outrora”. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise actual...** *Op. cit.*, p. 34.

⁴⁰⁶ Idem, p. 147.

Esta é a razão para Castanheira Neves convidar a pensar “caminhos *novos* para esses *novos* problemas”, pois, para o autor, o “problema metodológico se tornou uma dimensão fundamental do repensar do próprio problema do Direito”.⁴⁰⁷ Como contributo, o autor apresenta “um modelo de construção do raciocínio jurídico baseado em duas grandes coordenadas: *o sistema e o problema*”⁴⁰⁸ da realização do Direito. Não é este o momento para fazer uma análise de toda a vasta contribuição de Castanheira Neves para o pensamento jurídico. Para os limites desta pesquisa, apresenta-se, sucintamente, a perspectiva do “problema”, pela possibilidade que oferece ao ensino jurídico. O contributo do autor pode ser assim resumido:

a) Propõe um novo olhar para entender o Direito a partir do *problema*, isto é, a decisão judicial não é apenas o resultado de conceitos e valores identificados com a simples aplicação de determinada norma. A dimensão criadora de Castanheira Neves remete ao entendimento do sentido de um Direito gravemente problemático. Ou seja, o Direito não é mais visto apenas como objeto de problemas, mas em si mesmo um problema, tanto em relação a seu próprio sentido como em relação à índole de sua normatividade, pois, pela abordagem do *problema*, é possível encontrar uma solução à qual o Direito deve servir, dentro de toda a complexidade que aí se revela. Salaria que não se pode aceitar apenas o prévio “saber” jurídico (normas positivas, precedentes judiciais, doutrinas etc. oferecidas pela ordem jurídica positiva), a autônoma posição do problema jurídico do caso decidendo e a pré-compreensão do problema. Assevera que se precisa, sim, submeter “ela própria a uma problematização, i. é, a um ‘discurso’ ou a uma análise racional do seu conteúdo problemático, como condição metodológica também prévia de uma solução fundada”.⁴⁰⁹

b) Ao elaborar esse novo caminho, Castanheira Neves assume os “problemas” de uma prática, atribuindo à metodologia jurídica a perspectiva de um pensamento prático, ou seja, a *prático-problemática realização do Direito*. A posição metodológica adotada pelo autor é de uma *relação de reconstrução crítico-reflexiva* que parte da “intencionalidade prática da realização do Direito, compreendida na sua problemática

⁴⁰⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica...** *Op. cit.*, p. 25.

⁴⁰⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**; uma contribuição ao estudo do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 189.

⁴⁰⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia...** *Op. cit.*, p. 163.

específica e dirige-se reflexivo-criticamente a esta prática”.⁴¹⁰ O pensamento prático compromete-se com o problema do caso concreto, pois é chamado a resolvê-lo.

c) Ao defender a perspectiva problemática do Direito, o autor resgata a idéia de que o pensamento jurídico é uma entidade culturalmente histórica, sendo a função do jurista buscar o horizonte da historicidade na problemática jurídica, a partir da contingência histórica (histórico-cultural, histórico-social e histórico-política), para responder à questão da função do Direito no sistema social, pois é ele o referencial histórico e, sobretudo, o ponto de partida crítico.

d) Dá um passo além, alcançando elementos para poder reconhecer que a aplicabilidade de uma norma terá de pressupor um *juízo autônomo de juridicidade sobre o caso decidendo*, significando que a lei não pode mais ser reconhecida como único indicador decisivo e como limitadora da concretização do Direito ao caso concreto.

e) Rompe com o entendimento da palavra “interpretação”,⁴¹¹ perpetuado pelo positivismo jurídico, que identifica o Direito, em sua manifestação positiva, com prescrições formais e textos legais. Reconhece uma indivisível solidariedade ou uma verdadeira unidade metodológica entre interpretação e aplicação. Daí que a interpretação⁴¹² apenas se consuma “na decisão concreta (no concreto juízo

⁴¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia...** *Op. cit.*, p. 15.

⁴¹¹ Neste ponto, é importante registrar a síntese de Camargo que, pautando-se em Castanheira Neves, fala que o autor, com referência à concretização do Direito, “traça uma diferenciação entre hermenêutica e interpretação. A primeira seria característica do pensamento jurídico tradicional, que, apesar de adotar técnicas avançadas como a teleológica e a axiológica, volta-se com exclusividade para o sistema; e a segunda, característica da tópica pós-positivista, que direciona toda a sua busca interpretativa *do problema para o problema*. Enquanto a hermenêutica serve apenas como mediação de significado, ou explicitação do sentido em termos exegéticos, a interpretação determina o sentido para obter dele um critério jurídico no âmbito de uma problemática realização do Direito”. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e...** *Op. cit.*

⁴¹² O tema da interpretação jurídica é um tema recorrente para Castanheira Neves, pois, para o autor, “a interpretação jurídica suscita um problema particular, embora nuclear, no quadro global da metodologia do Direito, e a sua intencionalidade específica é aí a resultante de uma complexa multiplicidade de factores. Pressupõe o contexto cultural que vai no horizonte significativo dos juristas e repercute a concepção fundamental do Direito de cada época; é co-determinada pela perspectiva epistemológica-metodológica do pensamento jurídico e vê-se orientada pelos imediatos objectivos práticos da realização do Direito. E estando no nosso tempo tudo isto, já em deliberada revisão, já mesmo em mutação, a interpretação jurídica não pode deixar de se nos oferecer também profundamente problemática: deixou de haver uma sua teoria estabilizada e dominante que tranquilamente se pudesse expor nas suas linhas características – como ainda acontecia, poderá dizer-se, há duas ou três décadas – para voltar a ser ela hoje um problema em aberto. Um problema em aberto sobre que, já por isso, importa refletir”. CASTANHEIRA NEVES, António. **O actual problema...** *Op. cit.*, p. 9.

normativamente decisório) e que é o conteúdo normativo-jurídico assim determinado-constituído”.⁴¹³ Esse é um processo dialético análogo ao do “círculo hermenêutico”, significando que, ao imputar-se à norma interpretada, se tem a possibilidade de reconstituí-la e enriquecê-la nessa mesma medida. Para o autor, são expressões de dois momentos de um processo metodológico unitário – interpretação e aplicação, em que um exige a participação do outro e, correlativamente, se condicionam numa dialética que se dá na simultaneidade do acontecer de ambos.

f) Oferece uma mudança radical de perspectiva para compreender a realização do Direito: de uma interpretação estritamente exegética e dogmática para um pensar como *actus* da realização do Direito. Em outras palavras, é o próprio conceito de interpretação jurídica que se altera: “de interpretação da lei converte-se em *interpretação do Direito*”.⁴¹⁴

É com este espírito que Castanheira Neves, especialmente em seus escritos mais recentes, tem refletido sobre a metodologia de ensino-aprendizagem adotada nas Faculdades de Direito, alcançando para a comunidade acadêmica subsídios ao problema emergente do ensino jurídico frente ao positivismo legalista. Em seus postulados filosóficos e nas propostas metodológicas que apresenta percebe-se a harmonia e a sensibilidade de um mestre que, interpelado por questões reais e práticas, defende a tese do Direito como alternativa humana, ou seja, o Direito como possibilidade de garantir a humanidade do homem. Em seu profundo interrogar, Castanheira Neves reconhece que a condição problemática do Direito, nos dias atuais, “não exprime senão uma dimensão da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos, com todos os sentidos da nossa cultura e herança constituintes, nos pomos em causa até o limite”.⁴¹⁵

Ao falar do problema atual da autonomia do Direito, Castanheira Neves recupera o valor essencial da titularidade do homem como sujeito do próprio Direito e não apenas beneficiário dele, mas comprometido com ele. Por isso, sua atitude de

⁴¹³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta...* *Op. cit.*, p. 371.

⁴¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema...* *Op. cit.*, p. 11.

⁴¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 17.

chamar as Faculdades de Direito a assumirem sua missão que, para ele, é uma missão reflexivamente explicitante e crítica do mesmo Direito. Não concebe a Universidade “reduzida a uma didática profissionalizante, alheia, pela mediação decerto da ciência e da cultura, à vocação ético-comunitária”.⁴¹⁶ Essa consequência, por outro lado, reforça-se pela percepção do mestre português de que o Direito deve ser assumido em sua existência, e “não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido. O Direito só concorrerá para a epifania da pessoa se o homem lograr culturalmente a virtude desse compromisso”.⁴¹⁷ Esse objetivo só pode ser alcançado se as Universidades, por suas Faculdades de Direito, se assumirem como autores responsáveis pela discussão, reconstrução e refundamentação de um novo modo de ensinar o Direito.

Com grande lucidez, Castanheira Neves brinda os profissinais do Direito com um texto que objetiva ressignificar o papel do professor no contexto em que ocorre o processo de ensino-aprendizagem.⁴¹⁸ O estudo (re)posiciona para as Universidades a responsabilidade pelo desenvolvimento cultural de um país, e que ela será “essencialmente o que forem os membros de seu corpo docente e que estes só serão capazes de cumprir a missão que assim os tempos e o país lhes cometem se ‘demonstrarem a mais alta capacidade pedagógica e científica’”.⁴¹⁹ Salienta que o professor universitário, para cumprir sua vocação (entrega, autonomia responsável e qualitativa realização), precisa ser um sujeito da cultura e um cientista. Sua verdadeira função é resgatar a centralidade do ser e a “qualidade que essencializa”, não permitindo que a educação seja tratada como “produto”, em que o resultado avaliado se dá apenas quantitativamente, a partir de esquemas de racionalização que visam simplesmente à formação técnico-profissional, a partir da transmissão de um saber tecnicamente aplicável.

⁴¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. **O Direito hoje...** *Op. cit.*, p. 75.

⁴¹⁷ *Idem*, *Ibidem*.

⁴¹⁸ O autor escreveu um texto, que foi posteriormente inserido no vol. 2 de **Digesta**, com o título “Reflexões críticas sobre um Projeto de ‘Estatuto da Carreira Docente’”, onde demonstra sua indignação com o Estatuto apresentado pelo Governo português. Em reação ao Estatuto surgiu este “Reflexões críticas” que inicialmente foi dirigido ao Conselho Científico da Faculdade, sendo posteriormente remetido às entidades governamentais competentes e publicado no *Boletim da Faculdade de Direito* da Universidade de Coimbra. Sua relevância está na concepção de Castanheira Neves sobre o papel do professor universitário no contexto cultural da pós-modernidade.

⁴¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta...** *Op. cit.*, v. 2, p. 443.

Neste sentido, o autor mostra que é preciso que a Universidade volte seu olhar para suas origens e não pactue com a solução hoje preconizada e assumida globalmente: ser uma *Universidade técnico-profissional*, dirigida tão-somente à transmissão de um saber imediatamente aplicável e rentável, em que a cultura e a ciência também são objetos desta funcionalidade, voltadas apenas ao desenvolvimento econômico e social.⁴²⁰ Portanto, o problema capital que hoje se impõe é a necessidade de a Universidade resgatar seu sentido originário, (re)compreendida no contexto cultural da contemporaneidade. Castanheira Neves propõe que a universidade deverá se posicionar, em nível institucional, com uma “irreduzível dimensão humana”, isto é, a vocação da Universidade deverá ser contribuir para a “formação de verdadeiras personalidades humanas, enquanto as esclarece com o esclarecimento que só a cultura e a ciência, como tais, podem dar e enquanto as enriquece com a riqueza espiritual que só o desenvolvimento da cultura e da ciência pode criar”.⁴²¹ Salienta que isso não exclui a formação profissional, mas que impõe um certo *modus* de adquirir essa aptidão profissional:

Aquele *modus* que elevará até a cultura e a ciência autêntica, ou que destas não prescinde, pois sem a cultura e a ciência o profissional não passará de estereotipado ‘prático’ condenado a ‘repetir os erros dos seus antepassados’ – não passará daquele lamentável ‘quarto homem’ em esquizofrênica ruptura consigo próprio.⁴²²

Como essa reflexão pode ser aplicada também ao ensino jurídico, é forçoso reconhecer com Castanheira Neves que, sem o espírito de uma Universidade (re)fundada na dimensão humana, de modo especial a Faculdade de Direito, não existe verdadeira Universidade. Para que ela possa (re)assumir sua missão de ser o fermento cultural que enriquece o humano da própria sociedade, o autor define quatro princípios⁴²³ que devem balizar o perfil do docente para esta Universidade (re)fundamentada, a saber:

⁴²⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta...** *Op. cit.*, v. 2, p. 446 e ss.

⁴²¹ *Idem*, p. 447.

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ Ver com mais profundidade em CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta...** *Op. cit.*, v. 2, p. 449 e ss.

. Primado da intenção científico-cultural sobre a intenção didática, significando que o docente deverá ser homem de cultura e de ciência e sua função não pode ficar reduzida a uma função meramente de docência.

. Simultaneidade da investigação e da docência, isto é, a investigação deverá ser o alicerce para uma boa docência. A pesquisa e o ensino devem ser um ato associado, jamais um ato eventual: “Se a investigação deve projetar-se no ensino, o ensino deve articular-se com a investigação”.⁴²⁴ Com essas palavras, Castanheira Neves assinala a importância do professor com experiência permanente em pesquisa, colocando que a investigação deverá ser a sua mais relevante função, pois, como docente, ele é um sujeito de criação científica e de reflexão cultural.

. Incondicional autonomia em seu projeto de vocação e entrega, ou seja, reconhecimento de que o professor universitário deverá gozar plenamente o *princípio da autonomia*, tanto em sua atividade de docência como em sua atividade científico-cultural. Castanheira Neves amplia-a para uma autonomia do docente em relação a seu tempo e com seu ritmo de trabalho. O autor denuncia que a função do docente como investigador é incompatível com a uniformização e avaliação de resultados quantitativos em escala contínua, ou seja, não é possível prender o professor a horários certos para criação científica e reflexão cultural e medir sua produção intelectual estatístico-quantitativamente.

. Princípio da exclusividade das tarefas ou funções universitárias, ou seja, o professor, ao assumir a docência como vocação, deverá se entregar a essa intenção e às suas exigências com exclusividade. O autor admite que é possível haver exceções, mas essas devem ser situações particulares e excepcionais.

Do exposto, resta claro o quão longe as Universidades brasileiras estão desse ideal: professor centrado na cultura inovadora, na ciência-investigação, na reflexão crítica e com uma profunda dimensão humana. Neste sentido, reconheça-se, novamente, que a proposta que o autor apresenta tem seu alicerce na perspectiva da inovação e na procura de uma Universidade que não se tem, mas da qual se necessita. Uma conclusão

⁴²⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta... Op. cit.*, v. 2, p. 451.

importante resulta desta linha de pensamento, no momento em que Castanheira Neves, com seu radical realismo, denuncia, com tristeza, o aviltamento a que foi exposta a Universidade:

Organização que ciberneticamente funcione e se baste com assimilar e converte em respostas-produtos acrílicos os *inputs* que da sociedade lhe venham, não um espírito de superadora criação de que a Universidade se vivifique e que, através dela, seja o fermento cultural do enriquecimento humano da própria sociedade.⁴²⁵

Apesar de toda a crítica e das tentativas de superação do modelo de Universidade e ensino hoje dominantes, o autor denuncia o caminho assumido como missão, salientando que a orientação dominante é a técnico-profissionalizante, organizada como instituição funcional e burocrática, centrada na docência de transmissão de conhecimentos, na qual a pesquisa, quando existe, continua sendo uma atividade separada e eventual. Como síntese de seu pensamento em relação à crise de ensino, sua denúncia certamente servirá de estímulo para (re)pensar o ideal de ensino jurídico que a sociedade contemporânea exige. Lembra Castanheira Neves que “há um vazio das grandes palavras; há também o vazio de princípios enunciados sem qualquer densidade e que com a persuasão comum de sua formal invocação apenas iludem uma inexistente legitimação. E já vimos que aqui as coisas são efetivamente assim”.⁴²⁶

2.3.3 Lenio Luiz Streck e a crítica hermenêutica do Direito

Streck foi pioneiro em introduzir a discussão do papel da hermenêutica no Direito como possibilidade de superar o positivismo objetivista, identificado com a lei, exegético, dedutivista, tecnicista e formalista, que “redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer”.⁴²⁷ O autor inaugura o debate em relação à crise no ensino jurídico no contexto de um novo paradigma: o paradigma hermenêutico filosófico. Streck denuncia que se chegou ao limite extremo e que os vícios do positivismo perpetuados nas escolas jurídicas são incompatíveis com as exigências de uma sociedade díspar como a brasileira.

⁴²⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta... Op. cit.*, v. 2, p. 454.

⁴²⁶ *Idem*, p. 461.

⁴²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica ao Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 215.

Seu talento fenomenológico no campo do Direito expressa a esperança de uma reorientação filosófica ligada, sobretudo, à obscura palavra mágica “hermenêutica”⁴²⁸ e ao gosto pelo exercício de pensar. Onde Streck buscou subsídios para introduzir o paradigma da hermenêutica filosófica no ensino jurídico? Heidegger e Gadamer o inspiraram a trazer para o dia-a-dia da vida acadêmica reflexões sobre os maiores pensadores da Humanidade e como este novo paradigma pode ser aplicado ao Direito.

O grande propósito de Streck⁴²⁹ foi de tornar familiares as contribuições de Heidegger e Gadamer para o Direito, como condição de possibilidade para a compreensão do Direito. A *applicatio* que Streck traz de Gadamer pode ser vista como seu esforço em integrar, na prática, a hermenêutica filosófica em muitos currículos jurídicos, superando a problemática do método e as conseqüências epistemológicas que daí decorrem. Assim, Streck mostra que é possível a superação do positivismo – exegético e dedutivista – pela hermenêutica filosófica, pois “hermenêutica é faticidade, é vida, é existência, é realidade. É condição de ser-no-mundo. *A interpretação não se autonomiza da aplicação*”.⁴³⁰ É essa vida que Streck traz ao ensino jurídico, afirmando que é pela compreensão que se interpreta, e essa interpretação só se faz possível porque se compreende algo antes, e interpretar é fundamentalmente aplicar.⁴³¹

⁴²⁸ Stein apresenta o conceito de “hermenêutica” com quatro sentidos, conforme segue: “Primeiro, pode designar uma espécie de compreensão ingênua. Em segundo lugar, tem um sentido metodológico aplicado à interpretação nas ciências. Em terceiro, a hermenêutica pode ser apresentada como hermenêutica filosófica, querendo com isso dizer que as formações históricas com que ela lida situam seu sentido para além da compreensão positiva de certos campos. Na Arte, na História e na Linguagem se busca uma experiência da verdade que, além dos enunciados verdadeiros e falsos, se dá no contexto de uma historicidade cujo sentido jamis recuperamos inteiramente. E, em quarto lugar, a hermenêutica liga-se ao ‘como’ hermenêutico que, no fundo, se refere sempre ao modo de ser do próprio ser humano enquanto ser no mundo que já sempre se compreende e explicita em seu modo de ser”. STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Ed.UNIJUÍ, 2004, p. 152. (Coleções Filosóficas; 8)

⁴²⁹ Streck tem se destacado como o primeiro jurista brasileiro que se dedicou, com grande afincio, a “desvelar” o paradigma hermenêutico, rompendo com a tradição inautêntica, com publicações de obras e artigos, realizando inúmeros seminários, ministrando disciplinas nos Programas de Pós-Graduação em Direito, bem como por suas contribuições, sugestões e propostas discutindo a crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica e seus reflexos no ensino jurídico.

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica...* *Op. cit.*, p. 162.

⁴³¹ Streck tem a preocupação de deixar bem claro que interpretação e aplicação são coisas inseparáveis. Isso significa dizer que *Applicatio* é o ponto de “*estofa do sentido*, em que fato é norma e norma é fato. Ou seja, é evidente que não há só textos; o que há são normas (porque a norma é o resultado da interpretação do texto). *Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do Direito*. No plano da hermenêutica jurídica de cariz filosófico, a norma será o *locus* do acontecer (*Ereignen*) da efetiva concretização dos direitos previstos na lei (compreendida na diferença ontológica existente entre texto e norma e vigência e validade”. (Idem, *Ibidem*).

Seu projeto demonstra uma premência aguda em reconstruir a unidade perdida da questão do ser e a esperança de uma orientação fenomenológica hermenêutica, que instigou a autora a (re)pensar o ensino jurídico além dos limites do pensamento dogmático do Direito. O fio condutor da análise de Streck é a ontologia fundamental heideggeriana (paradigma fenomenológico-hermenêutico).⁴³² Essa perspectiva transformadora defendida por Streck recoloca a questão da necessidade da superação do esquema sujeito-objeto-método, tão presente na visão positivista. O autor retoma, a partir dos aportes da hermenêutica filosófica, a questão do sujeito,⁴³³ indicando que o Direito não pode mais ser visto apenas sob o ponto de vista de uma racionalidade⁴³⁴

⁴³² O autor busca em Heidegger as condições de possibilidade para realizar sua crítica ao pensamento objetificador que domina o pensamento dogmático do Direito, pois a “ontologia fundamental rompe com o processo de entificação do ser próprio do pensamento dogmático-jurídico”. Streck argumenta que, “a partir da matriz da ontologia fundamental (paradigma fenomenológico-hermenêutico), que implica a adoção do método heideggeriano, pela qual a linguagem é comandada pela coisa mesma, torna-se absolutamente relevante sua inserção no Direito, exatamente pelo fato de que o pensamento dogmático do Direito, por ser objetificador e pensar o Direito metafisicamente, esconde a coisa mesma, tornando-se possível afirmar, em conseqüência, parafraseando Stein, que a metafísica corrompeu a interpretação jurídica”. Essa é a razão para Streck se apoiar no teorema heideggeriano da diferença ontológica para realizar a desconstrução do pensamento dogmático-objetificador do Direito. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição**... *Op. cit.*, p. 219.

⁴³³ D’Agostini diz que a questão do sujeito está se encaminhando seguramente para o fim “de um certo paradigma filosófico, fundado sobre a tripartição sujeito-objeto-método (eu, a coisa, meu modo de considerá-la), mas também a emergência de novas premissas teóricas, ou como tem sido dito, à ‘reconquista’ de antigas formas de pensamento”. D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**: guia à filosofia dos últimos trinta anos. Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2002, p. 39. Foi Sócrates que colocou o sujeito como o responsável absoluto por seus atos morais, como também por seus discursos. Sócrates conduzia suas discussões mostrando que o indivíduo é o centro da vida e que ele tem a responsabilidade de, a partir de um auto-exame atento e minucioso, buscar o essencial de seu ser e tentar viver sempre em harmonia com esse saber sobre si mesmo. É de Sócrates o preceito universal que atravessa séculos e que é sempre atual: “Conhece-te a ti mesmo”. Os princípios que guiam a tese socrática são, portanto, colocar o homem universalmente entendido como sujeito de fins (finalidade em si mesmo e com os outros).

Platão, tradutor de Sócrates, em seus escritos tardios, rompe com o pensamento da centralidade do “ser” socrático. Platão passou a ver na matemática a promessa de um novo caminho, a partir da influência do pitagorismo. É em *Diálogos de Transição* que se percebe a “formulação de uma filosofia própria, a partir da nova solução para o problema do conhecimento, representada pela doutrina das idéias: formas incorpóreas e transcendentais que seriam os modelos dos objetos sensíveis”. Platão – Vida e Obra. In: PLATÃO. **Diálogos/Platão**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Traduzido por José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. XII. (Os Pensadores). A “doutrina das idéias” significava a reestruturação do pensamento platônico, pela necessidade de buscar bases epistemológicas mais seguras.

No século XX, Heidegger faz uma crítica à metafísica, colocando que a mesma levou à entificação do ser e, como conseqüência, ao seu esquecimento. É assim que, diante da reflexão sobre a crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica e seus reflexos na sociedade, Streck procura encontrar em Heidegger a inspiração para enfrentar o esquecimento do “ser” no Direito.

⁴³⁴ Pensa-se oportuno trazer ao texto o conceito de Stein sobre “racionalidade”, pois o autor é um dos grandes filósofos da atualidade que tem se dedicado à tarefa de interpretar, no sentido fenomenológico hermenêutico, a grande contribuição de Heidegger para a humanidade. Quanto Stein fala de racionalidade, mostra que ela é propriamente um conceito vazio. Racionalidade aparece “numa forma adjetivada quando falamos de procedimentos racionais na argumentação ou nas escolhas práticas. Usar, portanto, o conceito de racionalidade refere-se a essas ações de argumentar e de proceder”. Para

instrumental. A crise no ensino jurídico nasce das limitações impostas ao sujeito, pois o ser, ao longo da história, foi destituído de sua centralidade, como ser-no-mundo e ser-aí (Heidegger). Streck assinala que não é difícil constatar o esquecimento do ser, pois o paradigma que sustentou o Direito até o século XXI e se estabeleceu nas Faculdades de Direito mostra claramente que “a base do Direito não é capaz de ser pensada pelo Direito Positivo: ela nadifica o que sustenta o Direito Positivo. Anula a própria possibilidade de dizer que ele é sustentado pelo ser”.⁴³⁵ Sua visão é na linha do alargamento e do comprometimento do sujeito na perspectiva de resgatar a historicidade do ser ou, dito de outro modo, reabilitar a pré-compreensão, onde jamais se é uma tabula rasa.

O que o autor propõe é um “modelo de conhecimento fundado pela idéia de ser-no-mundo que remete a uma abertura, que é, enquanto ser-em (*in Sein*), *condição de possibilidade de qualquer conhecimento*”. Expressa sua proposta utilizando a metáfora da clareira⁴³⁶ na floresta, colocando que, “assim como a clareira é condição de possibilidade para tornar visível a floresta (que a cerca), o *habitus dogmaticus*, que cerca e encobre o Direito, somente pode ser tornado visível a partir de um discurso que o des-oculte, que o des-cubra e que o denuncie, mostrando como ele é”.⁴³⁷ A escuridão nunca poderá chegar até a luz; é a luz que chega à escuridão e desvela o que está encoberto.

o filósofo, é pelo conceito de racionalidade que se espera uma garantia de validade, alicerçada na verdade, demonstrabilidade e justificação. Reconhece que pode haver uma outra dimensão “organizadora e estruturante com que sempre operamos quando lidamos com processos de argumentação e até de validação do discurso jurídico”. É assim que o autor avança e mostra que é possível reconhecer na “racionalidade não apenas uma racionalidade que segue regras e que define pretensões de validade por ‘verdadeiro’, ‘correto’, ‘plausível’ e ‘com sentido’. Essa outra racionalidade seria constituída por um modo de ser que é condição de possibilidade de qualquer discurso e que, portanto, sempre está presente operativamente na produção de uma fixação de limites ou de fundamentação”. STEIN, Ernildo. *Exercícios...* *Op. cit.*, p. 151 e ss.

⁴³⁵ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do Direito a partir da ontologia fundamental. *Filosofia UNISINOS*, São Leopoldo, Centro de Ciências Humanas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 3, n. 4, p. 117, jun./jul. 2002.

⁴³⁶ Streck traz de Heidegger a expressão “clareira” (*Lichtung*) que significa “o aberto para tudo que se apresenta e se ausenta. É o clarear da clareira que institui a possibilidade de a floresta manifestar-se ‘como’ floresta”. A clareira na floresta é um espaço desbravado, liberto de árvores, onde a luz pode se manifestar. Ela é a condição de possibilidade da própria floresta. Para Streck “estabelecer uma clareira no Direito; des-ocultar (novos) caminhos; des-cobrir as sendas (perdidas) de há muito encobertas pelo sentido comum teórico dos juristas (modo cotidiano e inautêntico de fazer-interpretar o Direito, que oculta (vela) a possibilidade de o jurista dizer o novo”. Este é o objetivo de Streck: abrir uma clareira, “propiciar a *aletheia* (a não ocultação, **o isto aí que foi arrancado da ocultação**) no campo jurídico”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica...* *Op. cit.*, p. 277 e ss.

⁴³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional...* *Op. cit.*, p. 222.

A partir da idéia de desocultamento que Streck traz de Heidegger e a possibilidade de abrir uma clareira na discussão sobre a crise do ensino jurídico, o autor vai além, fazendo uma reflexão profunda sobre o pensamento dogmático do Direito, propondo uma Nova Crítica ao Direito. Em sua mais recente obra *Jurisdição Constitucional*; Uma nova crítica ao Direito, convida ao debate e instiga à reflexão, propondo uma saída a partir do paradigma fenomenológico-hermenêutico: pela reabilitação do ser.⁴³⁸ Traz como questão de fundo a hermenêutica jurídica, compreendida como ontologia fundamental⁴³⁹ e as condições de possibilidade para a compreensão da justiça constitucional. Na tecitura de sua obra, desenvolve uma reflexão que objetiva ultrapassar o paradigma metafísico aristotélico-tomista, positivismo e dogmatismo que obstaculiza o aparecer do Direito. A posição que adota não “é exclusivamente metodológica e, sim, de natureza epistemológica, situando-se no processo hermenêutico, onde é a condição-de-ser-no-mundo que vai determinar o sentido último do texto analisado”.⁴⁴⁰ Em sua crítica, Streck mostra que é possível romper com a tradição inautêntica se se propuser a descobrir/suspender os pré-juízos que cegam, tendo como pano de fundo a proposta heideggeriana de desvelamento do ser, privilegiando a

⁴³⁸ Streck observa, ainda, que o velamento do ser do Direito, no Brasil, se dá de inúmeras formas, iniciando com a “escandalosa inefetividade da Constituição”, questionando onde está o jurista brasileiro no momento em que se dá o não-acontecer da Constituição e qual o seu papel como agente capaz de provocar mudanças na realidade. Outras razões dessa “escandalosa inefetividade” estão presentes na crise da justiça, na sua morosidade e na dificuldade de acessá-la: na não-implementação dos direitos sociais, como a igualdade, o acesso à saúde, à função social da propriedade, redução da miserabilidade da grande maioria de nossa população e, principalmente, no não-respeito aos direitos humanos fundamentais. Esse compromisso com o presente exige um currículo diferenciado que aponte para o alargamento das temáticas tradicionais e passe a olhar o processo de globalização e o multiculturalismo do século XXI, trabalhando com temáticas como: ética pública, complexidade das relações sociais; enfim, pensar o Direito no seu acontecer.

⁴³⁹ Para Streck, o privilegiamento da ontologia fundamental (paradigma fenomenológico-hermenêutico) heideggeriano “radica na construção das condições de possibilidade e esse ferramental representa para uma crítica ao pensamento objetificador que domina o pensamento dogmático do Direito. A ontologia fundamental rompe com o processo de entificação do ser próprio do pensamento dogmático-jurídico”. O pensamento dogmático do Direito busca explicar tudo, alicerçado em uma cultura estandarizada, conceituando o que significa um determinado dispositivo legal ou princípio constitucional. O pensamento dogmático é objetificador e pensa o Direito metafisicamente, onde predomina uma interpretação apenas metodológica e epistemológica. “O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandarizada, onde o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional...** *Op. cit.*, p. 214 e ss.

⁴⁴⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI. In: ROCHA Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis... [et al.] (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado/São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2005, p. 246.

participação do ser neste (des)velar. Ao realizar a *Nova Crítica ao Direito*, Streck insere a necessidade de

[...] estabelecer uma clareira (*Lichtung*), buscando construir um espaço aberto para tudo que se apresenta e ausenta, deixando o fenômeno vir-à-presença, porque a clareira no sentido que Heidegger lhe dá, é essa região na claridade da qual pode aparecer tudo o que é. Para essa (difícil e urgente) tarefa de des-ocultação é preciso buscar o acontecimento em que já sempre estamos apropriados (*Ereignen*), conduzindo o discurso jurídico ao próprio Direito, tornando-o visível, denunciando o pensamento dogmático do Direito e sua condição de refém da metafísica.⁴⁴¹

Ao lançar o questionamento sobre o ser do Direito, Streck também questiona os dualismos metafísicos sujeito-objeto e a teoria-prática no ensino jurídico. Desenvolve toda uma discussão sobre o ensino que se ministra nas Faculdades de Direito e, avança, instigando ser necessário que muitos docentes de Direito possam se dar conta da tradição inautêntica⁴⁴² que alimenta suas metodologias e sua relação com o educando. Na realidade, a aula não “é”. Nós somos a aula. Não há mais espaço para a pura interpretação literal e epistemológica de obras, textos, jurisprudências e códigos tendo como pano de fundo a idéia de uma interpretação objetivista da norma. É urgente introduzir o processo ontológico da compreensão. Por isso, Streck assevera expressamente que, ao estar com o positivismo, se assume a “*mais radical nadificação, porque ‘nesse positivismo é celebrado o encobrimento do ser’*”.⁴⁴³

Essa crítica de Streck é análoga à já denunciada por ele em relação ao paradigma positivista no ensino jurídico que domina as Faculdades de Direito, observando que “temos que ter consciência de que, no positivismo, se ‘mostra’ o velado”.⁴⁴⁴ O fenômeno da positivação limitou a formação dessa grande massa de bacharéis em Direito, graduados ao longo da história, que ficaram órfãos de debates e

⁴⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e a tarefa... *Op. cit.*, p. 122.

⁴⁴² O autor rompe com a hermenêutica normativa e objetivista de Emílio Betti, que ainda influencia uma parcela expressiva da doutrina brasileira. A hermenêutica que Betti adotou tem como base a “forma metódica e disciplinada da compreensão, em que a própria interpretação é fruto de um processo triplo que parte de uma abordagem objetivo-idealista. Com isso, a interpretação é um processo reprodutivo, pelo fato de interiorizar ou traduzir para a sua própria linguagem objetificações da mente, através de uma realidade que é análoga à que originou uma forma significativa. Assim, a atribuição de sentido e a interpretação são tratados separadamente, pois Betti acredita que só isso vai garantir a objetividade dos resultados”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional...** *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁴³ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e a tarefa.... *Op. cit.*, p. 118.

⁴⁴⁴ Idem, p. 122.

proposições⁴⁴⁵ em que o exercício do pensamento, da reflexão e da crítica deveria ser a tônica das discussões. Streck referencia que, toda vez que surge uma nova lei, “os operadores do Direito, inseridos nesse *habitus* tão bem definido por Bourdieu – se tornam órfãos científicos, esperando que o processo hermenêutico-dogmático lhes aponte o (correto) caminho, dizendo para eles o *que é que a lei diz (ou ‘quis dizer’)*”.⁴⁴⁶ A pretensão de certeza, neutralidade e ser depositário das verdades são o principal fator que “cega” e contamina as metodologias de ensino-aprendizagem.

No fundo, isso expressa que o ensino jurídico traz o signo da homogeneidade de conceitos universalizantes, objetificando tudo o que há no campo jurídico. E os alunos, por sua vez, reproduzem o mesmo hábito. Com grande frequência, sua base jurídica são os apontamentos da sala de aula, a partir do conhecimento do professor. Analisando a literatura básica indicada nos programas pedagógicos dos Cursos de Direito de Norte a Sul do País, pode-se perceber a dimensão da crise no ensino jurídico e da sedimentação do paradigma que sustenta o Direito, pois as obras indicadas, ditas “básicas”, para leitura complementar, não passam de 30 livros. Isso reforça que há uma crise de construção do conhecimento jurídico, pois o professor, muitas vezes, passa uma idéia de descompromisso com seu papel de educador, deixando de ser o orientador de outros olhares sobre o mesmo tema. Percebe-se melhor isso ao comparar o dizer de Descartes e a realidade da academia, quando ele consagra – em outro contexto – que a “pluralidade de opiniões não é uma prova que valha para as verdades um pouco difíceis de descobrir, porque é muito mais verossímil que um só homem as tenha encontrado do

⁴⁴⁵ Sobre esse assunto, é relevante trazer a citação de Streck a partir de Faria (*A reforma do Ensino Jurídico*) quando relata o trabalho de um aluno de pós-graduação da USP, denunciando que “o ensino do Direito como está posto favorece o imobilismo de alunos e professores. No esforço de renovação, uns atingem o grau de doutrinadores e o prestígio da cadeira universitária. Os outros, além do mítico título de ‘doutor’, obtêm a habilitação profissional que lhes permite viver de um trabalho não-braçal (*White collar*). A tarefa do ensino para o aluno é cumprida nestes termos: aprendido o abc do Processo e do Direito Civil, já está habilitado a viver de inventários e cobranças sem maior indagação. [...] É claro que este operário anônimo do Direito é necessário, mas por que deve ser inconsciente? [...] Sua atividade passa a ser meramente formal, sem influência no processo de tomada de decisão e no planejamento. *O jurista formado por escolas, convém lembrar, não será apenas advogado: será também o juiz que fará parte, afinal de contas, de um dos poderes políticos do Estado.* A alienação do jurista, deste modo, colabora também na supressão das garantias de direitos. É que o centro de equilíbrio social (ou de legitimação) é colocado na eficiência, não no bem do homem. Começa-se a falar num bem comum que só existe nas estatísticas dos planejadores, mas que a pobreza dos centros urbanos desmente. Em nome desse bem comum, alcançável pela eficiência, sacrificam-se alguns valores que talvez não fosse inútil preservar”. FARIA, José Eduardo *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional...** *Op. cit.*, p. 46 e ss.

⁴⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional...** *Op. cit.*, p. 46.

que um povo inteiro”.⁴⁴⁷ O aluno delega ao professor a “capacidade” de sintetizar o pensamento universal. Por tais razões, ele não é instigado a desenvolver a habilidade de pesquisar, pois a avaliação geralmente se dá sobre o entendimento do docente, não sendo exigidos (ou permitidos) outros horizontes e outros olhares sobre o tema. Somase a isso, ainda, o fato de que muitos acadêmicos adquirem para sua biblioteca pessoal, como obras jurídicas, apenas os códigos comentados, e freqüentam a biblioteca no período da monografia de final de curso.

Em nenhum momento Streck quer apenas expor a crítica pela crítica; antes, pelo contrário, sua intenção é contribuir com sua crítica e indicar novas trilhas nessa busca voltada à (re)construção de um ensino jurídico capaz de diminuir o enorme fosso existente entre o que se ensina nas Faculdades de Direito e a realidade da sociedade, na qual o acadêmico está inserido. Admitindo que há uma crise no ensino jurídico, Streck referencia que “a crise só é crise quando se tem as *condições de possibilidade de significá-la, enfim, de dizê-la/nomeá-la ‘como’ crise*”.⁴⁴⁸ Nesse contexto, Ferraz Jr. também acentua o pressuposto de que, ao se darem conta de que há uma crise, há perspectivas alternativas para os juristas se debruçarem sobre ela, refletindo sobre a atual crise de valores, no qual

O mundo pede aos juristas idéias novas, mais que sutis interpretações. Não resta dúvida de que vivemos hoje uma situação de crise. Uma crise, no entanto, nos obriga a voltar às questões mesmas e exige respostas, novas ou velhas, mas, de qualquer modo, julgamentos diretos. Uma crise só se torna um desastre quando respondemos a ela com juízos pré-formados, isso é, com pré-conceitos. Uma atitude dessas não apenas aguça a crise, como nos priva da experiência da realidade e da oportunidade que ela proporciona à reflexão (H. Arendt).⁴⁴⁹

A par destas posições, fica evidente que a crise por que passam as Faculdades de Direito não é isolada, mas se insere no contexto da crise da hegemonia da racionalidade instrumental do Direito moderno. Fica evidente que os sujeitos envolvidos nesse processo pagam um preço alto. O processo educativo não pode ser reprodutivo.

⁴⁴⁷ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 17.

⁴⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional...** *Op. cit.*, p. 190.

⁴⁴⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1997, p. 17.

Com um ensino alicerçado no paradigma positivista/normativista, os bacharéis em Direito, em sua grande maioria, não conseguem ir além das práticas jurídicas divulgados em manuais e códigos comentados, pois na sala de aula se perpetuou a ilusão de que “leis” expressam a “verdade” científica e que a norma tem apenas uma vontade, sendo sua tarefa “descobrir” essa vontade, como se possuísse sentido unívoco e perene, pois a maior parte de seu aprendizado estava ancorada em “coisificar” o Direito, sem percebê-lo como fato concreto, como um fato da vida. Essa constatação faz Streck dizer que “o equívoco do pensamento dogmático do Direito é pensar que um conjunto de enunciados explicativos acerca do Direito, postos-à-disposição-da-comunicadade-jurídica, é suficiente para compreender o Direito”⁴⁵⁰. Do mesmo modo, o autor também denuncia que, “acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista, e com práticas privatísticas que ainda comandam as salas de aula dos cursos jurídicos e os manuais jurídicos, os operadores de Direito não conseguiram, ainda, despertar para o novo”⁴⁵¹.

O novo proposto por Streck exige a desconstrução da metafísica vigente no pensamento dogmático do Direito; exige sair do modelo objetificante-reprodutivo e ir além da subsunção e da técnica para, assim, poder elaborar uma hermenêutica de ruptura, ancorada na viragem ontológica da hermenêutica realizada por Heidegger e Gadamer, com o fim último de (re)significar o papel da hermenêutica no ensino jurídico, apontando e denunciando a vocação acadêmica que sustenta o ensino jurídico.

A hermenêutica que sustenta as reflexões de Streck está calcada na ontologia hermenêutica, que se fundamenta na historicidade do Direito e do compreender, na faticidade e no modo-de-ser-no-mundo do intérprete, a partir de sua autocompreensão. Na aguda percepção de Streck, o intérprete do Direito não pode colocar-se como refém de métodos ou técnicas interpretativas de caráter lógico-axiomático-dedutivo, pois a interpretação não é um instrumento do conhecimento, que se dá na relação sujeito-objeto. Nesse sentido, Streck alerta que não se pode confundir o “conhecimento (processo compreensivo)” com o modo de explicação desse conhecimento (justificação do compreendido)”, pois isso implicaria em retornar ao que sustenta o raciocínio

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e a tarefa... *Op. cit.*, p. 125.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**... *Op. cit.*, p. 47.

jurídico calcado no normativismo/positivismo que tem a pretensão de assegurar ao intérprete a verdade jurídica, refratária da relação sujeito-objeto. A partir do momento em que o intérprete toma a dianteira no processo de compreensão, a relação não é mais sujeito-objeto e, sim, sujeito-sujeito; estará realizando uma “mediação jurídica” entre o texto/norma e a situação concreta.⁴⁵²

A argumentação teórica de Streck que problematiza o estudo é enriquecedora e permite transpor as palavras do autor, ditas em outro contexto (teoria do discurso jurídico) e que, pela importância, se considera oportuno relacionar com o papel do professor no contexto da ruptura proposta por ele, que é esclarecer, argumentativamente, as condições sob as quais se dá o processo de compreensão de um texto e de uma norma jurídica. E isso só “é possível a partir da idéia de um agir mediador levando as possibilidades da manifestação do sentido de uma dada ‘situação concreta’ (um determinado ‘caso jurídico concreto’), que, em outras palavras, é o ‘aparecer hermenêutico da singularidade’”.⁴⁵³ É sair da cultura manualesca para um discurso crítico sobre o Direito, tendo presente que conceitos doutrinários, jurídicos, textos jurídicos, normas e jurisprudências não podem ser transformados em conceitos com sentidos definitivos *a priori*, universalizantes e com característica de definitividade. Streck critica essa estandarização de conceitos utilizados em sala de aula, tornando-a visível, denunciando o que tem sido velado pelo pensamento dogmático, mostrando ainda a necessidade de retirar o ente do velamento, empreendendo uma luta contra o modelo do positivismo. É por tudo isso que o autor vai dizer que “interpretar passou a significar *applicatio*, isto é, interpretar significa que estamos sempre diante de um determinado caso, de uma determinada situação concreta, ‘daquele caso’, e que nunca é igual ao outro”.⁴⁵⁴

No curso de sua argumentação, Streck reelaborou a noção de interpretação jurídica em uma teoria de produção de sentido (*Sinngebung*), “a partir da apropriação da tradição pelo intérprete que, para tanto, tem na compreensão a condição de possibilidade

⁴⁵² Cfe. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. In: _____; STRECK, Lenio Luiz (Org.) **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 237 e ss.

⁴⁵³ Idem, p. 261.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 263.

desse ato interpretativo. Não há domínio sobre a compreensão. Ela (simplesmente) se dá a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete”.⁴⁵⁵ É nesse ponto que a Nova Crítica ao Direito proposta por Streck ultrapassa as metodologias de ensino-aprendizagem vigentes, pois o autor demonstra que o aluno não compreende por que interpreta; na verdade, ele tem condições de interpretar porque compreende, salientando que o processo interpretativo jamais pode ser reprodutivo, pois ele sempre é produtivo, se concretiza no ato de *applicacio*, ou seja, ocorre no des-velamento do texto, norma e de uma situação concreta.

A leitura de Streck permite, aos que se dedicam a estudar a crise do ensino jurídico, reconhecer a forma pioneira como o autor assume a perspectiva hermenêutica filosófica assumida pelo autor como possibilidade de superar a crise no ensino jurídico. À luz do fio condutor hermenêutico, apoiado em Heidegger e Gadamer, destacam-se argumentos que, no entender da autora da presente tese, são significativos para fundamentar as conexões que Streck realiza para instigar a comunidade acadêmica a encontrar um caminho para a educação jurídica que possa representar uma mudança radical de paradigma, motivando discussões nas Faculdades de Direito. Essa organização será focalizada descrevendo-se pontos de aproximação entre o objetivo de Streck de renovação da discussão em relação à crise no ensino jurídico, e descrevendo pontos de aproximação entre o autor, Heidegger e Gadamer como contribuições concretas para o debate do tema eleito para a presente pesquisa, conforme segue:

- A partir de Heidegger:

. Pressuposto heideggeriano de que é o acontecer fenomenológico que orienta a compreensão a partir da idéia de velamento e des-velamento. A epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão. Na “ontologia da compreensão, a vida é tempo. Por isso, a vida, a existência concreta, emerge na compreensão do ser. Ela mergulha na temporalidade porque compreende o ser”,⁴⁵⁶ significando que, na estrutura da compreensão do ser, há sempre as três dimensões do tempo: presente, passado e futuro.

⁴⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica):... Op. cit.*, p. 268.

⁴⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica... Op. cit.**, p. 196.

. Introduz o conceito de que o intérprete do Direito não mais contempla apenas o objeto, ou seja, o Direito, os textos jurídicos, a norma, a jurisprudência e o fenômeno social, para (re)construí-lo. A lei pertence apenas ao artifício da razão humana. O importante é o intérprete encontrar o caminho do “pensar” ontológico-historial para ter acesso à linguagem. Streck propõe-se a pensar o Direito em sentido originário, trazendo em seu dizer a linguagem do ser, e não as normas jurídicas que apenas se tornam normas a partir da lei do ser. E a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto; ela é a morada do ser. O intérprete já está sempre inserido e mergulhado na lingüisticidade do mundo, e deve libertar-se da interpretação técnica do pensar, que ao longo dos últimos séculos, culminou no abandono do pensar.

. Sua luta dirige-se para que o ser possa ocupar a morada da linguagem, para que possa romper com a obscuridade/inautenticidade provocada pelo senso comum teórico.

. Streck trabalha a idéia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão: “*É na compreensão*⁴⁵⁷ *que se esboça a matriz do método fenomenológico.* A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compreende de aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascendo desta estrutura a situação hermenêutica”⁴⁵⁸. Dito de outro modo, o homem se compreende quando compreende o ser.

- A partir de Gadamer:

. Interpretação não é um ato posterior e complementar à compreensão. Ela é a materialização da compreensão. Compreender é interpretar, mas também é aplicar. Isso tem um significado fundamental na tese de Streck, pois é a aplicação, que integra toda a forma de compreensão, orientando o acesso e o entendimento sobre o mundo (*Welzugang*). Gadamer dirá que a compreensão pertence ao ser do que se compreende e é pela hermenêutica que se poderá fazer justiça à historicidade da compreensão.

⁴⁵⁷ Nessa linha de análise, Streck chama a atenção para o fato de que “não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca(va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação”. STRECK, Lenio Luiz. *A Hermenêutica... Op. cit.*, p. 159.

⁴⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica...** *Op. cit.*, p. 176.

. O saber jurídico não se constrói de forma linear, teleológica e, sim, vai se articulando a partir da participação do sujeito que compreende. É um diálogo com a tradição. O vir a falar do dito na tradição, como etapa da pré-compreensão, requer um horizonte histórico em que o passado é entendido em sua continuidade com o presente, que se materializa na aplicação, pela “*tarefa da consciência histórico-efetual*” do intérprete. A experiência hermenêutica tem direta relação com a tradição, pois agrega novos significados ao texto jurídico em razão da continuação histórica do acontecer. Acolhe o caráter construtivista da tradição na história.

. Os pré-juízos, considerados como inautênticos por Gadamer, em Streck podem se aproximar do que ele chama de “sentido comum teórico” dos juristas, construídos ao longo da história, pois ambos “existem pela autoridade e ambos nos levam a mal-entendidos, é dizer, interpretações descontextualizadas do sentido da história, desbordantes do Estado Democrático de Direito e de tudo o que este representa no processo histórico (tradição)”.⁴⁵⁹

. Interpretação como tarefa criativa, que consiste em concretar a norma jurídica em cada caso, ou seja, na aplicação. Rompimento com qualquer possibilidade de um saber reprodutivo do Direito e, conseqüentemente, rompimento com a relação sujeito-objeto-método.

. Diante da “objetivação automatizante”, a hermenêutica filosófica não é normativa, mas atribuição de sentido, ou seja, é a expressão do modo-de-ser-no-mundo e não um procedimento. Seu ponto de partida é a pré-compreensão do intérprete. É aí que ex-surge a atividade hermenêutica, pois pressupõe a circularidade envolvida no processo de compreensão como processo dinâmico instaurador de sentido.

. Compreensão como uma autêntica fusão de horizontes, em que o ente não será nunca um ente disperso num mundo:

Será sempre um ente no seu modo de ser-no-mundo. Não apreendemos tematicamente um ente como algo que apenas ocorre. Ele ocorre no contexto de mundo. Assim deve ser compreendido o

⁴⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica...** *Op. cit.*, p. 217 (nota 500).

Direito: a própria produção da norma jurídica já é feita para algo. É como o processo de interpretação, que não se dá em e por fases/etapas e tampouco é feito em ‘fatias’. Será sempre algo como algo, que se liga ao nosso modo-de-ser-no-mundo.⁴⁶⁰

. O momento da “história efetual” como atualização da compreensão que sempre é algo além da mera reconstrução, pois o mundo e a vida estão em constante movimento. O Direito, ao negar a “história efetual”, se reduz ao modelo positivista /normativista. Streck mostra que o Direito tem que ser constantemente repensado; não pode ficar refém do positivismo. A “história efetual” é experiência histórica na medida em que nega o fantasma do “espírito absoluto” do código e permite ver o fato jurídico de perspectivas diferentes, numa mediação entre o presente e o passado.

Para os limites e pretensões desta pesquisa, é importante salientar que o próprio Streck alerta que um rompimento com o pensamento jurídico-dogmático é extremamente difícil e que não se o faz sem rachaduras. Os elementos teóricos apresentados pelo autor demarcam um novo momento histórico, suscitado pelo ineditismo de sua tematização teórica, alicerçada no paradigma fenomenológico-hermenêutico. Poder apropriar-se de sua tese pode ser a chave, parafraseando Streck, para “*escancarar as portas do mundo inautêntico do Direito*, abrindo-se para as múltiplas possibilidades de desvelamento do ser dos entes (jurídicos)”.⁴⁶¹ Nesse sentido, o olhar de Streck é de um jurista e professor que analisa a crise do Direito e do ensino jurídico e seus reflexos na sociedade, contra a qual o autor reage, combatendo exaustivamente o paradigma positivista e oferecendo uma Nova Crítica ao Direito, com determinação e coragem. Ao constatar que há uma crise, propõe, como professor, o que deveria ser, ou seja, aponta às Faculdades de Direito uma condição de possibilidade, sustentada teoricamente pela hermenêutica filosófica, o que poderia significar uma mudança histórica na baixa efetividade do ensino jurídico.

Este capítulo, ao se propor analisar a crise que se apresenta no ensino jurídico a partir da centralidade do curso de Direito e de seu currículo como *locus* privilegiado na formação do jurista, pretendeu mostrar nossa convicção de que, entre outros paradigmas

⁴⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**.. *Op. cit.*, p. 215.

⁴⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica**... *Op. cit.*, p. 267.

que sustentam o Direito, o mais nefasto e que se internalizou no ensino jurídico é o paradigma positivista/normativista.

Mesmo com todas as críticas feitas ao modelo positivista de ensino jurídico e as contribuições dos autores acima citados, além de outros tantos que dedicaram a estudos e pesquisas, desenvolvendo propostas inovadoras, ainda não se firmou qualquer solução sobre qual das alternativas se deve adotar. Daí resulta que o ensino jurídico ainda tem uma longa caminhada para sair da crise. Tem-se consciência de que muitos caminhos foram construídos ou vêm sendo delineados, razão pela qual a opção é trabalhar com o caminho delineado por Streck, que tem como aporte teórico a hermenêutica filosófica, mais precisamente a hermenêutica de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, por sua visão mais alargada, ao apresentarem uma análise mais ontológica do ser humano.

Com essa perspectiva, pretende-se verificar o quanto os aportes teóricos de Heidegger e Gadamer podem contribuir para consubstanciar efetivas práticas inovadoras como oportunidade “para a criatividade teórica e para a transgressão metodológica e epistemológica”.⁴⁶²

Esse caminhar será uma progressiva descoberta, capaz de (trans)formar o comportamento, indicando perspectivas para transformar o espaço da sala de aula como espaço crítico e aberto, de compreensão e diálogo, que privilegie as configurações sociais contemporâneas, a dinâmica da vida, a historicidade e o Direito com significado social, principalmente que (des)vele o sentido de que “educação é educar-se, formação é formar-se”.⁴⁶³ Nossa escolha é trabalhar a partir do paradigma hermenêutico. É esse paradigma que vai conduzir a construção de nossa pesquisa.

⁴⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade**. São Paulo: Cortês, 1955, p. 19.

⁴⁶³ GADAMER, Hans-Georg. Educação é educar-se. **Educação UNISINOS**, São Leopoldo, v. 5, n. 8, p. 13, 2001.

3 TECENDO CAMINHOS: PERSPECTIVAS A PARTIR DA HERMENÊUTICA DE CUNHO FILOSÓFICO

No final do século XIX e início do século XX, o homem começa a dar sinais de que o fundamento último das ciências não poderia ficar restrito ao “princípio da razão suficiente” das ciências físico-matemáticas, popularizadas e trivializadas pelo positivismo para as Humanidades, principalmente para o Direito, como visto nos capítulos anteriores.

Portanto, há um despertar para novos horizontes, e a filosofia começa novamente a interrogar-se sobre o papel do ser humano nas configurações do saber, não mais com a visão objetificadora amparada na separação rígida entre sujeito e objeto, que, por sua vez, está fundamentada pela lógica racionalista-iluminista-positivista, mas, sim, um interrogar que quer resgatar a centralidade do homem no processo do saber, como ser-no-mundo e ser-aí. Esse interrogar também se propõe aprofundar o conhecimento sobre por que nas ciências humanas o objeto do conhecimento estava amparado, plena e unicamente, nas representações ou conceitos da razão e dos fatos da ciência.

É a partir dessa reflexividade que se dá a “virada” filosófica que vai em direção à linguagem e à consciência histórica, mediada pela lingüística. Essa reviravolta no pensamento filosófico tem seu início na Alemanha, com Friedrich D. E. Schleiermacher, Wilhelm Dilthey, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Schleiermacher⁴⁶⁴ é considerado o precursor da hermenêutica contemporânea pela teoria por ele desenvolvida que se fundamenta na lingüisticidade, historicidade e individualidade livre e espontânea daquele que compreende. Ele deslocou a hermenêutica do domínio técnico e científico e da pretensa hegemonia da metodologia positivista das ciências naturais, estabelecendo a hermenêutica no domínio filosófico.

⁴⁶⁴ A respeito da Hermenêutica de Schleiermacher, consultar: SCHELEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Traduzido por Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999; RICOERT, Paul. **Interpretação e Ideologias**. Traduzido por Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997. PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Traduzido por Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997; GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traduzido por Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999; entre outros.

Assim, a hermenêutica está conectada com a arte de pensar, com a arte de falar e com a linguagem.⁴⁶⁵ Ao analisar como os professores praticam a interpretação nas faculdades, ressalta que muitos contribuem, contendo um tesouro de observações e informações instrutivas, mas que, ao lado desses, “emerge o mais selvagem arbítrio, em parte pela mediocridade pedante e insensível que omite ou totalmente deturpa o mais belo”.⁴⁶⁶ Essa percepção leva-o a analisar o processo de compreensão, investigando suas possibilidades e seus limites, que é perspectivada por Schleiermacher “como uma reformulação e uma reconstrução criativa”.⁴⁶⁷ Para Gadamer, o fundamentalmente novo em Schleiermacher é a forma como ao autor realiza, sobretudo,

Uma diferenciação expressa entre a práxis mais laxista da hermenêutica, segundo a qual a compreensão se realiza por si mesma, e a práxis mais estrita que parte da idéia de que o mal-entendido se produz por si mesmo. Sobre essa diferença fundamentou seu desempenho próprio: desenvolver, em lugar de uma ‘agregação de observações’, uma verdadeira doutrina da arte de compreender.⁴⁶⁸

Além da lingüisticidade, Schleiermacher traz a força da historicidade como uma aquisição feliz para reconstruir, de modo mais completo, a evolução de determinado conhecimento ou determinada obra literária ou artística, agregando elementos novos, compreendendo o processo interno de cada autor e sua época. Enfim, para Schleiermacher, a “mais alta completude da interpretação consistiria em compreender um autor melhor do que ele de si mesmo pode dar conta”.⁴⁶⁹ Em virtude dessa orientação, o autor atribui valor ao discurso que tem como princípio um espírito lingüístico formador. Nessa perspectiva, reafirma sua convicção na autodescoberta progressiva do espírito pensante e incorpora algo novo, que é o “mal-entendido”⁴⁷⁰ em todos os domínios, salientando

⁴⁶⁵ Schleiermacher postula uma dependência mútua entre pensamento e linguagem, pois, para o autor, sem linguagem não poderá resultar nenhum saber, e sem saber, nenhuma linguagem.

⁴⁶⁶ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica...** *Op. cit.*, p. 26.

⁴⁶⁷ BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Traduzido por Maria Giorgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 27.

⁴⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 289.

⁴⁶⁹ SCHELEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica...** *Op. cit.*, p. 43.

⁴⁷⁰ GRONDIN, Jean. **Introdução à...** *Op. cit.*, p. 127. Grondin analisa este princípio de Schleiermacher, mostrando que aí se dá uma razão sem artifícios, pois o “entender, em sua forma normal de desenvolvimento, ocorre sem artifícios. [...] A hermenêutica tradicional era de que entende tudo de modo correto e liso, até que se tope com uma contradição. Uma hermenêutica só se faz necessária quando não (mais) se entende. [...] Schleiermacher põe esta perspectiva “ingênua”, provinciana, de cabeça para baixo e pressupõe o mal-entendido (o equívoco) como realidade básica. Desde o início do esforço de compreensão, o hermeneuta se previne ante um possível equívoco. A compreensão deve, pois, proceder artificialmente em todos os seus passos. ‘O negócio da hermenêutica não deve iniciar apenas ali, onde a compreensão se torna insegura, porém desde o primeiro começo do empreendimento de querer entender um discurso, porque a compreensão normalmente só se torna insegura, por já ter sido anteriormente descuidada’ (p. 127).

que as passagens difíceis em uma língua conhecida surgem apenas porque não se compreende corretamente o que é também fácil. Aí está a originalidade do autor: “a hermenêutica como a arte de evitar o mal-entendido”.⁴⁷¹ O que ele tem em vista é que o mal-entendido se dá por si mesmo, e a compreensão deve ser sempre pretendida e buscada em cada item. O equívoco para Scheleiermacher é sempre produtivo, porque é passível de reconstrução e deve ser entendido como um “estímulo ao constante esforço de continuar interpretando”.⁴⁷² Gadamer salienta que o importante em Scheleiermacher é que ele “proporciona à reflexão hermenêutica uma motivação fundamental que situe o problema da hermenêutica num horizonte que ela não havia conhecido”.⁴⁷³

A compreensão reclama uma tomada de consciência sobre a natureza (histórica) do homem e da cultura. Com o fracasso do historicismo, calcado na crença ingênua da objetividade do método histórico, acentua-se a necessidade de fundamentar as ciências humanas a partir de uma crítica à razão histórica. Dilthey foi, sem dúvida, o filósofo que mais profundamente sondou o mundo cultural, principalmente ao buscar um fundamento novo e epistemologicamente consistente para estabelecer como se pode compreender a partir de uma perspectiva histórica. O texto que mais retrata essa busca pela possibilidade do conhecimento histórico é a *Crítica da Razão Histórica*⁴⁷⁴ como forma de completar a *Crítica da Razão Pura*, que Kant elaborou para o conhecimento científico das ciências da natureza.

Na *Crítica da Razão Histórica*, Dilthey buscou ir além do dualismo *lógica e vida*, incluindo o conhecimento histórico universal. A vida está sempre imersa em influências históricas, pois ela já traz em si mesma a reflexão sobre ela mesma e um saber que se forma a partir de seu interior. Aí resulta possível compreender que Dilthey parte da vida como um dado originário, pois ela contém em si a reflexão e o saber. Para ele, o procedimento das ciências do espírito é a compreensão, que é fruto de uma

⁴⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 289.

⁴⁷² GRONDIN, Jean. **Introdução à...** *Op. cit.*, p. 128.

⁴⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 282

⁴⁷⁴ Ao buscar o espaço do conhecimento histórico no processo de compreensão, Bleicher salienta que Dilthey, ao fazer uma crítica da “razão histórica” com o intento de complementar a *Crítica da Razão Pura* de Kant, adveio das tensões presentes nas discussões filosóficas modernas que, “no seu desenvolvimento deu origem a um dualismo que surge ao nível da filosofia e da ciência, da metafísica e da epistemologia, da crença e do conhecimento, do *logos* e do *ethos*, da razão pura e da prática, da filosofia sistemática e da filosofia da vida, da lógica e da história”. BLEICHER, Josef. **Hermenêutica...** *Op. cit.*, p. 35.

experiência vivida, que é singular e única. Pensou o mundo histórico como um texto que se deve decifrar. Legitima sua teoria ao defender a elevação da consciência a consciência histórica, tendo como fundamento a totalidade e a infinitude interna do espírito. Pode-se observar a centralidade da formação de uma consciência histórica quando Dilthey assinala que “na consciência não deve haver nenhum conceito que não se tenha formado em toda a plenitude do reviver histórico; não deve haver nada em geral que não seja a expressão essencial de uma realidade histórica”.⁴⁷⁵ Critica as formas lógicas utilizadas pelas ciências do espírito, indicando que é preciso examinar sua legitimação e salientando que é perigoso aceitar essas representações gerais explicitadas por deduções universalmente válidas. Por isso, Gadamer diz que Dilthey entende que a “consciência histórica sabe agora se colocar numa relação reflexiva com ela mesma e com a tradição: ela compreende a si mesma pela e através de sua própria história. A consciência histórica é um modo do conhecimento de si”.⁴⁷⁶

Para Dilthey, compreender é compreender uma expressão. Toda expressão é a expressão de algo, e é compreendido quando se compreende a expressão. O significado não é um conceito lógico, mas é entendido como expressão da vida. A vida é uma temporalidade em constante fluir, com significados duradouros, pois ela mesma se auto-interpreta e tem estrutura hermenêutica, razão pela qual, em Dilthey, a própria vida é a base verdadeira das ciências do espírito. A própria filosofia só vale como expressão de vida, e a hermenêutica se dá a partir da fundamentação da filosofia na vida.⁴⁷⁷ Dilthey procura desde o início alicerçar sua hermenêutica, partindo da “vida”⁴⁷⁸ como um dado originário, pois ela contém em si a reflexão e o saber. Para ele, o procedimento das ciências do espírito é a compreensão, que é fruto de uma experiência vivida, que é

⁴⁷⁵ DILTHEY, Wilhelm. **Essência da Filosofia**. Traduzido por Manuel Frazão. 3. ed. Lisboa: Presença, 1984, p. 11.

⁴⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg (org.); FRUCHON, Pierre. **O problema da consciência histórica**. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 41.

⁴⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 346 e ss.

⁴⁷⁸ Gadamer, apesar de valorizar a contribuição de Dilthey na construção do processo histórico do nascimento das ciências modernas, diz que ele não conseguiu se desprender da corrente do pensamento racionalista, como segue: “O esforço de Dilthey para compreender as ciências humanas a partir da vida – e começando pela experiência vivida – nunca se afinou verdadeiramente com a concepção cartesiana da ciência de que ele não soube se desfazer. Por mais que quisesse enfatizar as tendências ‘contemplativas’ da vida mesma, a atração desse algo ‘sólido’ que a vida comporta, sua concepção de objetividade, que ele reduz à objetividade de ‘resultados’, permanece ligada a uma origem que é muito diferente da experiência vivida. Eis por que ele não soube resolver o problema que tomou para si: justificar as ciências humanas com a intenção expressa de torná-las iguais às ciências da natureza”. GADAMER, Hans-Georg (org.); FRUCHON, Pierre. **O problema da...** *Op. cit.*, p. 38.

singular e única. Para compreender as coisas, necessita-se reviver a experiência que as originou, pois, assim procedendo, se está vivenciando uma nova experiência. A essência da compreensão interpretativa em Dilthey se dá quando a vida interroga a vida.

Esta é a aspiração também da ciência jurídica. Como visto anteriormente, o racionalismo e o positivismo buscaram deduzir dos princípios da razão uma organização racional do Direito e do Estado, a partir da objetividade e da certeza do conhecimento científico, perdendo-se de vista a preocupação com a aplicação do Direito, com a realidade social e a participação do homem no processo do saber. A valorização da vida e a reflexividade do saber espontâneo que a vida tem de si mesma não eram valorizadas para compreender as forças que geram a ordem jurídica das sociedades na elaboração de suas leis. Dilthey propôs-se a buscar a valorização da experiência histórica a partir da dinâmica da vida, como processo de compreensão. A valorização do caráter histórico do ser humano e da sociedade, calcada na experiência vivida, no pensamento de Dilthey, é a principal contribuição do autor para explicar o Direito a partir da vida e avançar para uma reflexão que busque libertar o ensino jurídico das “armadilhas” do método positivista/normativista, pois o conceito de mundo da vida lapidado pelo autor se opõe a todo pensamento objetivista, lógico e abstrato. Isso é de essencial importância na hermenêutica de Dilthey, pois, para o autor, a “consciência histórica se estende ao universal, na medida em que entende todos os dados da história como manifestação da vida, da qual procedem; ‘a vida compreende aqui a vida’”.⁴⁷⁹

Heidegger construiu uma nova matriz teórica que revolucionou a filosofia no século XX, e isso o credenciou a ser reconhecido como o maior filósofo do século, responsável pelo grande giro hermenêutico. O fascínio de seu pensar está na pergunta que poucos filósofos se aventuraram a fazer tão explicitamente e tão profundamente: é a pergunta pelo sentido do ser. O lançamento de sua obra *Ser e Tempo* foi o evento mais importante do século XX, e influenciou o destino dos pensadores de sua época. Como pensador visionário, ele abre o espaço a partir do qual a “hermenêutica se converte, sem uma fundamentação última, em um novo universal. Esse espaço é a dimensão da linguagem”.⁴⁸⁰ Em Heidegger, a filosofia se faz uma “ontologia hermenêutica”, ou seja,

⁴⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 350.

⁴⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **El giro hermenêutico**. Traduzido por Arturo Parada. Madrid: Catedra Teorema, 1998, p. 144.

ele parte da pergunta pelo sentido do ser, pois a metafísica persistiu no esquecimento do ser. Assim ele desenvolveu a filosofia do *Dasein* (ser-aí). Encontrou um pensar que é a busca pela essência do homem em sua liberdade e radicalidade, afirmando que a essência do homem reside na *ec-sistência*. É essa *ec-sistência* que realmente importa para Heidegger, pois ela traz a verdade do ser. Para o autor, como *ec-sistente* o homem sustenta o *Dasein*,⁴⁸¹ enquanto toma sob seu cuidado o *aí* enquanto clareira do ser. Para o autor, o sentido do ser é tempo, isto é, é acontecimento, como ser *ec-sistente*. Em Heidegger, o homem se compreende quando compreende o ser e, ao compreender-se como poder-ser, compreende-se como ser-no-mundo e vice-versa. O que salta aos olhos de qualquer leitor de Heidegger é sua genialidade em criar um vocabulário original conforme vai elaborando seu pensamento.

Gadamer dá um passo além e insere um novo paradigma, o da hermenêutica filosófica. O ponto de partida de Gadamer é a teoria da experiência hermenêutica (pré-estrutura da compreensão – compreensão existencial do ser) desenvolvida por Heidegger, que o ilumina a perseguir a “questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão”.⁴⁸² Com Gadamer, a hermenêutica dá um salto a partir da consciência da história efetual. Outra intenção expressa por Gadamer é refazer o caminho aberto por Dilthey, mas com objetivos diversos dos que ele tinha em mente com sua autoconsciência histórica. Gadamer insere um novo pressuposto que orienta toda a compreensão, através da lingüisticidade, da consciência da história efetual, do diálogo enquanto lugar da experiência hermenêutica, da circularidade da compreensão e do significado paradigmático da hermenêutica jurídica, em que a compreensão de um caso jurídico implica sempre a aplicação do sentido compreendido.

⁴⁸¹ Já em seus primeiros escritos filosóficos, Safranski traz a inquietação que move Heidegger: “Questionar a si mesmo e a vida e as realizações decisivas é o conceito fundamental de toda a mais radical iluminação”. A característica da vida é ser-aí. Em sua abordagem existencial radical, insere o sentido-de-realização do *Dasein*, que é “o recém-descrito existir no sentido transitivo ou, o que significa a mesma coisa, vida fáctica como vida que se preocupa e se aflinge, que se projeta no tempo. O *Dasein* humano só é compreensível a partir do seu sentido-de-realização, mas não quando o coloco diante de mim como um objeto presente. A filosofia do *Dasein*, assim como Heidegger a antevê e como a esboça já alguns anos antes do *Ser e Tempo*, não paira “sobre” o *Dasein*, contemplando-o, mas é uma expressão, um órgão desse *Dasein*. Filosofia é vida preocupada, dia Heidegger na conferência sobre *Ontologia, é o estar-alerta do Dasein para si mesmo*, o que significa antes de tudo, surpreendê-lo onde ele se retrai de si mesmo”. SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Traduzido por Lya Luft. São Paulo: Geração, 2000, p. 21 e s.

⁴⁸² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 400.

Neste capítulo, a proposta é conhecer os fundamentos filosóficos da hermenêutica de Heidegger (a questão do “ser” e a “compreensão” como um dos elementos constitutivos do *Dasein*) e, principalmente, a hermenêutica filosófica de Gadamer (a “aplicação” como momento integrante de toda a compreensão), como teoria de base para a presente pesquisa. Por reconhecer a amplitude deste estudo, julga-se que Heidegger e Gadamer podem enriquecer e iluminar o percurso. Suas contribuições teóricas serão relacionadas ao processo de ensino-aprendizagem na formação do futuro operador do Direito, processo este entendido como compreensão e construção do conhecimento, em que o aluno se compreende quando compreende o ser a partir do mundo, em sua cotidianidade, como possibilidade emancipatória.

Assim, a hermenêutica filosófica, sem negar a racionalidade técnico-instrumental inerente à dominação do positivismo/normativismo, leva a acompanhar Rorty ao não “propor a hermenêutica como ‘tema substituto’ para a epistemologia, como uma atividade que preencha a vaga cultural antes preenchida pela filosofia epistemologicamente centrada”.⁴⁸³ Como já referido no capítulo anterior, não é intenção negar a matriz positivista/normativista no Direito. A pretensão, neste capítulo, é bem mais modesta, isto é, compreender a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer para, no último capítulo, levantar um conjunto de possibilidades que auxiliem no enfrentamento da crise que está posta no ensino jurídico.

3.1 A QUESTÃO DO SER: O PROJETO DE HEIDEGGER

Ao longo de suas obras, fruto de uma investigação e construção progressiva, Heidegger construiu uma nova matriz teórica que revolucionou a filosofia. Seu propósito principal foi compreender por que o ser, no pensamento ocidental, foi esquecido em favor do ente, e assim percorrer um caminho para dar uma resposta à pergunta que vai ser a diretriz fundamental de seu pensamento: a pergunta pelo sentido do ser.⁴⁸⁴ O caminho

⁴⁸³ RORTY, Richard. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Traduzido por Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 247.

⁴⁸⁴ Ser (*sein*), para Heidegger, significa o ser no sentido existencial ou em sua essência. Ele utiliza a expressão *Sein* tanto para o ser do *Dasein* como para o ser em geral, pois em *Ser e Tempo* Heidegger afirma que Ser é o conceito mais universal e o mais vazio. É um termo que se emprega constantemente com várias designações e que pode ser compreendido. É isso que faz Heidegger buscar compreender o

que Heidegger empreendeu teve como objetivo elaborar radicalmente a questão fundamentadora da ontologia, avançando significativamente, propondo novas formas de pensar a questão fundamental do modo de *ser-no-mundo*,⁴⁸⁵ com profundidade e originalidade, onde a compreensão ontológica “só se deixa esclarecer *radicalmente* caso o ente que a possua seja interpretado *originalmente* na perspectiva do seu ser”.⁴⁸⁶ Em *Ser e Tempo*, Heidegger preparou a pergunta pelo sentido do ser, introduzindo um novo paradigma: compreender o ser para além da metafísica objetificante vigente ou, em outras palavras, a compreensão do ser pelo *Dasein*. Esse novo paradigma introduzido por Heidegger é, nas palavras de Stein, “o paradigma que contém a idéia de que podemos olhar a metafísica como ligada ao nosso modo de ser-no-mundo como um todo, no qual devemos superar o esquema da relação sujeito-objeto”.⁴⁸⁷

sentido do ser, lançando a pergunta pelo ser, que consiste na pertença à própria constituição do ser-aí, do *Dasein*, da pré-sença. O ser é sempre um ser de um ente. O *Dasein* se compreende em seu ser, isso é, sendo. Ele chama essa compreensão de si mesmo de existenciária.

A expressão “ser” utilizada por Heidegger “é a maneira como algo se torna presente, manifesto, entendido, percebido, compreendido e, finalmente, conhecido para o ser humano, para o ‘ser-aí’ ou ‘*Dasein*’. As características fundamentais que possibilitam as várias maneiras de algo se tornar manifesto, realizado, são aquilo a que chama de ‘ontológico’. As características ontológicas do ser humano (ser-aí, *Dasein*) são também chamadas ‘existenciárias’, ou seja, características ontológicas da existência”. SPANOUDIS, Sólon. A todos que procuram o próprio caminho. In: HEIDEGGER, Martin. **Todos nós... ninguém**. Traduzido por Dulce Mara Critelli. São Paulo: Moraes, 1981, p.11.

Na Carta sobre o “Humanismo”, Heidegger fala que a metafísica persiste no esquecimento do ser. Essa é uma das razões para que Heidegger buscasse pensar a essência do homem mais radicalmente. Ele afirma que a “essência do homem reside na ec-sistência. É esta ec-sistência que essencialmente importa, o que significa que ela recebe sua importância do ser mesmo, na medida em que o ser apropria o homem enquanto ele é o ec-sistente, para a vigilância da verdade do ser, inserindo-o na própria verdade do ser”. Heidegger introduz a palavra “ec-sistência”, que significa, sob o ponto de vista de seu conteúdo, estar exposto à verdade do ser. Pois ec-sistência nomeia a determinação daquilo que o homem é no destino da verdade. “Como ec-sistente o homem sustenta o ser-aí, enquanto toma sob seu ‘cuidado’ o aí enquanto a clareira do ser”. HEIDEGGER, Martin. Sobre o “Humanismo”. In: _____. **Conferências e escritos filosóficos**. Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 156 e ss. (Os Pensadores)

⁴⁸⁵ Para Heidegger, a expressão “ser-no-mundo” refere-se a um fenômeno de unidade. Comporta uma tríplice visualização: o “em-um-mundo” (interrogação sobre a estrutura ontológica de “mundo” e determinar a idéia de mundanidade); o ente (investiga-se o “quem”) e o ser-em (constituição ontológica do *Dasein*, um existencial, é a expressão formal e existencial do ser do *Dasein* que possui a constituição essencial de ser-no-mundo. Na Carta sobre o “Humanismo”, Heidegger chama a atenção que o “homem é e é homem enquanto é ec-sistente. Ele está postado num processo de ultrapassagem, na abertura do ser, que é o modo como o próprio ser é; esse jogou a essência do homem, como um lance, no “cuidado de si”. Jogado desta maneira, o homem está postado “na” abertura do ser. “Mundo” é a clareira do ser na qual o homem penetrou a partir da condição de ser-jogado de sua essência. O “ser-no-mundo” nomeia a essência da ec-sistência, com vistas à dimensão iluminadora, desde a qual desdobra seu ser “ec” da ec-sistência”. HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 168.

⁴⁸⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** – Parte II. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcanti Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes e Universidade de São Francisco, 2002, p. 10.

⁴⁸⁷ STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 53.

A partir dessa desconstrução da metafísica proposta por Heidegger projeta-se a possibilidade de transpor ao ensino jurídico sua visão do ser, “diversa da ontologia tradicional que “esqueceu o ser a favor dos entes”.⁴⁸⁸ Essa é a questão crucial no ensino jurídico: superar a relação ensino-aprendizagem baseada na relação sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito, interrogando o sentido do *ser* no ensino jurídico. O ensino jurídico não é uma terceira coisa que se interpõe entre o professor e o aluno, e também não é um método. Talvez não se tenha percebido que falta algo; Heidegger, nos anos 20, percebeu que existe uma lacuna. E é esse referencial teórico que se busca em Heidegger, pois ele parte da pergunta pelo sentido do ser.

Ser e Tempo é a grande obra que marca sua análise preparatória fundamental do ser do *Dasein*⁴⁸⁹, que é o *ser-aí*, já que o ser é. Outra tarefa a que Heidegger se propôs foi a da *desconstrução* da ontologia objetivista, postulando a superação da dimensão sujeito-objeto.⁴⁹⁰

Todo o projeto heideggeriano se recusa a um fechamento, a uma completude, a verdades prontas e elaboradas. O fascínio da contribuição de Heidegger está justamente em ele não buscar certezas ou, nas palavras de Inwood, “ele está elaborando os

⁴⁸⁸ D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais** guia à Filosofia dos últimos trinta anos. Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 410.

⁴⁸⁹ Ao introduzir o termo *Dasein*, Heidegger objetiva pôr novamente a questão do sentido do ser, dando-lhe uma visão mais ampla. Evitou usar o termo homem e sujeito, pois sua intenção era apresentar o “ser” em sua integralidade, em seu caráter histórico-temporal, completamente diferente do homem-sujeito da metafísica moderna, que limitou o ser como mera instrumentalidade. Em algumas traduções é utilizada a expressão “pré-sença” ou “ser-aí”. O *Dasein* está no mundo como compreensão e como possibilidade, porque se compreende a si mesmo somente por suas possibilidades presentes, passadas ou futuras. Ele se relaciona com seu ser como tendo do ser este ser. Heidegger assim define o que concebe por *Dasein*, “pré-sença”, “ser-aí”: “a ‘essência da presença’ está em sua existência. As características que se podem extrair deste ente não são, portanto, ‘propriedades’ simplesmente dadas de um ente meramente dado que possui esta ou aquela ‘configuração’. As características constitutivas da pré-sença são sempre modos possíveis de ser e somente isso. Toda modalidade de ser desse ente é primordialmente ser. Por isso o termo ‘pré-sença’, reservado para designá-lo, não exprime a sua equidade como mesa, árvore, mas, sim, o ser”. [...] a pré-sença é sempre sua possibilidade. [...] a pré-sença se determina como ente sempre a partir de uma possibilidade que ela é e, de algum modo, isso também significa que ela se compreende em seu ser”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e...** *Op. cit.*, p. 77 e ss.

O Da, o “aí” do *Dasein* é a abertura ao ser, é o que o ilumina, isto é, a clareira, a *Lichtung*. O *Dasein* é o guardião do ser. Tem-se, então, que, quando a iluminação acontece, o ser se entrega ao homem.

⁴⁹⁰ Heidegger logo percebe que, para avançar, é necessário evitar “o esquema de que há sujeitos e objetos, consciência e ser; de que o ser é objeto do conhecimento; que o ser verdadeiro é o ser da natureza; que a consciência é o “eu penso”, isto é, o sujeito pensante, o centro dos atos, da pessoa; que as pessoas têm frente a si o ente, objetos, coisas da natureza, coisas de valor, bens. Enfim, que a relação entre sujeito e objeto é o que se tem de determinar e que dela tem de se ocupar a teoria do conhecimento”. HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: hermenêutica de la facticidade. Traduzido por Jaime Aspiunza. Madrid: Alianza, 1999, p. 105.

problemas à medida que caminha; o terreno é tão novo e não-familiar para ele quanto é para nós. Ele precisa muitas vezes refazer seus passos e percorrer o mesmo solo de um modo diferente”.⁴⁹¹ Acima de tudo, ele é um filósofo que *está a caminho*; à medida que coloca suas questões filosóficas, Heidegger “levanta questões sempre mais fundamentais, levando-nos a águas cada vez mais profundas”.⁴⁹²

Para fundamentar sua teoria, Heidegger utiliza o método fenomenológico, que pode ser explicado como uma série de passos que o autor dá para ter acesso ao ser e resgatar a centralidade do *Dasein* como *ser-no-mundo*. Faz uma crítica aos métodos utilizados pela ciência do século XIX, denunciando que a própria filosofia e as ciências do espírito ainda se orientam pela investigação lógica, assumido nas matemáticas e nas ciências naturais de caráter matemático que almejam validade universal.

Evidencia-se, com isso, que para Heidegger, o grande erro é utilizar a matemática como modelo para as demais ciências, pois quando a investigação não tem como fim alcançar o rigor matemático, o homem tem apenas a opção de resignar-se. Isso o leva a dizer que, no âmbito do concreto, a metodologia segue sendo a mesma, afirmando que a única “verdadeira novidade na ciência e na filosofia é somente o perguntar autêntico e a luta com as coisas que servem a esse perguntar”.⁴⁹³ É neste âmbito que o autor considera a *fenomenologia* desde *sua possibilidade*, entendendo-a como algo que não é manifesto nem óbvio, pois “a *possibilidade tem um modo próprio de assumir-se e verificar-se*; não se tropeça com ela na rotina maquinal nem tem caráter temático. Assumir uma possibilidade significa: assumi-la e configurá-la em seu ser, quer dizer, o que de possibilidade há nela esboçado”.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Traduzido por Luísa Buarque de Holanda. Revisão técnica, Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. XVI.

⁴⁹² Ibidem, p. XVI. Inwood explica na mesma página o fascínio que Heidegger provoca com sua mente privilegiada. Expressa que “suas respostas às questões invariavelmente levantam questões ainda mais profundas, questões que propulsionam seu pensamento. Ele não apresenta verdades elaboradas anteriormente, nem nos guia por terrenos já explorados. Ele está elaborando os problemas à medida que caminha; o terreno é tão novo e não-familiar para ele quanto é para nós. Ele precisa muitas vezes refazer seus passos e percorrer o mesmo solo de um modo diferente. Ele não conhece a nossa destinação mais do que nós a conhecemos; ele está a caminho”.

⁴⁹³ HEIDEGGER, Martin. **Los problemas fundamentales de la Fenomenologia**. Traduzido por Juan José García Norro. Madrid: Trotta, 2000, p. 388.

⁴⁹⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ontologia... Op. cit.**, p. 98.

Assim, fenomenologia, para Heidegger, é, pois, “um peculiar *como da investigação*. Os objetos chegam a determinar-se tal como eles mesmos se dão. A indagação ocupa-se de lograr a atualização das coisas. Propõe-se com isso uma via que a hermenêutica da facticidade trata de seguir”.⁴⁹⁵ Com essas palavras, Heidegger convida a tirar a luz da história do encobrimento, trazendo a tradição ao questionar filosófico, atualizando-a.

O filósofo problematiza o conhecimento humano, e a cada (re)leitura se é surpreendido com suas argumentações. Como exemplo, pode-se citar sua afirmativa: o homem é “o lugar-tenente do nada”.⁴⁹⁶ Com certeza, este é o modo-de-ser de Heidegger: instigar a ver que sempre há questões mais profundas na experiência do pensar. Pode-se observar que o nada que ele aqui designa “nomeia aquilo que, na perspectiva do ente, jamais ‘é’ algo entitativo, mas o nada. Este nada, contudo, determina o ente enquanto tal, sendo por isso designado o ser”.⁴⁹⁷ Seguindo a idéia de que o homem é o lugar-tenente do nada, Heidegger também dirá que o homem é o “pastor (não o senhor) do ser” e não o senhor do ente. Sua lucidez está em dizer que neste “menos” “o homem nada perde, mas ganha, porquanto atinge a verdade do ser. Ele ganha a essencial pobreza do pastor, cuja dignidade reside no fato de ter sido chamado pelo próprio ser para guardar a sua verdade”.⁴⁹⁸

Stein afirma que Heidegger “prepara provisoriamente seu método para penetrar na analítica existencial”. Quando o filósofo consegue atingir a “situação hermenêutica que permite determinar o sentido do ser-aí”,⁴⁹⁹ Heidegger pára. E é neste momento que se pode observar a diferenciação de seu método, pois ele descobre que o método fenomenológico se determina a partir da coisa mesma, ou seja,

A escada para penetrar nas estruturas existenciais do ser-aí é manejada pelo próprio ser-aí e não pode ser preparada fora para depois se penetrar no objeto. Não há propriamente escada que sirva para penetrar no seu ‘sistema’. A escada já está implicada naquilo para

⁴⁹⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ontologia...** *Op. cit.*, p. 98.

⁴⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 163.

⁴⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. O fim da Filosofia e a tarefa do pensamento. In: _____. **Conferências e escritos filosóficos**. Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 18. (Os Pensadores)

⁴⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 163.

⁴⁹⁹ STEIN, Ernildo. Introdução ao Método Fenomenológico. In: Sobre a Essência do Pensamento - **Heidegger**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 92. (Os Pensadores).

onde deveria conduzir. O objeto, o ser-aí, traz consigo a escada. Há uma relação circular. Somente subimos para dentro das estruturas do ser-aí, porque já nos movemos nela.⁵⁰⁰

A opção por este filósofo ficou fortalecida por sua abordagem fenomenológica hermenêutica. Ao tentar resgatar a centralidade do *Dasein* como ser-no-mundo, Heidegger prepara um caminho para que o *ser* possa ser compreendido em sua facticidade, pois o homem habita no *ser* e é formador de mundo, isto é, enquanto passado, presente e futuro. Ele introduz o sujeito que compreende. E é à luz de suas obras que se quer desvelar o fenômeno da compreensão no ensino jurídico e resgatar a centralidade do *ser* que compreende, isto é, o aluno enquanto ser-no-mundo. Portanto, trata-se de buscar e percorrer o caminho de Heidegger quando ele interroga *Que é isso pensar?* para que se possa entender a atual crise do ensino jurídico e a possibilidade de superar os dualismos teoria/prática e sujeito/objeto.

Busca-se compreender o pensamento de Heidegger a partir de suas principais obras⁵⁰¹ e das contribuições de vários filósofos, em especial nas obras de Ernildo Stein, que tomou para si a tarefa de enriquecer o conhecimento sobre Heidegger a partir das muitas maneiras diferentes de compreender o que ele tem a dizer.

3.1.1 A pergunta pelo sentido do ser

Heidegger questionou os pressupostos fundamentais da ontologia de Descartes e, em suas reflexões, indica que ele não questionou o sentido do ser e seu caráter de universalidade, pois alicerçou sua teoria na descoberta da “certeza” absoluta, passando por cima do fenômeno do mundo. Para Descartes,⁵⁰² a única via de acesso para o ser é o

⁵⁰⁰ STEIN, Ernildo. Introdução ao... *Op. cit.*, p. 92.

⁵⁰¹ Dentre as obras pesquisadas, cita-se pela relevância: *Introducción a la Filosofía; Que é Metafísica?; Ontologia: Hermenêutica de la facticidade; Sobre o “Humanismo”. O fim da Filosofia ou a questão do pensamento; Los problemas fundamentales de la Fenomenología; Ser e Tempo – Parte I; Ser e Tempo – Parte II; A Tese de Kant sobre o Ser; O que quer dizer pensar?*

⁵⁰² Com Descartes, há uma mudança radical no quadro das teorias científicas: a razão passa a ser o tema central de sua filosofia e guia único na procura de verdade das coisas. O método filosófico muda de natureza e de orientação. O interesse passa a ser o processo de como se pode chegar a alcançar a Verdade. Procura saber como o homem chega ao conhecimento e como ele pode chegar à verdade do objeto que está conhecendo. Para isso, apóia-se na certeza proveniente da matemática e estende a todas as outras ciências e a todo tipo de assuntos “aquilo que constitui a certeza das matemáticas: a pureza e a simplicidade de seus objetos”. Sua principal obra, *Discurso do Método*, revolucionou a filosofia, inaugurando uma nova fase metódica na qual as questões são: “O que é conhecer com certeza, qual o

conhecimento, isto é, o intelecto no sentido físico-matemático, preconizando o enraizamento de um preconceito fatal. Heidegger diz que, “com base nesse preconceito, a posteridade moderna omitiu uma análise ontológica explícita do ‘ânimo’, que deveria ser conduzida pela questão do ser e, ao mesmo tempo, como uma discussão crítica da antiga ontologia legada pela tradição”.⁵⁰³

Assim, Heidegger não se contentou com uma exposição sumária das coordenadas fundamentais da ontologia do *mundo* de Descartes. Um de seus questionamentos refere-se a entender dentro de que compreensão ontológica Descartes determinou o ser dos entes. Ele percebe que Descartes ficou muito aquém da escolástica, chegando, em alguns momentos, a recuar diante da questão do ser. Para Heidegger, esse recuo indica que Descartes “deixou sem discussão o sentido do ser e o caráter de ‘universalidade’ desse significado, contidos na idéia de substancialidade”.⁵⁰⁴ Enfatiza, ainda, que tanto a ontologia medieval quanto a antiga não dirigiram seus esforços para a questão do ser, porque o sentido ainda não ficou esclarecido, uma vez que foi tomado por evidente. Kant, por sua vez, apenas repete a frase de Descartes: “O ser não é um predicado real”. Ao referenciar Descartes e Kant, Heidegger quer tornar evidente que eles renunciaram a um questionamento sobre o ser, pois “o ente que, em princípio, Descartes tenta apreender de maneira ontológica com a *extensio* é um ente que só pode ser descoberto mediante a passagem de um ente intramundano imediatamente à mão”.⁵⁰⁵ Começa a ficar mais claro que Descartes não apenas falhou em sua determinação ontológica, como também passou por cima do fenômeno mundo ao encobrir o ser pela objetivação, em que a única via de acesso para esse ente é o conhecimento físico-matemático, por ele propiciar a posse mais segura, de parte do ser, dos entes nele apreendidos.

critério pelo qual se reconhece essa certeza, a que objetos o conhecimento humano pode aplicar-se e sobre que fundamento repousa”. GUENANCIA, Pierre. **Descartes**. Traduzido por Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 7 e ss. Descartes espera, por conseguinte, da sabedoria humana não apenas as verdades teóricas, mas também uma verdade pragmática. Essa forma de pensar, para a qual a forma suficiente do conhecimento é a científica, que se propõe a explicar tudo a partir de padrões de racionalidade, como uma operação dedutiva, na busca de “verdades”, é ainda encontrada no raciocínio jurídico, isto é, na aplicação do Direito.

⁵⁰³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e...** *Op. cit.*, p. 54.

⁵⁰⁴ *Idem*, p. 139.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 141.

Ao pautar o modo de ser a partir da matemática, Descartes trilhou outro caminho: apoiou-se na certeza da experiência ordenada a partir de padrões de racionalidade. Isso o afastou do questionamento pelo ser e cegou sua visão ao problema do mundo. Por outro lado, importa registrar que Heidegger não se limitou a fazer uma reflexão crítica sobre o método proposto por Descartes. Em uma passagem de sua obra, demonstra sua importância referenciando que “Descartes preparou a compreensão de um *a priori*, cujo conteúdo foi fixado posteriormente por Kant, de maneira mais penetrante”.⁵⁰⁶

Heidegger, em seu texto *A Tese de Kant sobre o Ser*,⁵⁰⁷ inicia empreendendo uma caminhada para mostrar que a questão do ser deve ser a verdadeira e a única tarefa dos pensadores. Para entender como os filósofos lançaram luzes sobre a questão do ser, Heidegger traz Kant ao texto para mostrar que ele deu um passo além, isto é, ao dizer que o ser não é um predicado real,⁵⁰⁸ o pensador quer dizer que o ser, como existência, não é a determinação de um conteúdo que se possa acrescentar ao conceito de uma coisa, mas apenas a “posição de uma coisa ou de certas determinações em si mesmas”.⁵⁰⁹ No uso lógico, é simplesmente a ligação de um juízo. Ao discutir a tese kantiana, Heidegger pretende apenas refletir sobre “o lugar a que pertence aquilo que Kant analisa sobre o nome de ‘ser’”.⁵¹⁰

Com a diretriz radical da primazia da questão sobre o sentido do *ser-no-mundo*, que caracteriza o *ser-aí*, Heidegger retoma o problema do ser e inicia uma reflexão ontológica radical, revelando o “pro-jeto (*Entwurf*) existente em toda compreensão”.⁵¹¹ Ele destrói o núcleo da ontologia objetivista e introduz a hermenêutica, ensinando que a “vida humana nos escapa quando a queremos compreender de uma postura teórica, objetivadora”.⁵¹² Com ele tem-se a certeza de que se é real e de que não se é apenas uma metáfora, pois o *ser-aí* depende da capacidade de significar, de dar sentido e de olhar o mundo como plenitude, onde cada um é uma dimensão de vida. E o Ser é o “mais

⁵⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e...* *Op. cit.*, p. 148.

⁵⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. A tese de Kant sobre o Ser. In: _____. *Conferência e...* *Op. cit.*

⁵⁰⁸ Encontra-se esta tese de Kant em duas obras: a) *O único fundamento possível para uma demonstração da existência de Deus* (1763); e b) *Crítica da Razão Pura*, p. 454.

⁵⁰⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 454.

⁵¹⁰ HEIDEGGER, Martin. A tese... *Op. cit.*, p. 236.

⁵¹¹ GADAMER, Hans-Georg (org.); FRUCHON, Pierre. *O problema da...* *Op. cit.*, p. 40.

⁵¹² SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger...* *Op. cit.*, p. 186.

fundamental dos sentidos, o sentido que determina nossa compreensão de todos os entes. Somente na medida em que entendemos o Ser seremos capazes de entender os entes”.⁵¹³

Para o mestre alemão, a compreensão do *ser* é o traço fundamental da consciência humana que ele designa de “ser-aí” (*Dasein*), significando a síntese da compreensão em que o *ser-aí* tem tanto de si mesmo como de outro ente. Sua insistência foi sempre no sentido de dizer que “só existe ‘ser’ enquanto existir o entendimento do ser no *Dasein*”.⁵¹⁴ A teoria de Heidegger liga o ser no horizonte do tempo. Essa perspectiva apresentada por Heidegger “transcende os limites da metafísica e prenuncia uma nova interpretação do ser. A história é elevada ao nível da ontologia”.⁵¹⁵

Heidegger fala que o homem que medita deve experimentar o coração incusso do desvelamento. Ao exprimir tal afirmação, sua intenção volta-se para o que o homem tem de mais próprio, que é “o lugar do silêncio que concentra em si aquilo que primeiramente possibilita desvelamento. Isto é a clareira do aberto”.⁵¹⁶ Ao fazer essa afirmativa, ele mesmo questiona: abertura para quê? O caminho do pensamento especulativo, como o intuitivo, necessita da clareira que, para Heidegger, pode ser percorrida. Por sua vez, nela reside “também a possibilidade do aparecer, isto é, a possibilidade de a própria presença apresentar-se”.⁵¹⁷

Somente enquanto *ser-ai* dá-se Ser. O *ai* é a clareira, enquanto verdade do próprio ser. *Dá-se* Ser é o acontecer e o manifestar-se, é o destino do próprio ser que, por sua vez, acontece na clareira do ser. Heidegger destaca esse aspecto para demonstrar sua tese de que, na proximidade, na clareira do *ai*, “mora o homem como o ec-sistente, sem que já hoje seja capaz de experimentar propriamente este morar e assumi-lo”.⁵¹⁸ O mestre alemão afirma que o *ser* ainda permanece muito superficial e que a verdade do *ser* permanece impensada. Para avançar, é necessário libertar-se do tecnicismo

⁵¹³ KUSCH, Martin. **Linguagem como cálculo versus Linguagem como meio universal**. Traduzido por Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2001, p. 222.

⁵¹⁴ FREDE, Dorothea. A questão do Ser; O projeto de Heidegger. In: GUIGNON, Charles B. (Direção). **Poliedro Heidegger**. Traduzido por João Carlos Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 85.

⁵¹⁵ STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUI, 2001, p. 15.

⁵¹⁶ HEIDEGGER, Martin. **O fim da...** *Op. cit.*, p. 33 e ss.

⁵¹⁷ Idem, p. 34.

⁵¹⁸ HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 141.

objetificante, pondo-se a caminho para pensar o ser em seu sentido de *presentar*. Para onde? Heidegger vai responder: “Para lá onde já fomos admitidos: ao pertencer ao ser. O ser mesmo, porém, pertence a nós; pois somente junto a nós pode ele ser como ser, isto é, pre-sentar-se”.⁵¹⁹

3.1.2 Compreender é sempre um compreender-se

Sua fundamentação sobre o *Dasein* é o ponto de partida de sua indagação pelo sentido do ser, assim como a analítica existencial do *ser-aí* (*Dasein*) e a compreensão como categoria ontológica do *ser-no-mundo*. As extensas reflexões de Heidegger deram novo impulso à hermenêutica, principalmente a partir de sua proposta, quando explicita que “a compreensão do ser, própria da presença, inclui, de maneira igualmente originária, a compreensão do ‘mundo’ e a compreensão do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do mundo”.⁵²⁰ O homem compreende-se quando compreende o ser e, ao se compreender como *ser-no-mundo*, tem acesso ao acervo essencial de sua compreensão do ser. O homem, por sua vez, nunca é um “sujeito isolado, sem mundo, mas é um ente que em sua verdadeira essência é constituído por seu *mundo*”.⁵²¹

A compreensão é um modo de ser do *Dasein*,⁵²² é um existencial: é sempre um compreender-se, incluindo um encontro consigo mesmo. Compreender, em Heidegger, não significa uma operação intelectual nem uma compreensão abstrata de si mesmo,

⁵¹⁹ HEIDEGGER, Martin. O Princípio da Identidade. In: _____. **Conferências...** *Op. cit.*, p. 183.

⁵²⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e...** *Op. cit.*, p. 40.

⁵²¹ FREDE, Dorothea. A questão... *Op. cit.*, p. 81 e ss.

⁵²² Em algumas traduções é utilizada a expressão “pre-sença” ou “ser-aí”. O *Dasein* está no mundo como compreensão e como possibilidade, porque se compreende a si mesmo somente por suas possibilidades, pelas possibilidades passadas, presentes ou futuras. *Dasein* caracteriza-se como uma relação consigo mesmo, que é uma relação com o seu ser *existência*. E essa relação não é fechada em si mesma; ela contempla, de um modo originário, a compreensão do mundo. Heidegger dirá que, para esse ente, ele encontra aí no seu ser esse ser. Ao escolher a expressão *Dasein*, o filósofo teve em mente recolocar a questão do ser; dito de outro modo, o *Dasein* é a essência íntima do homem, cujo ser verdadeiro é restabelecido. O *Da*, o “aí” do *Dasein* é abertura do ser, a clareira”. HEIDEGGER, Martin. **Ser e...** *Op. cit.*, p. 78 e ss.

Em *Ser e Tempo*, Heidegger usa (*das*) para: “1. O ser dos humanos, e 2. O ente ou pessoa que possui este ser. Nas prelações, ele muitas vezes fala de *das menschliche Dasein*, “o *Dasein* humano”, e isto também pode significar tanto o ser dos humanos quanto o ser humano. [...] Quando mais de uma pessoa está em cena, Heidegger fala de (dos) outro(s) ou *Dasein-com* (com-presença, *Mitdasein*). Retoma o sentido original da palavra, “ser-aí”, escrevendo freqüentemente *Da-sein* para frisá-lo. *Dasein* está essencialmente no mundo e ilumina a si mesmo e ao mundo. O “aí [das Da]” é o espaço que abre e ilumina: “O ‘aí [Das ‘Da’]” não é um lugar [...] que contrasta com um ‘lá’ [‘dord’]; *Da-sein* significa não estar aqui em vez de lá, nem mesmo aqui ou lá, mas é a possibilidade, a condição de ser orientado por um estar aqui e estar lá”. INWOOD, Michael. **Dicionário...** *Op. cit.*, p. 29.

mas é, antes, uma manifestação ontológica, um modo de manifestar-se o *ser-no-mundo*, isto é, realizar suas possibilidades, seus projetos, enfim, seu sentido no mundo, constitutivo da própria condição humana. Em outras palavras, compreensão não significa inteligência nem um exercício de captação lógica. Ela é, sim, um processo que inicia onde a lógica termina. Nessa medida, o *ser-aí* compreende o seu próprio ser a partir do mundo, em sua cotidianidade mediana, pois se é sempre jogado num mundo de significados e valores, e a postura não pode ser de apenas *neutras entidades avaliadoras*. Aí radica, ao nosso ver, a genialidade de Heidegger quando diz que a compreensão da existência como tal é a compreensão do mundo e que a compreensão só existe na medida em que o homem é um *ser-no-mundo*. Portanto, o conceito predominante é o conceito de mundo, e é este que “abre a dimensão nova com que o *Dasein* é situado diante dos outros entes. ‘A pedra não tem mundo, o animal é pobre em mundo e o homem é formador de mundo’ são afirmações que se fazem sob a regência dessa outra lógica”.⁵²³

Em Heidegger, a interpretação é o desenvolvimento da compreensão e se move a partir de uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia que se tem sobre a coisa no encontro com a própria coisa. Ela é circular, pois retorna sempre ao pré-compreendido para articulá-lo com o compreendido.⁵²⁴ Assim, toda interpretação, ao se colocar no movimento de compreender, já deve ter compreendido o que quer interpretar. Portanto, compreender tem caráter antecipatório, pois para compreender precisa-se sempre realizar um projetar, e nisso está a grande descoberta de Heidegger a respeito da pré-estutura da compreensão. Nesse constante reprojetar, nesse estar aberto à opinião do outro ou do texto, a tarefa hermenêutica indica que o importante é dar-se conta das próprias antecipações, dos pré-juízos. Ele introduziu, no círculo hermenêutico.⁵²⁵

⁵²³ STEIN, Ernildo. *Exercícios...* *Op. cit.*, p. 99.

⁵²⁴ Cf. D’AGOSTINI. Franca. *Analíticos e...* *Op. cit.*, p. 408.

⁵²⁵ Eis como Gadamer sintetiza que só com Heidegger se descobriu a antecipação ontológica, presente na concepção fenomenológica, que trabalhava com os meios conceituais da metafísica grega. “Esta era, pois, a conceitualidade que teria que destruir Heidegger. Com isto, o clássico círculo hermenêutico já não era uma descrição metafísica do método, do procedimento por meio do qual resulta compreensível a realização de um sentido, tal como havia ensinado desde sempre a retórica. A circularidade da compreensão sempre havia estado sem dúvida contraposta aos conceitos demonstrativos lógicos da ciência, podendo afirmar-se nas épocas posteriores como uma descrição adequada do ideal metodológico das ciências humanas. Quando Heidegger retrocede aos gregos, não se trata já de método. O intérprete que tenta compreender a construção de sentido deixa de ser um simples realizador de uma reconstrução, tal como aprendemos a construir, por exemplo, uma oração latina de Cícero. O intérprete já não é um simples investigador que amplia sua visão, mas ele mesmo é ouvinte ou leitor, encontrando-se por isso incluído como um sujeito que participa com sentido. A resposta com sentido que oferece uma construção de sentido é reconhecida agora como resposta a uma pergunta, e

[...] o sujeito que compreende, que ‘toma sempre consigo o todo de seu mundo, a partir do qual realiza a projeção do sentido e no qual se abre o conteúdo individual em seu sentido’. Do ponto de vista ontológico, com o círculo hermenêutico, toda compreensão é autocompreensão, todo autêntico ato filosófico é auto-implicativo.⁵²⁶

Esse é o desafio lançado por Heidegger: o ser humano é colocado como possibilidade, como um *poder-ser*, como um *poder-saber*. Esse *ser* para possibilidades, constitutivo da compreensão, para Heidegger, é um *poder-ser* que repercute sobre o *Dasein* as possibilidades enquanto abertura. No § 4º de sua obra *Ser e Tempo* ele fala da disposição fundamental da angústia como abertura privilegiada do *Dasein*. Salienta que “é uma possibilidade ontológica do *Dasein* que deverá ‘descortinar o horizonte’ ôntico e explicar o próprio *Dasein* como ente. Todo descortinar só é possível dentro da abertura constitutiva do *Dasein*. Essa se baseia na disposição e na compreensão”.⁵²⁷

A partir dessa constatação, o autor fala do fechamento do ser às questões da existência do *ser-aí*. Isso ocorre quando o ser se encobre, se vela, não permitindo a ruptura, o desvelamento, privando-se do questionar sobre a existência do ser enquanto *ser-no-mundo*. Nesse fechamento do ser ocorre a fuga do *Dasein*, a fuga de si mesmo, de seu ser. Ao não permitir a angústia, o ser cai no impessoal, na frivolidade, na monotonia e na indiferença em relação à vida cotidiana e com a verdade. O ser priva-se, portanto, do autoconhecimento em sua dimensão mais profunda. E Heidegger tira disso a consequência: a constituição fundamental do *Dasein* é *ser-no-mundo* e “aquilo com que a angústia se angustia é o ‘ser-no-mundo’ como tal”.⁵²⁸ Na angústia, o que se dá é um profundo questionamento sobre a possibilidade do *ser-no-mundo* e do próprio mundo, revelando o *ser-livre* para a liberdade de assumir e escolher a si mesmo. A angústia, enquanto disposição fundamental e privilegiada, singulariza a abertura; ela possibilita o rompimento da familiaridade cotidiana e pertence à constituição essencial do *Dasein* como *ser-no-mundo*.⁵²⁹

esta pergunta mesma, por sua vez, como uma resposta, de tal modo que ali não há nunca um princípio primeiro nem uma eliminação definitiva do assim chamado sujeito em favor da objetividade da ciência”. GADAMER, Hans-Georg. *El giro...* *Op. cit.*, p. 150 e ss.

⁵²⁶ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2002, p. 163.

⁵²⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e...* *Op. cit.*, p. 247.

⁵²⁸ Idem, p. 249.

⁵²⁹ Esse rápido olhar sobre o pensamento heideggeriano expressa que a compreensão hermenêutica em Heidegger tem como fundamento a idéia do compreender a si mesmo, compreender o ser, compreender-se

Transpondo para a sala de aula, quando docentes e discentes permitem refletir sobre sua condição de *ser-no-mundo* e sobre a capacidade de poder atribuir um sentido à sua existência, permitem também o surgimento da angústia. Ao deixar aflorar a angústia, o aluno tem a possibilidade de transcender, isto é, de romper com a familiaridade cotidiana, com o já dado, com o sentido comum teórico, com o sentir-se em casa, indiferente aos problemas do mundo e do outro. Ele ocupa a posição de um *ser-com* e de um *ser-em-comum*.

O filósofo alemão coloca, em outra passagem, que o ser muitas vezes se contenta em repetir e passar adiante a fala. Isso pode ser observado na relação ensino-aprendizagem: ao repetir e passar adiante a fala, o professor potencializa a falta de solidez. Com isso, ele quer dizer que a compreensão mediana de um aluno “nunca poderá distinguir o que foi haurido e conquistado originariamente do que não passa de mera repetição”.⁵³⁰ Para Heidegger, a mera repetição é por si mesma um fechamento, pois abre mão de retornar à base e ao fundamento do referencial teórico. Por outro lado, indica que é pela abertura que o *Dasein* alcança o fenômeno mais originário da verdade, entendida como um existencial fundamental. Isso se dá “na medida em que o *Dasein* é essencialmente a sua abertura, na medida em que ele se abre e descobre o que se abre: o *Dasein* é essencialmente ‘verdadeiro’. *O Dasein é e está ‘na verdade’*”,⁵³¹ e a verdade deve ser compreendida como *ser-aquilo-que-descobre*.

Começa a ficar mais claro quando Heidegger mostra “que descobrir é um modo de ser do ser-aí. A preocupação previdente descobre o ente intramundano. Assim, ele se torna descoberto. Assim, ele é verdadeiro”.⁵³² O ser é retirado de seu velamento pela abertura do *Dasein* e pela elaboração do modo de compreender o *ser-no-mundo*. Esse poder-ser que compreende o *Dasein* conclama a sair do impessoal. Para Heidegger, “a observação teórica sempre reduziu o mundo à uniformidade do que é simplesmente

como poder-ser e compreender-se como ser-no-mundo. O compreender humano não é absoluto; ao mesmo tempo que desvela, vela o ente. Percebe-se em Heidegger, portanto, uma transformação revolucionária do que sempre constituiu o comportamento humano face à tradição, em que há sempre um processo de retomada, buscando uma compreensão nova e atual. Portanto, sempre produz sentido e não apenas reproduz o passado histórico.

⁵³⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e...* *Op. cit.*, p. 228.

⁵³¹ *Idem*, p. 289.

⁵³² STEIN, Ernildo. *Compreensão e...* *Op. cit.*, p. 27.

dado; dentro dessa uniformidade, sem dúvida subsiste encoberta uma nova riqueza de determinações, passíveis de descoberta”.⁵³³

A questão central e a grande marca do paradigma heideggeriano é, nas palavras de Stein, “tentar encontrar a gênese, o lugar de origem, onde o conhecimento reside e a partir de onde ele se desdobra na dualidade da relação sujeito-objeto; esse lugar é o *ser-em*”.⁵³⁴ Ele introduz um novo conceito de fundamentação do conhecimento: “É uma fundamentação de caráter prévio, de caráter *a priori*. É uma fundamentação em que já sempre existe um compreender a nós mesmos. Isso é uma espécie de antecipação prévia de sentido que se explicita na compreensão do ser”.⁵³⁵ Todo o esforço de Heidegger foi de encontrar uma possibilidade de responder à questão pelo sentido do ser. Para elaborar a questão, o filósofo alemão, ao longo dos dois volumes de sua obra *Ser e Tempo*, buscou entender o fenômeno em que o próprio ser se torna possível. Como resultado de sua profunda investigação, “Heidegger dirá que o ser-no-mundo, o ser-aí é a base de qualquer teoria do conhecimento”.⁵³⁶

Ao contrário, o conhecimento científico, na relevante contribuição de Rohden, “pode ser vicioso ao apenas pretender confirmar suas hipóteses, ao passo que o saber filosófico é aberto e, mais que confirmar ou rejeitar hipóteses, pretende conhecer o que é mais originário, mais fundamental, mais universal”.⁵³⁷ Para Heidegger, a fenomenologia é a possibilidade do pensamento, pois, à medida que interroga pelo sentido do ser que é ligado sempre à sua temporalidade e à sua finitude, ela vai se transformando e somente assim permanece. Heidegger aprofunda mais sua explicação mostrando que há dois tipos de pensamento: o pensamento que calcula e o pensamento que medita o sentido. Stein ressalta que é importante observar como Heidegger liga sua fenomenologia ao problema do pensamento: “O pensamento que medita o sentido é o pensamento não-científico. É somente esse pensamento que pode buscar o sentido do ser. Portanto, se a

⁵³³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e...* *Op. cit.*, p. 192.

⁵³⁴ STEIN, Ernildo. *Diferença e...* *Op. cit.*, p. 62.

⁵³⁵ Idem, p. 58.

⁵³⁶ Ibidem, p. 59.

⁵³⁷ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica...* *Op. cit.*, p. 164.

fenomenologia visa ao desvelamento⁵³⁸ do sentido do ser, é desse pensamento que ela se alimentará”.⁵³⁹ E pensar para Heidegger é pensar o ser em sua essência.

3.1.3 O pensar como essência do Homem em Heidegger

Ao empreender o caminho pela pergunta pelo ser, Heidegger evidencia que ainda se está longe de pensar, com suficiente radicalidade, a essência do ser, pois para o filósofo a essência do pensamento é a essência do ser. Pensar é um reencontro com o que é primordial no ser, é um ir à origem, é um introduzir-se vertical no dizer do ser, é desdobrar alguma coisa até a plenitude de sua essência, é a revelação que se dá no desvelamento do não-saber. Para o filósofo, só é possível ser consumado aquilo que já é, e o que “é” antes de tudo, é o ser. Isso fica claro quando Heidegger diz que o pensar “consume a relação do ser com a essência do homem. O pensar não produz nem efetua essa relação. Ele apenas a oferece ao ser, como aquilo que a ele próprio foi confiado pelo ser”.⁵⁴⁰

O que guia a reflexão de Heidegger está em que, no pensar, o ser tem acesso à linguagem, e a linguagem para o filósofo é a “morada do ser. Nessa habitação do ser mora o homem”.⁵⁴¹ Pela temática do pensar, Heidegger convida todos a empreender o caminho que cada um tem que fazer por si mesmo na busca pela essência do ser e, com isso, estar disposto a transformar-se pelo experimentar da verdade do ser mesmo.

Como pensador, Heidegger vai defender uma outra maneira de pensar. Em nenhum momento sua atitude foi a de ir à exaustão da explicação filosófica; pelo contrário, mostrou o difícil caminho do pensar, sem respostas prontas, sem conclusões elaboradas com exatidão e sem conceitos definidos. Ele se apresenta como um eterno aprendiz, convidando todos a serem companheiros de diálogo. É dentro desse contexto que Heidegger aponta claramente para uma postura que evidencia a necessidade de superar o poder da razão técnico-instrumental – pensar pragmático, lógico e técnico da

⁵³⁸ Essa percepção heideggeriana é enfatizada na análise de Stein, ao referenciar que *aletheia* e fenomenologia perpassam todo o pensamento de Heidegger, pois “a *aletheia* inspira a fenomenologia, mas a fenomenologia é a via de acesso ao ser que acontece como *aletheia*, como velamento e desvelamento. STEIN, Ernildo. **Compreensão...** *Op. cit.*, p. 182.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 178.

⁵⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o...* *Op. cit.*, p. 149.

⁵⁴¹ *Idem*, *Ibidem*.

ciência que calcula – para um pensar que tem no meditar seu habitat. Isso fica claro na seguinte constatação de Stein: “Um pensar que não mais pensa o ente como fundamento, que não mais entifica o ser, que não mais objetifica o ser humano”.⁵⁴²

O que Heidegger tematiza é, justamente, romper com um pensar que apenas se preocupa em apresentar argumentos lógicos. Ao convocar o ser para a tarefa de pensar, o mestre alemão mostra que há uma grande diferença entre o refletir que está a serviço do agir e do fazer e o pensar que pensa. A linha de pensamento desenvolvida até o momento revela que não é pelo pensar irradiar um efeito ou

[...] por ser aplicado que o pensar se transforma em ação. O pensar age enquanto se exerce como pensar. Esse agir é provavelmente o mais singelo e, ao mesmo tempo, o mais elevado, porque interessa à relação do ser com o homem. Toda eficácia, porém, funda-se no ser e se espraia sobre o ente. O pensar, pelo contrário, deixa-se requisitar pelo ser para dizer a verdade do ser. O pensar consome este deixar. Pensar é o engajamento pelo ser para o ser.⁵⁴³

Esse engajamento se dá em favor da verdade do ser. Pensar o ser não supõe chegar a algum resultado nem produzir efeito. A satisfação de sua essência se dá enquanto o ser é. O que Heidegger propõe é um pensar mais livre, pois “deixa que o ser – seja”.⁵⁴⁴ Essa passagem da interpretação de Heidegger é realçada por Stein, que demonstra que, para Heidegger, “existe um pensar que é um modo de ser-no-mundo”. Salienta, ainda, que Heidegger, ao convocar para a difícil tarefa de pensar com a pergunta *Que significa pensar?* tem a intenção de levar os indivíduos para “um domínio em que o pensar não é uma simples atividade de apresentar argumentos em série ou formas lógicas em qualquer campo científico, mas em que ele é um modo de ser”.⁵⁴⁵

Stein percebe neste ensaio de Heidegger, escrito nos anos 30, a continuação do último curso da viravolta. Isso o faz falar de um Heidegger II, a partir do momento em que o filósofo toma para si o pensar como tema fundante. Stein vê nessa viravolta um Heidegger pensador que põe “na palavra ‘pensar’ mais força do que na palavra ‘filosofia’, levando-o até a produzir um ensaio intitulado *O fim da Filosofia e a tarefa*

⁵⁴² STEIN, Ernildo. **Exercícios...** *Op. cit.*, p. 116.

⁵⁴³ HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 149.

⁵⁴⁴ Idem, p. 172.

⁵⁴⁵ STEIN, Ernildo. **Exercícios...** *Op. cit.*, p. 96.

de pensar”.⁵⁴⁶ Essa é uma preocupação presente em Heidegger: a necessidade de trabalhar com profundidade o tema do pensar, pois a racionalidade e o objetivismo da ciência limitaram o pensar crítico, reflexivo e emancipador. Dessa maneira, ele convida a aprender a pensar como um ser-no-mundo.

Qual a posição de Heidegger? Na verdade, ao lançar a questão sobre o sentido do “Ser”, o filósofo mostra a necessidade de pensar sempre *além-de-si*, a partir de uma análise fenomenológica. Ele vê o homem à luz do ser, pois ele é a morada, a clareira do ser. Instiga o *Dasein* a indagar pelo mais íntimo e profundo da essência do homem, por sua dimensão própria, como *ser-no-mundo*, ser enquanto história e o ser e sua verdade. É um sempre ir ao mais íntimo, e nesta interiorização é possível estabelecer um diálogo consigo mesmo. No pensar, a fala nunca é a primeira. Emmanuel Leão, na introdução da obra *Ser e Tempo*, mostra que a fala do pensamento é o escutar. Com isto ele quer dizer que: “Escutando, o pensamento fala. A escuta é a dimensão mais profunda e o modo mais simples de falar. O barulho do silêncio constitui a forma originária de dizer”.⁵⁴⁷

A maneira como Heidegger aborda o tema pensar aponta para a necessidade de uma reflexão sobre o quanto a humanidade precisa libertar-se da interpretação técnica do pensar, que provém de Platão e Aristóteles. Quando o filósofo diz que o homem ainda está longe de pensar, quer alertar que o pensar é um pensar como uma *tékne*, impregnado de racionalidade e lógica. Questiona por que o ser humano está submisso à lógica, que é tradicionalmente conhecida como a ciência do pensar. É preciso ir além. Para tal, a tese de Heidegger é de que não se pode limitar o pensar como uma mera ação de oposição ao modo de conhecer das ciências exatas, “nem orientar-se predominantemente pelas ciências não exatas ou a experiências não-científicas de tipo histórico-hermenêutico”.⁵⁴⁸

Sua orientação é para o perguntar pensante, que não se desvia de sua essência. Diante da pura técnica, o homem nada experiencia da essência da técnica. O pensar para Heidegger é um pensar que possa estar orientando para o acontecer que se dá no

⁵⁴⁶ STEIN, Ernildo. **Exercícios...** *Op. cit.*, p. 101.

⁵⁴⁷ LEÃO, Emmanuel Carneiro. Apresentação à obra **Ser e Tempo**. Parte I. *Op. cit.*, p. 15.

⁵⁴⁸ PÖGGELER, Otto. **El camino del pensar de Martin Heidegger**. Traducido por Félix Duque. 3. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1993, p. 219.

desvelamento. E desvelamento, para ele, é “como que o elemento, único, no qual tanto ser como pensar e seu comum-pertencer podem dar-se”.⁵⁴⁹ No desvelamento, o filósofo indica que é preciso pensar como a clareira que assegura ser e pensar e seu apresentar-se recíproco. A partir da aliança do *comum-pertencer* de ser e pensar pode-se atribuir ao pensamento verdadeira seriedade e compromisso. Essa análise de Heidegger reforça sua teoria de que “sem a experiência prévia da *Alétheia* como a clareira, todo o discurso sobre a seriedade ou o descompromisso do pensamento permanece infundado”.⁵⁵⁰

A palavra *Alétheia* tem em Heidegger um significado especial. Ele mesmo diz que é com obstinação que traduz o nome *Alétheia* por desvelamento. Isso ele não faz por amor à etimologia, mas “pelo carinho que alimenta para com a questão mesma que deve ser pensada, se quisermos pensar aquilo que se denomina ser e pensar de maneira adequada à questão”.⁵⁵¹ E essa questão, em Heidegger, é o desvelamento como tal; não é a questão da verdade, da veracidade, mas, sim, retirar o ser de seu fechamento, possibilitando o pensar que se dá pela linguagem, pela fala, que propicia ao ser a abertura, o partilhar, o mostrar e presentificar, isto é, onde o desvelamento e a iluminação orientam o pensamento. Esse ato revela a tarefa do pensamento, que é estar atento à clareira do ser que se dá quando o ser insere seu dizer na linguagem.

O propósito de Heidegger é mostrar o papel central que a “clareira” e a “abertura” representam no ato de pensar: elas são a possibilidade de um aparecer e de um mostrar-se, e “só pode brilhar se a abertura já é garantida. O raio da luz não produz primeiramente a clareira, a abertura, apenas percorre-a”.⁵⁵² É aí que Haar mostra que “não é a luz do dia que faz nascer uma clareira liberando uma parte da floresta da obscuridade”,⁵⁵³ mas, sim, o espaço que já está aberto. É ele que permite que a luz jogue, pois assim “libertada da abertura concebida como ‘estado de presença’ (*Anwesenheit*) precede toda ‘luz natural, a da razão, a da visão, a do sol’”.⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ HEIDEGGER, Martin. **O fim...** *Op. cit.*, p. 34 e ss.

⁵⁵⁰ Idem, *Ibidem*.

⁵⁵¹ Idem, p. 34.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 32.

⁵⁵³ HAAR, Michel. **Heidegger e a essência do Homem**. Traduzido por Ana Cristina Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 237.

⁵⁵⁴ Idem, *Ibidem*.

A Filosofia nada sabe sobre a clareira. Heidegger chega a essa afirmação criticando que ela fala, sim, da luz da razão, mas ainda não está atenta para a clareira do ser, pois “o *lúmen naturale*, a luz da razão só ilumina o aberto”.⁵⁵⁵ Nisso ele mostra todo um cuidado para que não se produza nenhum tipo de confusão entre a tarefa da Filosofia, como metafísica que, desde Aristóteles, é pensar o ente como tal onto-teologicamente, e a tarefa do pensamento que é atentar para a questão da clareira, que repousa numa dimensão de abertura e de liberdade. A claridade acontece no aberto e aí luta com a sombra. Percebe-se esse olhar de Heidegger quando ele assinala que “não há luz alguma, nem claridade sem a clareira. Mesmo a sombra dela necessita. Como poderíamos, de outra maneira, penetrar na noite e por ela vagar?”.⁵⁵⁶ Mesmo que a filosofia no começo fale da clareira, Heidegger provará, contudo, que ela não pensa a clareira que impera no ser, na presença.

Em seu escrito *Sobre o “Humanismo”*, Heidegger aprofunda sua tese de que o “pensar é o pensar do ser”, ou seja, esse pensar “deixa o ser – ser”.⁵⁵⁷ Para demonstrar a radicalidade de sua tese, o filósofo mostra que nomes como “Lógica”, “Ética” e “Física” surgem apenas quando o pensar originário chega ao fim. Demonstra, colocando que nem os gregos, em sua gloriosa era, pensaram apoiados na lógica, na ética, na física, muito menos a filosofia significava pensar. Heidegger chama a atenção para o fato de que a Filosofia foi se transformando também em uma técnica de explicação pelas causas últimas. Ele é categórico ao afirmar que “não mais se pensa: a gente se ocupa com ‘Filosofia’”.⁵⁵⁸

Com isso, ele quer alertar a humanidade mostrando o quanto se está afastado do “pensar”, pois à medida que o “pensar chega ao fim, na medida em que sai de seu elemento, compensa esta perda, valorizando-se como *tékhne*, como instrumento de formação, e por este motivo, como atividade acadêmica e, mais tarde, como atividade cultural”.⁵⁵⁹ Com esse alerta, Heidegger diz que o domínio da *tékhne* e dos “ismos” não é algo casual, mas faz parte da ditadura da opinião pública, da incondicional objetivação

⁵⁵⁵ HEIDEGGER, Martin. **O fim da...** *Op. cit.*, p. 32.

⁵⁵⁶ Idem, p. 33.

⁵⁵⁷ SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger...** *Op. cit.*, p. 430.

⁵⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o...* *Op. cit.*, p. 151.

⁵⁵⁹ Idem, *Ibidem*.

de tudo e, principalmente, do esvaziamento da linguagem – em seu sentido estético e moral, ameaçando a essência do ser.

Ao lançar estas questões, Heidegger mostra toda sua angústia: “A linguagem recusa-nos ainda sua essência: isto é, que ela é a casa da verdade do ser. A linguagem abandona-se, ao contrário, a nosso puro querer e à nossa atividade, como um instrumento de dominação sobre o ente”.⁵⁶⁰ Essa é a razão de Heidegger: no final da Carta sobre o “Humanismo”, com contundência diz que é preciso evitar a supervalorização da filosofia, pois na atual condição do mundo “é necessário: menos Filosofia, mas mais desvelo do pensar; menos literatura, e mais cultivo da letra”.⁵⁶¹

Em suas meditações, Heidegger reservou ao pensamento a tarefa de que ele ainda deve aprender, e que nessa aprendizagem “o pensamento prepara sua própria transformação”. Ao analisar o livro *Que significa pensar?*, de Heidegger, Stein chama a atenção para o fato de que somente quem “compreende a intenção profunda de Heidegger pode realizar uma tal distinção ou praticar uma ‘aplicação’ do pensamento do filósofo ao pensar”.⁵⁶²

Stein tem toda a autoridade para esse professor, pois é um dos principais filósofos brasileiros que empreendeu o difícil caminho de interpretar Heidegger. Em sua obra *Exercícios de Fenomenologia; Limites de um paradigma*, ele convida a conhecer as três formas de pensar que ele identifica no pensamento do filósofo. Atribui a primeira forma do pensar, que foi fortemente instigada no final do século XX, à dimensão física e sensitiva do ser humano, como um ser biológico dotado de um psiquismo. Por essa razão, o pensar, inicialmente, foi objeto da Psicologia, da Antropologia, e hoje é tema central nas ciências biológicas, dentre as quais a Neurobiologia. Por conseguinte, o autor quer com isso dizer que essa primeira forma de pensar de Heidegger é “referida à animalidade, passa a ser uma característica do ser vivo, de um ser vivo que, como organismo, chegou a uma forma bem determinada de evolução”.⁵⁶³ Stein expressa surpresa com o modo que Heidegger se refere a esse primeiro pensar, pois o ser humano

⁵⁶⁰ HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 152.

⁵⁶¹ Idem, p. 175.

⁵⁶² STEIN, Ernildo. *Exercícios...* *Op. cit.*, p. 90.

⁵⁶³ Idem, p. 91.

é levado para além de si mesmo; ele é lançado “para uma esfera em que sua definição não resulta da junção entre animal e racional. Dessa forma, ele fica na in-definição sobre si mesmo, isto é, ele se torna um ser que não pode ser definido como os outros entes”⁵⁶⁴. Ao situar o ser para-além-de-si-mesmo, Heidegger, nas palavras de Stein, remete a uma dimensão de transcendência, isto é, “a uma nova forma de sensibilidade; portanto, a uma nova forma de ser fisicamente no mundo”⁵⁶⁵.

A segunda forma de pensar é a da racionalidade lógica, presente na filosofia e nas ciências. Esta forma de pensar é muito criticada por Heidegger. Stein remete a Heidegger, que acusa: “Preso a essa forma de pensar, a essência dos domínios da cultura ocidental cai no vazio, assim como todas as ciências que se movem nesse domínio”⁵⁶⁶. Mas, ao criticar a queda no vazio, Heidegger “remete a uma nova forma de pensar, a partir da qual pôde afirmar que ‘as ciências não pensam’”⁵⁶⁷.

O mestre alemão não se limitou apenas a criticar os dois outros modos de pensar. Ele apresenta uma terceira forma de pensar, dizendo que existe um pensamento fora da distinção entre racional e irracional, “mais sóbrio e por isso à parte, sem a eficácia e, contudo, constituindo uma urgente necessidade provinda dele mesmo”⁵⁶⁸. Quando, portanto, se perguntar pela tarefa desse pensamento, “então será questionado primeiro, não apenas este pensamento, mas também o próprio perguntar por ele”⁵⁶⁹. Ao abordar o terceiro modo de pensar, ele se move no sentido de ter presente que esse pensar “vai servir de elemento substitutivo para a definição do homem como animal racional, conduzindo o esforço de determinar a essência do ser humano para um modo de existir em que, desde sempre, ele já é um além-de-si”⁵⁷⁰.

É nesse contexto que Stein fala de transcendência ligada à existência, onde o pensar é um modo de ser-no-mundo, porque o “que efetivamente permanecia não resolvido era propriamente a condição do ser humano, enquanto ‘formador de mundo’,

⁵⁶⁴ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: Filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Ed.UNIJUÍ, 2002, p. 32.

⁵⁶⁵ Idem, p. 33.

⁵⁶⁶ STEIN, Ernildo. **Exercícios...** *Op. cit.*, p. 95.

⁵⁶⁷ Idem, *Ibidem*.

⁵⁶⁸ HEIDEGGER, Martin. **O fim da...** *Op. cit.*, p. 37.

⁵⁶⁹ Idem, p. 38.

⁵⁷⁰ STEIN, Ernildo. **Pensar é...** *Op. cit.*, p. 36.

isto é, enquanto um modo de ser determinado a partir da totalidade da condição humana”.⁵⁷¹ É sob esta outra lógica que Stein referencia, em suas meditações, o dizer de Heidegger: “A pedra não tem mundo, o animal é pobre em mundo e o homem é formador de mundo”.⁵⁷² Heidegger não abandona as outras formas de pensar, mas apropria-se delas de uma maneira original. Para isso, porém, é preciso um salto. Haar diz que esse salto é a passagem “sem sair do lugar” do ente ao ser, é uma possibilidade livre do pensamento; ele revela “onde se situa a verdadeira região onde reside a essência da liberdade”.⁵⁷³

No escrito *A experiência do Pensar*, Heidegger fala que o “obscurecimento do mundo não atinge nunca a luz do Ser”;⁵⁷⁴ para pensar, é preciso ter a coragem que germina da exigência do ser, na magnificência do simples. É isso que ele expressa com a afirmação: “Toda coragem do coração é a ressonância ao apelo do Ser, que reúne nosso pensar no jogo do mundo”.⁵⁷⁵ Como ser-no-mundo o *Dasein*, que permite o pensar, tem consciência de que o ato de pensar, muitas vezes, é uma ação solitária, lenta, e que exige paciência e o abandono da compreensão por argumentos lógicos e racionais. Está claro para o filósofo que o pensar também pode ser uma rica meditação em comum onde, pela experiência e convivência, surgem companheiros no ofício do pensar. Isso ele mostra ao dizer que “nós nunca chegamos aos pensamentos. Eles vêm até nós” e esta é a “hora conveniente para a conversação”, pois dispõe para a “meditação em comum. Esta nem considera o contraditório, nem tolera o concordar condescendente. O pensar permanece firme ao vento da coisa”.⁵⁷⁶ Pensar o não-pensado traz riscos e perigos, mas esses riscos e perigos, por sua vez, são os que iluminam o encontro com a essência do ser. O filósofo usa a metáfora do relampejar para mostrar como o relâmpago ilumina e instiga a ver e a olhar. Nesse olhar, o ser encontra sua própria luminosidade, e aí se dá o acontecer no ser mesmo, pois no pensar se realiza a relação do ser com a essência do homem. É a partir da experiência do Ser e do pensar, utilizando exemplos da natureza, que Heidegger convida a indagar sobre a marcha do pensamento, num texto-poema em que afirma ser o homem poema começado do Ser.

⁵⁷¹ STEIN, Ernildo. **Pensar é...** *Op. cit.*, p. 34.

⁵⁷² STEIN, Ernildo. **Exercícios...** *Op. cit.*, p. 99.

⁵⁷³ HAAR, Michel. **Heidegger...** *Op. cit.*, p. 101.

⁵⁷⁴ HEIDEGGER, Martin. **Da experiência do Pensar**. Traduzido por Maria do Carmo Tavares de Miranda. Porto Alegre: Globo, 1969, p. 31.

⁵⁷⁵ Idem, p. 41.

⁵⁷⁶ Ibidem, p. 35.

É extremamente rica a maneira como Heidegger traduz, via poema, a condição do pensar do ser, em resposta ao apelo do ser. A explicitação desta condição do pensar do ser Heidegger a vê no “homem que escuta, que pode ouvir o alento do caminho do campo e que se ordena segundo a voz do caminho”.⁵⁷⁷ Ele utiliza exemplos da natureza e relaciona os fenômenos de um mundo carregado de sentido para o homem, como o brilho dos raios de sol, a tormenta, a chuva etc. para instigar a experienciar o pensar. O ato de meditar sobre um universo cheio de coisas a perceber leva a pensar o ser em seu sentido, e este pensar tem a possibilidade de tocar o íntimo do ser. Portanto, é do cotidiano e não dos conceitos que Heidegger propõe a experiência do pensar. Há partes belíssimas do poema, que devem ser trazidas ao texto para mostrar o modo peculiar de Heidegger ao referir *O que significa Pensar?* como:

Caminho e balança, Ponte e palavra, encontram-se em uma passagem.
Vai e toma sobre ti, Erro e pergunta ao longo de tua única senda.
Quando o catavento canta diante da janela da cabana numa tempestade
que se levanta...
Houvesse no pensar já antagonistas e não simples adversários, então a
coisa do pensar seria mais favorável.⁵⁷⁸

Heidegger quer que se observe nesses versos a maneira como o cotidiano da natureza, o admirar da simplicidade da vida abre uma clareira no pensar. Ao permitir ir além-de-si-mesmo, a natureza é pródiga em exemplos que tornam a tarefa do pensamento acessível a todos os que querem empreender essa jornada. Um dos motivos de Heidegger utilizar símbolos da natureza para ressignificar o pensar consiste no que ele chama de necessidade da superação da metafísica, ou seja,

[...] a necessidade do pensar radical no destino do Ser, que é a compreensão do Ser como tempo e história, como aparecimento, e isto constitui o experimentar o Ser como fundamento, o Ser como temporalidade do tempo, historicidade da história, des-ocultação do oculto, como conhecimento da experiência da verdade do ser.⁵⁷⁹

Pode-se dizer, com Haar, que o homem que pensa “não manipula as palavras como instrumento de uma mensagem a comunicar, mas ‘habita’ sempre já a língua:

⁵⁷⁷ MIRANDA, Maria do Carmo Tavares de. Introdução à obra: HEIDEGGER, Martin. **Da experiência...** *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. **Da experiência...** *Op. cit.*, p. 29 e ss.

⁵⁷⁹ MIRANDA, Maria do Carmo Tavares de. Introdução... *Op. cit.*, p. 18.

‘casa do ser e abrigo da essência do homem’”.⁵⁸⁰ Nessas palavras observa-se que o pensar, para Heidegger, está atento à clareira⁵⁸¹ do ser quando insere seu dizer do ser na linguagem, enquanto habitação da *ec-sistência*. É por isso que o pensar é um agir, mas, para Heidegger, é um agir “que, ao mesmo tempo, supera toda *práxis*. O pensar perpassa o operar e produzir, não pela grandeza de seus resultados nem pelas conseqüências de sua atuação, mas através do mínimo de seu consumir destituído de sucesso”.⁵⁸² Heidegger não se deteve apenas a analisar a importância da linguagem como o lugar da habitação do ser, mas esforçou-se por compreender sua inter-relação com o pensar e por fundamentar a expressão “o pensar traz à linguagem a palavra pronunciada do ser”. Sua disposição em fundamentar a expressão “trazer a linguagem” é para que se possa compreender que “o ser chega, iluminando-se, à linguagem. Ele está constantemente a caminho para ela. Isto que está constantemente em advento o pensar *ec-sistente*, por sua vez, traz, em seu dizer, à linguagem. Esta é assim elevada para a clareira do ser”.⁵⁸³

É o que denuncia tanto sua pormenorizada análise na questão da linguagem⁵⁸⁴ como a morada do ser como, sobretudo, também a discussão sobre o fato de o ser não

⁵⁸⁰ HAAR, Michel. **Heidegger...** *Op. cit.*, p. 142 e ss.

⁵⁸¹ O substantivo “clareira” vem do verbo “clarear”. “O adjetivo ‘claro’ (*licht*) é a mesma palavra que ‘leicht’. Clarear algo quer dizer: tornar algo leve, tornar algo livre e aberto”. Heidegger traz como exemplo a floresta, que em determinado lugar está livre de árvores. Essa dimensão livre que surge na floresta é a clareira. Para justificar sua opção por utilizar o termo “clareira”, Heidegger mostra que “nunca, porém, a luz cria a clareira; aquela, a luz, pressupõe esta, a clareira. A clareira, no entanto, o aberto, não está apenas livre para a claridade e a sombra, mas também para a voz que reboia e para o eco que se perde, para tudo que soa e ressoa e morre na distância. A clareira é o aberto para tudo que se apresenta e ausenta”. HEIDEGGER, Martin. **O fim da...** *Op. cit.*, p. 30 e ss.

⁵⁸² HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 173.

⁵⁸³ Idem, p. 174.

⁵⁸⁴ A importância da linguagem em Heidegger pode ser vista em uma de suas máximas, publicada na Carta sobre o “Humanismo”: a linguagem é a casa da verdade do ser, e em sua morada o homem habita, pois, nela morando, o homem “*ec-siste* enquanto pertence à verdade do ser, protegendo-a”. Heidegger utiliza a expressão “trazer à linguagem” para mostrar que o “ser chega, iluminando-se, à linguagem. Ele está constantemente a caminho para ela. Isto que está constantemente em advento o pensar *ec-sistente*, por sua vez, traz, em seu dizer, à linguagem. Esta é assim elevada para a clareira do ser. [...] Portanto, enquanto a linguagem levada plenamente à sua essência é *historial*, o ser é guardado na lembrança”. HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 174. Para Heidegger, somente se pode falar da linguagem a partir dela e não sobre ela, ou seja, para Heidegger falar sobre a linguagem transforma-a, quase inevitavelmente, em um objeto. Acredita-se importante trazer ao texto a contribuição de Kusch quando analisa a “linguagem” em Heidegger. Para o autor, o que a “metáfora da morada sugere é a visão de Heidegger de que a linguagem é o local, o meio para o acontecimento revelador da verdade, a clareira do ser. Uma compreensão do ser está ligada a uma linguagem histórica específica (ou grupo de linguagens). A maneira pela qual o Ser revela os entes, a maneira pela qual o Ser como clareira torna os entes acessíveis a nós é a condição transcendental da possibilidade desta linguagem”. “[...] O pronunciamento de Heidegger de que a linguagem é a morada do Ser expressa claramente sua crença na universalidade da linguagem e na inacessibilidade da semântica. O Ser é a condição transcendental da possibilidade do descobrimento dos entes na e pela linguagem”. KUSCH, Martin. **Linguagem como cálculo...** *Op. cit.*, p. 228 e ss.

saber pensar, que Heidegger encerra com a afirmação: “O pensar está na descida para a pobreza de sua essência precursora. O pensar recolhe a linguagem para junto do simples dizer. A linguagem é assim a linguagem do ser, como as nuvens são as nuvens do céu. Com seu dizer, o pensar abre sulcos invisíveis na linguagem. Eles são mais invisíveis que os sulcos que o camponês, a passo lento, traça pelo campo”.⁵⁸⁵

Ao analisar o pensamento de Heidegger e sua importância na filosofia atual, Miranda fala que Heidegger é o homem do Pensar que medita, “um Pensar que pensa o pensado e o não-pensado ainda, e busca sempre pensar o Ser mesmo em sua origem”.⁵⁸⁶ As análises até agora desenvolvidas mostram que Heidegger quer dizer que o pensar que pensa, “penetrando na verdade do ser, é, enquanto pensar, historial”.⁵⁸⁷ Nessa reflexão, o filósofo mostra que não há um pensar “sistemático” e uma história das opiniões passadas. O que existe para Heidegger é a “história do ser à qual o pensar, como memória desta história, pertence, acontecendo através da posterior recordação da história, no sentido de que teve lugar no passado”.⁵⁸⁸

Ao analisar o caminho do pensar de Heidegger, Pöggeler afirma que ele protesta expressamente contra a idéia de que o pensar signifique a “arrogante pretensão de querer saber a solução do enigma e de apontar para a salvação”.⁵⁸⁹ Em vários momentos de sua vida, Heidegger reitera que está sempre a caminho, como um caminhante; ele ensina que “quem pensa profundamente deve profundamente errar”.⁵⁹⁰

3.1.4 A angústia como um acontecer no ser-aí

A escolha de Heidegger como um dos autores que ilumina a presente pesquisa justifica-se exatamente porque se pode transpor ao ensino jurídico sua pergunta-guia: *Que significa pensar?* É uma questão que angustia, pois, ao longo da história, o pensar no ensino jurídico é um pensar lógico, positivista, racional e argumentativo. Esse pensar não responde mais às necessidades da sociedade contemporânea. Perdeu-se a capacidade

⁵⁸⁵ HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 175.

⁵⁸⁶ MIRANDA, Maria do Carmo Tavares de. Introdução... *Op. cit.*, p. 6.

⁵⁸⁷ HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 160.

⁵⁸⁸ Idem, *Ibidem*.

⁵⁸⁹ PÖGgeler, Otto. *El camino...* *Op. cit.*, p. 18.

⁵⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. *Da experiência...* *Op. cit.*, p. 41.

de “descortinar horizontes”, de se colocar como ser-no-mundo, diante de si próprio a partir do próprio ser, e diante do mundo como um ser-com. Com o passar dos anos, tanto o acadêmico como o professor de Direito perderam a capacidade de provocar rupturas e de deixar a angústia aflorar, essa angústia que vem do próprio ser e que se manifesta em sua diferença com o ente. Por isso, é importante ver como Heidegger trata este tema, pois é pela angústia que o ser tem a possibilidade de romper com a estrutura que esqueceu o ser a favor dos entes. Ele convoca para a responsabilidade e diz que é preciso fugir de si mesmo, pois “justamente daquilo de que se foge que a pre-sença corre ‘atrás’”.⁵⁹¹ A angústia pode ser este espaço privilegiado que instiga silenciosamente para uma tarefa: ter que pensar.

Heidegger diz que a angústia como abertura é uma possibilidade privilegiada do *Dasein*, pois é pela angústia que o *Dasein* deverá “descortinar o horizonte ôntico e explicar a própria pre-sença como ente. Todo descortinar somente é possível dentro da abertura constitutiva da presença. E esta se baseia na disposição da compreensão”.⁵⁹² Por que é importante, nesta pesquisa, analisar o modo como Heidegger vê a angústia como disposição privilegiada? Buscou-se a resposta nas próprias palavras de Heidegger, quando diz que, “em razão de seu caráter de abertura, o desvio ôntico-existenciário propicia fenomenalmente a possibilidade de se aprender aquilo de que se foge como tal, de forma ontológico-existencial”.⁵⁹³

Essa passagem de Heidegger mostra que a angústia tem um sentido positivo. Ela é “uma fonte de autenticidade, porque coloca o *Dasein* perante sua possibilidade mais própria”.⁵⁹⁴ O filósofo não a confunde com conceitos psicanalíticos como medo, ansiedade, depressão, melancolia, distúrbios obsessivos, distúrbios de comportamento etc. Para o filósofo, a angústia “mais verdadeira, a que abre mais amplamente o *Dasein* ao seu poder-ser, seria necessariamente fecunda”.⁵⁹⁵ Ele introduz o tema da angústia radicalmente diferente: no movimento ôntico de “para fora de”, que é inerente ao

⁵⁹¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e...* *Op. cit.*, p. 248.

⁵⁹² Idem, p. 247.

⁵⁹³ Ibidem, p. 248.

⁵⁹⁴ HAAR, Michel. *Heidegger...* *Op. cit.*, p. 80.

⁵⁹⁵ Idem, Ibidem.

desvio, “pode-se compreender e conceituar aquilo de que se foge, ‘aviando-se’ para uma interpretação fenomenológica”.⁵⁹⁶

O “quê” da angústia tem um caráter de indeterminação, significando que não é possível nomear a causa, ou seja, é difícil precisar que a angústia se dá diante disso ou daquilo, ou por isso e por aquilo. Não. A angústia a que Heidegger reporta está na essencial impossibilidade de determinação. Sente-se-a como algo estranho, e isso afeta totalmente, de maneira positiva. Geralmente ela surge quando o ser se afunda na indiferença, quando se afasta do ente em sua totalidade. Nessa fuga do ente, sente-se profundamente a angústia que oprime. Fica-se sem chão e sem apoio; “só resta e nos sobrevém – na fuga do ente – este ‘nenhum’. A angústia manifesta o nada”⁵⁹⁷. É a razão para o filósofo atribuir à angústia “uma lucidez, uma capacidade de revelação superior, um poder libertador”.⁵⁹⁸ Ele trabalha com o tema da angústia tendo como objetivo “salvar uma dimensão do pensamento que não permaneça na simples objetificação”.⁵⁹⁹ Ainda, nas palavras de Haar, “o sentido da angústia é o de operar instantaneamente a separação (*Abschied*) do ente, tão difícil para o pensamento”.⁶⁰⁰ A coragem de deixar aflorar a angústia possibilita a experiência do pensamento, que ouve a voz do ser e não mais calcula, mas, sim, permite que o homem “assuma, na referência ao ser, a guarda do ser”.⁶⁰¹

Heidegger toma como ponto de partida para falar da angústia a manifestação do nada.⁶⁰² Para o filósofo, “estamos suspensos” na angústia. Por que a angústia suspende o

⁵⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e...** *Op. cit.*, p. 248.

⁵⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. Que é Metafísica? In: _____. **Conferências...** *Op. cit.*, p. 39.

⁵⁹⁸ HAAR, Michel. **Heidegger...** *Op. cit.*, p. 80.

⁵⁹⁹ STEIN, Ernildo. **Pensar é...** *Op. cit.*, p. 57.

⁶⁰⁰ HAAR, Michel. **Heidegger...** *Op. cit.*, p. 86 e ss.

⁶⁰¹ HEIDEGGER, Martin. Posfácio. In: _____. **Conferências...** *Op. cit.*, p. 50.

⁶⁰² Heidegger trabalha com o tema “nada” a partir da verificação de que na investigação científica a preocupação é apenas com o ente, e além disso – “nada”. Ele mesmo se questiona: “Por que nos preocupamos com o nada? O nada é justamente rejeitado pela ciência e abandonado como o elemento nadificante”. E faz outra pergunta: “Ao abandonarmos o nada, não o admitimos precisamente então?” Conclama que a ciência nada quer saber do “nada”. Em sua reflexão, percebe que nos encontramos num paradoxo e que precisamos abandonar o império do pensar lógico para avançar na reflexão sobre o nada. Ele afirma que “o nada é mais originário que o “não” e a negação”. Questiona novamente: “Onde encontramos o nada?” Com essas indagações, Heidegger quer mostrar que conhecemos o nada e legítima sua afirmação sobre a possibilidade de o ser humano poder passar por uma experiência fundamental do nada, quando pelo “profundo tédio, que como névoa silenciosa desliza para cá e para lá nos abismos da existência, nivela todas as coisas, os homens e a gente mesmo com elas, numa estranha indiferença. Este tédio manifesta o ente em sua totalidade”. E aí advém a angústia profunda que manifesta o nada, pois ao fugir do ente em sua totalidade o ser rompe, ao se dar conta do

homem? Heidegger dirá: “Porque ela põe em fuga o ente em sua totalidade”.⁶⁰³ É aí que surgem as perturbações resultantes ‘do fato de nós próprios – os homens que somos – refugiarmo-nos no seio dos entes. E por isso, em última análise, não sou ‘eu’ ou não és ‘tu’ que te sentes estranho, mas a gente se sente assim. Somente continua presente o puro *ser-aí* no estremecimento deste estar suspenso onde nada há em que apoiar-se”.⁶⁰⁴ Essa sensação de dilaceramento perpassa o *ser-aí* e somente a angústia originária⁶⁰⁵ é que pode desvelá-la e ser guia à voz do ser, porque “apela ao homem em sua essência para que aprenda a experimentar o ser no nada”.⁶⁰⁶

A experiência do nada tem um papel fundamental na compreensão da ciência. Por isso, Heidegger lhe dá relevância ao expressar que “somente porque o nada se revelou pode a ciência transformar o próprio ente em objeto de pesquisa”.⁶⁰⁷ Diante da manifestação do nada nas raízes do *ser-aí*, é possível a tarefa de perceber a estranheza do ente e a constante fuga de si mesmo. Neste momento, surge um estranhamento do qual dificilmente se consegue fugir. A pergunta possível em favor do ser se dá quando se permite que a angústia se estabeleça e o nada se revele. Somente porque “podemos perguntar e fundamentar, foi entregue à nossa existência o destino do pesquisador”.⁶⁰⁸

Essa possibilidade de questionar pode remeter a um perigo que conduz à angústia, mas, na consideração de Stein, é um perigo “que permite recorrer ao poeta: ‘Onde está o perigo, nasce também a salvação’ (Hölderlin)”.⁶⁰⁹ A salvação pode estar no fato de, ao escutar a angústia que profundamente se dá, se ter a possibilidade de sair do

sentimento da estranheza gerado pela angústia, com um vazio silencioso que é o testemunho do nada. O nada “é a possibilidade de revelação do ente enquanto tal para o *ser-aí* humano”. HEIDEGGER, Martin. *Que é Metafísica?* *Op. cit.*, p. 35 e ss.

⁶⁰³ Idem, p. 39.

⁶⁰⁴ Idem, *Ibidem*.

⁶⁰⁵ A angústia originária é um evento do próprio ser; é a sua possibilidade mais própria. É a angústia essencial que se dá quanto ao ser. Haahr dedica todo um capítulo para falar da “angústia originária”. Gostaria de trazer ao texto elementos que poderão clarificar o que se entende por angústia originária: “A angústia originária apenas revela a possibilitação pelo nada como vindo do ser”. Ela aparece como “o ponto de condensação e o ponto de revelação de todas as condutas ‘nadicantes’”. Com efeito, a angústia é como o *akmé*, a plenitude, da auto-revelação do nada, que se manifesta no homem através de diversas formas do ser pensamento e da sua ação: ‘a simples justeza da negação pensante’, a ‘dureza do ato de se opor’, a acuidade da repulsa’, mas também ‘a dor da renúncia’, a ‘severidade da interdição’, ‘a amargura da privação’”. HAAR, Michel. *Hiedegger... Op. cit.*, p. 84.

⁶⁰⁶ HEIDEGGER, Martin. Posfácio. In: *Conferências... Op. cit.*, p. 49.

⁶⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. *Que é Metafísica?* *Op. cit.*, p. 43.

⁶⁰⁸ Idem, p. 44.

⁶⁰⁹ STEIN, Martin. *Diferença e... Op. cit.*, p. 222.

impessoal, da mesmice, e desafiar o que já está aí posto e definido. Haar diz que “ninguém pode criar sem ter encontrado o nada”.⁶¹⁰ O encontro com o nada pode ser o elo que liberta a capacidade criadora do homem, que está aí adormecida, numa aventura para além do pensamento que calcula. É necessário deixar um espaço, neste mundo dominado pela razão técnica-instrumental, para que a angústia represente uma maravilhosa experiência do ser e para que não seja necessário se deparar com a pior das angústias, que é a angústia pela falta de angústia.

3.2 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER

Gadamer elaborou sua teoria amparado no solo fenomenológico; utilizou, no entanto, uma definição algo mais alargada da hermenêutica que Heidegger empregou, porém não a adotando “no sentido de uma doutrina de método, mas como uma teoria da experiência real, que é o pensamento”.⁶¹¹ Como exemplo, Gadamer cita as análises por ele realizadas sobre o jogo e sobre a linguagem, que são pensadas de forma puramente fenomenológica. Tem a ver com a experiência do sujeito, ou seja, “o jogo não surge na consciência do jogador, e enquanto tal é mais do que um comportamento subjetivo. A linguagem não surge na consciência daquele que fala, e enquanto tal é mais do que um comportamento subjetivo”.⁶¹²

Gadamer legitima sua teoria ao mergulhar no fenômeno da compreensão, fazendo dela o objeto de sua reflexão e mostrando, sobretudo, o quanto de acontecimento se dá em toda compreensão. Dessa forma, a hermenêutica que Gadamer se propõe a desenvolver não é “uma doutrina de métodos das ciências do espírito, mas a tentativa de um acordo sobre o que são, na verdade, as ciências do espírito, para além de sua autoconsciência metodológica, e o que as vincula ao conjunto de nossas experiências de mundo”.⁶¹³

⁶¹⁰ HAAR, Michel. **Heidegger...** *Op. cit.*, p. 85.

⁶¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 25.

⁶¹² Idem, *Ibidem*.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 34.

3.2.1 O jogo como ponto de partida para a experiência hermenêutica

Gadamer inicia seu projeto filosófico fazendo uma reflexão e crítica profunda à consciência estética, objetivando trazer a experiência da verdade, que é proporcionada pela obra de arte, contra a teoria estética, que está limitada pelo conceito de verdade da ciência moderna. O que caracteriza essa orientação é que, a partir da experiência da arte e da tradição histórica, é possível desvelar o fenômeno hermenêutico em toda a sua magnitude, pois o que importa para Gadamer é “reconhecer nele uma experiência da verdade, que não terá de ser apenas justificada filosoficamente, mas que é, ela mesma, uma forma de filosofar”. Ele parte de temas como a imaginação, a memória e o tato para construir sua concepção de compreensão nas ciências do espírito a partir das investigações do grande pesquisador da natureza, Hermann Von Helmboltz.

A grande inspiração gadameriana para iniciar sua obra foi a experiência com a arte. Unindo rigor teórico, relevância no processo de compreensão, deu um novo sentido à concepção das ciências do espírito. Neste sentido, Grondin enfatiza que, já nas primeiras páginas de sua obra, Gadamer reconhece que

[...] efetivamente, há algo de tato, de gosto, de formação cultural no modo de conhecer as ciências humanas, que não são métodos. Assim, Gadamer começava o seu livro com conceitos tão estranhos como o tato, de sentido comum, de formação cultural, de faculdade de juízo, para recordar que antigamente lhes havia correspondido uma competência de conhecimento que se havia perdido ou tornado irreconhecível ante a marcha triunfal das ciências modernas. A tradição que Gadamer recordava era do humanismo, porque se ocupava precisamente do saber humanamente possível.⁶¹⁴

Partindo-se dessa reflexão, está bastante claro o porquê da opção de Gadamer em propor como ponto de partida de sua teoria a experiência da arte.⁶¹⁵ O autor sustenta

⁶¹⁴ GRONDIN, Jean. **Hans-Georg Gadamer**: uma biografia. Traduzido por Ângela Ackermann Pilário, Roberto Berner e Eva Martín-Mora. Barcelona: Herder, 1999, p. 377.

⁶¹⁵ Sobre este ponto, Vattimo coloca que o objetivo de Gadamer é recuperar a “arte como experiência de verdade, contra a mentalidade cientifista moderna, que limitou a verdade ao campo das ciências matemáticas da natureza, relegando todas as outras experiências, mais ou menos explicitamente, ao domínio da poesia, da pontualidade estética, do *Erlebnis*. Para levar a cabo essa recuperação, é necessário substituir a noção de verdade como conformidade da proposição à coisa por uma noção mais abrangente, que se funda no conceito de *Ergahrung*, de experiência como modificação que o sujeito sofre quando encontra algo que tem de fato relevância para si. Pode-se dizer que a arte é experiência de verdade, é experiência autêntica, isto é, se o encontro com a obra modifica realmente o observador. Essa noção de experiência, como se compreende, é de origem hegeliana; seu modelo é o itinerário da Fenomenologia do Espírito”. VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 122.

que a experiência com uma obra de arte pode transformar quem a está apreciando, pois ela não é, de maneira alguma, uma experiência subjetiva. O que se experimenta é o que ela tem a dizer, pois quem se permite uma vivência, ao apreciar uma obra de arte, fica com uma posse que é duradoura. Aí se dá o relacionamento do ser com a vida e com a realidade histórica do homem. Gadamer referencia que se precisa aprender que:

O jogador de um jogo de arte não é nenhum mundo substituto ou de encenação em que nos esquecemos de nós mesmos. O jogo da arte é mais bem um espelho que, através dos milênios, volta a surgir sempre de novo perante nós, e no qual nos avistamos a nós mesmos, muitas vezes de um modo bastante inesperado, muitas vezes de um modo bastante estranho: como somos, como poderíamos ser, o que passa conosco. Não é, sempre, então, uma falsa aparência separar jogo e seriedade, consentir o jogo só em âmbitos limitados, em zonas à margem de nossa seriedade, no tempo livre que, como um vestígio, testifica nossa liberdade perdida? Em verdade, jogo e seriedade, o movimento vital de excesso e exaltação e a força tensa de nossa energia vital estão entretidos no mais profundo. Cada um repercute no outro. Os mais profundos conhecedores da natureza humana não têm ignorado que a capacidade de jogar é um exercício da mais alta seriedade. Assim, em Nietzsche lemos: ‘O amadurecimento do homem significa ter reencontrado a seriedade que se tinha quando criança em um jogo’. Porém Nietzsche também sabia o contrário, e festejava na leveza divina do jogo o poder criador da vida e da arte.⁶¹⁶

Ao utilizar o exemplo privilegiado da obra de arte para demonstrar o processo de compreensão hermenêutico, Gadamer quer, antes de tudo, mostrar que só quando se reconhece o que está representado é que se tem condições de “ler” uma obra de arte, só então que ela é no fundo uma obra de arte.⁶¹⁷ A compreensão se dá no próprio encontro com a obra de arte; somente ali se entende a obra e ela se torna clara. Ela é significativa, pois se permite o acontecer da experiência. Gadamer vê nisso uma conseqüência hermenêutica de longo alcance: “*Todo encontro com a linguagem da arte é um encontro com um acontecimento não acabado e, ela mesma, uma parte desse acontecimento*”.⁶¹⁸ O que ocorre é que o ser se abre para algo até então oculto, ou seja, “a uma experiência que supera o pensamento baseado na subjetividade”.⁶¹⁹

⁶¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Estética y Hermenéutica**. Traduzido por Antonio Gómez Ramos. Madrid: Tecnos, 1996, p. 136.

⁶¹⁷ Exemplifica com o exemplo da estética do gênio. O gênio, para Gadamer, “prestou um trabalho prévio importante, na medida em que dele se segue que a experiência da obra de arte sempre ultrapassa, de modo fundamental, todo horizonte subjetivo da interpretação, tanto o do artista como daquele que recebe a obra”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 18.

⁶¹⁸ Idem, p. 171.

⁶¹⁹ Ibidem, p.172.

D'Agostini acentua a dimensão da experiência ontológica,⁶²⁰ refletindo que

A verdadeira essência da obra é de fato *transformar* quem a encontra: a verdade que encontramos na arte nos transforma, é uma verdade que não tem nada a ver com a verdade científica, prefigurada e pré-descrita pela metodologia. Além disso, é preciso dizer que nós participamos da constituição da obra, porque a arte não é tal senão e enquanto existem apreciadores que a fazem existir: um livro é mudo até que um leitor o faça 'falar'; e somente na *execução*, no evento da leitura, da interpretação (pensamos na música, além da leitura) dá-se a verdade da obra.⁶²¹

O que D'Agostini referencia é que, no encontro com a obra de arte, o ser experiencia alguns fenômenos que são totalmente estranhos à consciência científica. Por isso a afirmação de Gadamer de que a obra de arte não é um objeto que se contrapõe a um sujeito. D'Agostini complementa que no “encontro com a obra de arte nós somos seduzidos, tomados e despojados, somos envolvidos num ‘jogo’ que nos supera e que dispõe de nós”.⁶²²

Gadamer dedicou a primeira parte de sua obra *Verdade e Método* para desvelar esse fenômeno. Como fio condutor da explicação ontológica, utilizou o conceito de arte como jogo, assumindo-o como ponto de partida para criar sua teoria da compreensão e romper com o modelo da filosofia tradicional. O primeiro passo de Gadamer foi libertar o conceito tradicional de jogo de seu significado subjetivo, sustentado por Kant e Schiller.⁶²³ Ao utilizar o exemplo privilegiado do jogo em correlação com a experiência

⁶²⁰ Importante também registrar a concepção de Rohden sobre a experiência hermenêutica ontológica. Reffete que “a mudança de atitude por parte do sujeito é mais radical e fundamental que o fato de mudar de conceito ou de opinião, por isso denominamos tal experiência hermenêutica de ontológica”. Neste sentido, Rohden acentua que ela “se constitui mais como um princípio filosófico, impulso e base do filosofar, que como um conceito”. Na experiência ontológica, diz Rohden, “aprendemos o ser como fundamento (*logos*) do ente (*on*), e na metafísica, ‘o ente concreto é experienciado na sua conexão com todo ente num horizonte ilimitado. Neste com-experimentado, tem uma posição única o ser subsistente e necessário’. Na experiência ontológica, o ‘pensar e o pensado, sujeito e objeto são uma unidade. Se é seu *pensa*, e se *pensa* seu *ser*’. Desse modo, o movimento do saber não esgota a dinâmica do ser num conceito ou num sistema”. ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 79.

⁶²¹ D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e...** *Op. cit.*, p. 413.

⁶²² Idem, *Ibidem*.

⁶²³ Gadamer dedica grande parte de suas reflexões à busca da liberação da questão da verdade desde a experiência da arte, trazendo ao texto a doutrina kantiana do gosto e do gênio. Reconhece que Kant também representou a ruptura de uma tradição, mas, ao mesmo tempo, o preâmbulo de um novo desenvolvimento. Em relação a isso, faz severas críticas à Kant, salientando que ele limitou o conceito do gosto no campo em que podia reivindicar, “como um princípio próprio do juízo, validade autônoma e independente – e, no lado oposto, restringiu com isso o conceito do conhecimento à utilização teórica e prática da razão. A intenção transcendental, que o guiava, encontrou sua realização no restrito fenômeno do julgamento sobre o belo (e o sublime) e desterrou do centro da filosofia o

frente à arte, constrói seu conceito de jogo salientando inicialmente que “não significa aqui o comportamento, ou muito menos o estado de ânimo daquele que cria ou daquele que usufrui e, sobretudo, não significa a liberdade de uma subjetividade que atua no jogo, mas o próprio modo de ser da obra de arte”.⁶²⁴ A partir dessa perspectiva, pode-se perceber que Gadamer abre um espaço para uma aproximação com o movimento circular da compreensão, ao buscar no jogo uma perspectiva ontológica, perguntando pelo modo de ser do jogo como tal.

Rohden,⁶²⁵ ao optar por desenvolver um trabalho profundo e desafiador sobre a hermenêutica filosófica, dá primazia à virada ontológica realizada por Gadamer como contraponto à cientificidade objetificadora das ciências modernas, alicerçando sua tese no jogo e no círculo como modelos estruturais da hermenêutica filosófica. O autor justifica sua opção salientando que neles encontra uma lógica em aberto, porque “são modelos, indicadores e não padrões rígidos e absolutos a serem aplicados ao conhecimento. Neste sentido, são princípios metodológicos abertos, que não conduzem a uma síntese única e absoluta, mas possibilitam diferentes conclusões”.⁶²⁶ Utiliza o jogo como um caminho, salientando que “o jogo humano se constitui em um itinerário explicativo do saber, o fio condutor da explicação ontológica de *VMI*; constitui um modelo estrutural que possibilita e explicita filosofarmos”.⁶²⁷

Quem entra no jogo tem consciência de que é somente um jogo, mas desde o início deve ter presente que o entrar no jogo exige uma atuação séria, devendo saber que deve estar pré-disposto a correr riscos. O jogador só adquire essa relação com a seriedade do jogo no momento em que entra no jogo, ou seja, no momento em que permite que seja verdadeiramente um jogo. Para quem não leva o jogo a sério, Gadamer diz que ele é um desmancha-prazeres. Daqui provém que o modo de ser do jogo “não

conceito mais universal da experiência do gosto e a atividade do juízo estético no âmbito do direito e dos costumes”. Salienta que é “evidente que Kant não ignora que o gosto é determinante para a moral, como ‘moralidade na manifestação externa’ (cf. *Anthropologie*, § 69). Não obstante, o exclui da determinação radical pura da vontade”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 90 e ss.

⁶²⁴ Idem, p. 174.

⁶²⁵ Luiz Rohden teve o privilégio de conviver com Gadamer. Ele é, sem dúvida, considerado o filósofo brasileiro que mais escreveu obras e artigos relativos à hermenêutica filosófica gadameriana, orientando mestrandos, abrindo um acesso à hermenêutica filosófica e ao espírito que levou Gadamer a introduzir um novo paradigma.

⁶²⁶ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica.** *Op. cit.*, p. 112.

⁶²⁷ Idem, p. 117.

permite que quem joga se comporte em relação ao jogo como em relação a um objeto”.⁶²⁸ Todo jogo mantém sua autonomia frente à subjetividade. Para explicar a autonomia o autor recorre à experiência com a obra de arte, salientando que a obra de arte tem “seu verdadeiro ser em se tornar uma experiência que irá transformar aquele que a experimenta. O ‘sujeito’ da experiência da arte, o que fica e persevera, não é a subjetividade de quem a experimenta, mas a própria obra de arte”.⁶²⁹

Ao utilizar o exemplo privilegiado da obra de arte, Gadamer consegue explicar o jogo como fio condutor da experiência hermenêutica. É justamente essa experiência que pode ser levada para que o modo de ser do jogo se torne significativo, pois ele também tem uma natureza própria, “independente da consciência daqueles que jogam. O jogo encontra-se também lá, sim, propriamente lá onde nenhum ser-para-si da subjetividade limita o horizonte temático e onde não existem sujeitos que se comportam ludicamente”.⁶³⁰ A experiência que se dá no jogo ultrapassa o conhecimento racional e qualquer tentativa de antecipar o sucesso ou o fracasso do jogador frente ao jogo.

Ao mesmo tempo em que fascina, também assusta, pois não há a mínima possibilidade de se poder prever o que vai ocorrer. “Precisamos aguardar seu final para saber como foi o jogo”.⁶³¹ Cada jogador tem suas expectativas, que podem ser confirmadas ou não; isso implica que não é possível antecipar o que vai ocorrer no jogo, pois seu sentido não reside na conquista de um fim. O jogador, ao experienciar um jogo, tem, sim, a liberdade de decidir por uma ou outra possibilidade, mas ela não é sem riscos. O atrativo do jogo está justamente em assumir riscos, pois “não é possível deduzir *a priori* o que acontece no desenrolar até o fim dele. Ele não se submete a uma vontade externa nem a qualquer espécie de voluntarismo”.⁶³²

No jogo está implícito o vai-e-vem de um movimento, que não está fixado em nenhum alvo no qual termine, mas “renova-se em permanente repetição. O movimento de vaivém é obviamente tão central para a determinação da natureza do jogo que chega

⁶²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 175.

⁶²⁹ Idem, *Ibidem*.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 176.

⁶³¹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica.** *Op. cit.*, p. 123.

⁶³² Idem, p. 123 e ss.

a ser indiferente quem ou o que executa este movimento”,⁶³³ pois ocorre espontaneamente. Por isso Gadamer afirma que o sujeito do jogo não são os jogadores, mas o jogo, através dos que jogam, ganha representação; ou seja, o foco central vai se firmando em torno do “jogo”, que assume uma autoprodutividade própria, num limite de tempo e espaço. Ao refletir sobre esse aspecto, Gadamer destaca o modo de ser do jogo como muito próximo à forma pela qual a natureza se movimenta, pois a natureza também existe sem “finalidade e intenção, inclusive sem esforço, e enquanto é um jogo que sempre se renova, pode, por isso mesmo, surgir como um modelo de arte”.⁶³⁴

Gadamer denomina a mudança que ocorre quando o jogo humano forma sua real consumação em ser arte de *transformação em configuração*. Só assim o jogo alcança sua idealidade, de maneira que possa ser pensado e compreendido. Não é simplesmente transferência para um outro mundo, mas poder perceber o sentido do jogo (espetáculo) que se desenrola diante dele. A alegria ante o espetáculo que se oferece é a alegria do conhecimento, pois na representação do jogo (espetáculo) resulta o que ele é. “Nela será sacado e trazido à luz aquilo que, noutras ocasiões, sempre se encobre e se retrai. Quem quer perceber a comédia e a tragédia da vida sabe também se subtrair à sugestão das finalidades que escondem o jogo (espetáculo) que é jogado (representado) conosco”.⁶³⁵ Ao assumir essa mudança, Gadamer mostra que é possível libertar o jogador da mera atividade representativa, pois “o ser do jogo é sempre resgate, pura realização, *energia*, que traz seu *telos* em si mesmo. O mundo da obra de arte, no qual um jogo vem à fala pleno, dessa maneira, na unidade de seu decurso, é, de fato, um mundo totalmente transformador”.⁶³⁶

Gadamer traz a experiência do espectador que vai se consolidando em torno do jogo (espetáculo), desvelando o quanto de acontecimento se dá nesta relação. Os jogadores representam seus papéis diante de outros: eles os representam para o espectador. O espectador tem somente uma primazia metodológica, pois o jogo é realizado para ele. Por outro lado, ele também participa do jogo; ao mergulhar nele, torna-se visível para o espectador que o jogo “possui em si um conteúdo de sentido, que

⁶³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 177.

⁶³⁴ *Idem*, p. 179.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 190.

⁶³⁶ *Ibidem*, p. 191.

deve ser entendido e que, por isso, é separável do comportamento do jogador (ator). No fundo, aqui se anula a diferença entre jogador (ator) e espectador”.⁶³⁷ Para ambos, exige-se ter em mente o jogo mesmo, em seu conteúdo de sentido, e em ambos se dá o acontecer do ser-na-verdade, pois algo acontece com ambos. “O expectador não se comporta no distanciamento da consciência, que usufrui da arte da representação, mas sim na comunhão do tomar parte (*Dabeisein*)”.⁶³⁸

O jogo é o caminho que Rohden⁶³⁹ delineou para explicitar a estrutura da experiência hermenêutica, abrindo espaço para a aproximação de uma perspectiva para (re)significar o ensino jurídico para além da limitação metodológica do pensamento metafísico-objetificante da relação sujeito/objeto, pelas características estruturais que o jogo apresenta. Rohden desenvolveu exaustivamente a teoria do jogo a partir de Gadamer e Wittgenstein, mas não se limitou a analisar a contribuição desses dois filósofos e, sim, deu dignidade filosófica ao jogo como modelo estrutural da experiência hermenêutica. Esta é a fonte da qual se extraiu a síntese abaixo, indicando que é possível aplicar a teoria do jogo como modo de conhecer e de pensar para uma adequada formação jurídica, conforme segue:

- O jogo, como o ensino, exige predisposição de quem quer participar e se faz acontecer por si mesmo. O jogador sabe que há riscos e que não é possível prever qualquer resultado enquanto ele está se efetivando.

- No jogo ocorre um movimento de distanciamento e apropriação. Na estrutura do jogo, “o que está em jogo é a própria humanidade agindo, e não apenas abstraído ou conhecendo. O jogo como modelo estrutural da hermenêutica filosófica sustenta que só faz filosofia quem filosofa, quem se envolve no processo mesmo do filosofar, experienciando-se nesse processo, confrontando-se consigo mesmo e com a história”⁶⁴⁰.

⁶³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 189.

⁶³⁸ *Idem*, p. 216.

⁶³⁹ Ver a obra de ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. Dos muitos caminhos possíveis, Rohden optou por destacar e justificar o jogo e o círculo hermenêutico. Aprofundou a concepção de jogo, justificando sua proveniência e, principalmente, sua dignidade filosófica.

⁶⁴⁰ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 145.

- O modo de ser do jogo não permite a quem participa que se comporte em relação ao jogo como em relação a um objeto. O ensino também não pode ser realizado na perspectiva da dicotomia sujeito/objeto, ou seja, independente do aluno e independente do que a sociedade espera como formação jurídica. Todos são co-jogadores; exige-se sempre um jogar-com.

- “O jogo deve ser compreendido como um processo medial; ‘não tem seu ser na consciência ou no comportamento do jogador, mas o atrai à sua esfera e preenche-o com seu espírito. O jogador experimenta o jogo como uma realidade que o ultrapassa’”. O mundo jurídico não pode ser algo “completamente fechado” em si, mas, sim, deve estar aberto à sua historicidade e à realidade concreta. Só experimenta quem se experiencia.

- “O autêntico saber é sempre auto-implicativo, é uma experiência, mais que um ato descritivo asséptico. [...] A concepção de jogo fica em aberto, no sentido de que não trabalha nem culmina em conceitos ou sistemas definitivos e absolutos”.⁶⁴¹

- “Ele instaura um outro mundo distinto das normas científico-culturais vigentes. Não é possível definir o jogo com a razão instrumental, pois ele pertence à realidade, fugindo a ela, simultaneamente! Daí vem a tensão produtiva, metafísica, por remeter e conter uma realidade não tematizável totalmente”.⁶⁴²

- “Quando jogamos, abandonamo-nos a um universo de sentido que nos revela um novo mundo, ampliando e/ou retificando o nosso. Quem joga é transformado”.⁶⁴³

- O jogo possui uma “essência própria”, independentemente da consciência daqueles que jogam; ele existe enquanto experiência.

- “No jogo, o fundamental é a experiência que o jogador realiza, ao passo que na ciência é a validade universal que se pode alcançar por meio dela; no primeiro, trata-se de uma fundamentação ontológica, no segundo, de uma epistemológica”.⁶⁴⁴

⁶⁴¹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 143.

⁶⁴² Idem, p. 115.

⁶⁴³ Ibidem, p. 147.

⁶⁴⁴ Ibidem, p. 126.

A opção de transcrever as contribuições de Rohden, que privilegia o jogo como modelo estrutural da experiência hermenêutica, tem sua justificativa pela forma como o autor aborda esse aspecto-chave da obra de Gadamer ao buscar contribuir para um melhor esclarecimento da experiência do jogo como experiência ontológica. O estudo empreendido priorizou abrir possibilidades para compreender a dimensão que em Gadamer tem o círculo hermenêutico: os preconceitos, a tradição e a consciência da história efetual como condições preliminares do trabalho interpretativo, mas principalmente se vê neles elementos que dão sustentabilidade à compreensão das ciências do espírito, dentre as quais o Direito.

3.2.2 O círculo hermenêutico e a consciência da história efetual como elementos que dão sustentabilidade à compreensão das ciências do espírito

Ao debruçar-se sobre a problemática da compreensão, Gadamer dá uma nova configuração ao círculo hermenêutico, trazendo a lingüisticidade da compreensão como tema central de sua reflexão, uma vez que compreender é um processo lingüístico que se dá na e pela linguagem, pelo horizonte de sentido do intérprete. Não foi sua intenção desenvolver uma “doutrina da arte de compreender”, mas “procurou o comum de todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um “objeto” dado, mas frente à história efetual, e isso significa pertencer ao ser daquilo que é compreendido”,⁶⁴⁵ já que o que a interpretação oferece não é uma “verdade” última, objetiva e definitiva. O interpretar acontece a partir da “historicidade do ser e de seu caráter projetual”.⁶⁴⁶

A questão da possibilidade de compreensão remete inicialmente ao “círculo hermenêutico”.⁶⁴⁷ Nesta perspectiva, Gadamer cria-a-profunda-retoma e aplica o entendimento sobre o círculo hermenêutico, explicando essa circularidade entre o sentido interno do círculo e entre o todo e as partes, onde o acontecer se dá como experiência, salientando que aí se encontra a base de toda a compreensão. O autor, ao

⁶⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 19.

⁶⁴⁶ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica.** *Op. cit.*, p. 78

⁶⁴⁷ O círculo da compreensão procede da antiga retórica, que a hermenêutica moderna transferiu da arte de falar para a arte de compreender. A regra hermenêutica pode ser entendida assim: é preciso compreender o todo a partir do individual, e o individual a partir do todo. Há uma relação circular em ambos os casos.

associar-se a Heidegger, coloca que é a partir da análise de Heidegger que o círculo hermenêutico adquire um novo significado. A preocupação de ambos está centrada na condição de possibilidade e no acontecer do sentido. Conceberam o círculo ontologicamente. É ontológico porque o sujeito está sempre implicado no ato de conhecer e de pensar.⁶⁴⁸

Rohden retoma a concepção de Heidegger e Gadamer, na perspectiva de que:

Há uma circularidade ‘eterna’, uma inesgotabilidade de sentido, pois todo ato filosófico está determinado permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão. Nossa tarefa consiste em ‘descobrir as próprias prevenções e preconceitos e realizar a compreensão a partir da consciência histórica, de forma que detectar o historicamente diferente e a aplicação dos métodos históricos não se limitem a uma confirmação das próprias hipóteses ou antecipações’. A mera confirmação das próprias hipóteses com relação aos textos e ao outro denominamos de círculo vicioso.⁶⁴⁹

Nesta perspectiva de Rohden,⁶⁵⁰ percebe-se que o círculo hermenêutico proposto por Gadamer se dá na tarefa de concretização da consciência histórica e no resgate hermenêutico do movimento dialético que se dá entre a pré-compreensão e a compreensão. O ponto central da reflexão hermenêutica de Gadamer não se encontra em definir o que é um círculo hermenêutico, mas em explicar que “há um círculo entre quem compreende e o que é compreendido”.⁶⁵¹

Mundo, linguagem e tradição não podem ser separados da experiência hermenêutica, pois na linguagem se expressa a particularidade de uma experiência. Essa concepção exige uma posição permanentemente reflexiva e problematizadora, pois, “ao filosofar, o importante é a consciência da experiência que a consciência realiza (consigo

⁶⁴⁸ Cf. ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 164.

⁶⁴⁹ Idem, p. 166. Sobre o que se entende por “círculo vicioso”, Rohden trabalha este tema da p. 164 a 171. Para os objetivos desta tese, vale destacar um parágrafo que é uma síntese do que é um círculo vicioso: “O círculo é vicioso quando pretende provar o que pressupõe e não tematiza seus próprios pressupostos. As provas científicas, apresentando uma hipótese, pretendem provar um pressuposto não posto, que, após ser comprovado, se converte em tese, e assim se justifica como ciência. Nesse caso, toda interpretação e experiência histórica são banidas” (p. 170).

⁶⁵⁰ Rohden observa que Heidegger foi mais audacioso e radical “ao mostrar que o círculo é um modo de ser do *Dasein*” e que ele apenas se limitou a “explicitá-lo como o processo que se dá entre a tradição e sua apropriação, entre o texto e o intérprete”. (Ibidem, p. 166).

⁶⁵¹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 166.

e com os outros)”.⁶⁵² E o essencial do ser da consciência é o abrir-se para o ser-aí, para o ser-no-mundo. O círculo da compreensão constitui-se como visão de fundo para que a compreensão hermenêutica se realize. Por isso Rohden vai dizer que “o círculo hermenêutico não se restringe à estrutura da compreensão, mas se constitui como estrutura da filosofia como um todo”.⁶⁵³

Pela relevância dos elementos estruturadores que fundamentam e sustentam a perspectiva de compreensão em Gadamer, descrever-se-á como se dá o movimento circular da compreensão, iniciando com o a lingüisticidade da compreensão, a partir do exemplo da aprendizagem de línguas estrangeiras; a pré-compreensão como acesso à coisa; o primado da tradição no comportamento hermenêutico; o significado da distância temporal; os pré-juízos autênticos e inautênticos e a fusão de horizontes, finalizando com a grande síntese gadameriana: a “consciência da história efetual” como princípio da hermenêutica filosófica.

3.2.2.1 A *lingüisticidade* da experiência hermenêutica

A linguagem, como fio condutor da hermenêutica filosófica de Gadamer, recebeu influências principalmente de Husserl, Heidegger e Humboldt. Explicitamente, Gadamer denomina a linguagem como o “meio universal do entendimento”, isto é, a linguagem é o meio no qual e pelo qual se vive no mundo. Ela é o ambiente no qual (já sempre) se habitou, e a compreensão é sempre um verdadeiro acontecer. Ela é o *médium*⁶⁵⁴ da experiência hermenêutica, no sentido de “lugar, espaço, meio ambiente, circunstância, centro, modo de algo ser e efetivar-se”.⁶⁵⁵

⁶⁵² ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica metodológica e Hermenêutica filosófica*. **Filosofia UNISINOS**, São Leopoldo, Centro de Ciências Humanas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 4, n. 6, p. 127, jan./jun. 2003.

⁶⁵³ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁵⁴ Rohden faz a pergunta sobre o que significa pensar a partir do *medium* da linguagem. Responde, colocando que, “diferentemente da metafísica grega, a experiência hermenêutica se realiza no modo de ser linguagem, no acontecer dialógico entre sujeito e objeto, tradição e intérprete, onde o decisivo é que acontece algo em relação à consciência e ao objeto [...] ‘O verdadeiro acontecer só se torna possível na medida em que a palavra que chega a nós a partir da tradição, e à qual temos de ouvir, nos alcança de verdade, e o faz como se falasse a nós e se referisse a nós mesmos’”. *Ibidem*, p. 262. Em outra reflexão, salienta que “enquanto *medium* da experiência hermenêutica, ela não apenas veicula e faculta nossa capacidade de conceituar o real, mas nela mesma nós vivemos, somos, nos espelhamos, nos projetamos e conceituamos. Por isso explicitamos a relação entre linguagem e compreensão como um modo de ser, enquanto aquela se constitui em acepção ao mundo, de nossos problemas, de nossos projetos, enfim, de nossa existência. A linguagem – enquanto experiência – constitui e é constituidora da hermenêutica filosófica, pois nela nos movemos, somos e pensamos, num processo cujo fim não

Gadamer introduz o tema da linguagem falando da “tradução de textos”⁶⁵⁶ como uma experiência hermenêutica. Compreender é um processo lingüístico, e a tradução é um exemplo de lingüisticidade. A tradução torna consciente o modo de ser linguagem. Nela se consegue um acordo, uma vez que há um diálogo entre duas línguas diferentes. Ao traduzir-se um texto, é importante, inicialmente, estar aberto a superar o abismo das línguas e, para que isso ocorra, é preciso uma intensa interação entre a ação como intérprete e com o texto. Por isso, Gadamer expressa que esse ato corresponde á reciprocidade do acordo que se dá no diálogo. A experiência da tradução é a “forma paradigmática para mostrar a vinculação indissolúvel que há entre linguagem e compreensão. [...] Nela nos damos conta da distância que há entre o ‘espírito de literalidade originária do que é dito e o de sua reprodução, distância que nunca chegamos a superar por completo’”.⁶⁵⁷

Para Gadamer, a diferença entre a linguagem de determinado texto e a linguagem de seu intérprete não é questão secundária, como também não é o abismo que separa o tradutor de seu original. Pelo contrário, para o autor, os problemas de expressões lingüísticas “já são, na realidade, problemas de compreensão. Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete”.⁶⁵⁸

Assim, “todos os fenômenos de entendimento, de compreensão e incompreensão que formam o objeto da denominada hermenêutica constituem um fenômeno de linguagem”.⁶⁵⁹ O autor exemplifica reportando que, quando se constrói uma frase, é preciso antes compreender suas distintas partes em seu significado lingüístico. Refere ainda que esse mesmo processo de construção já está regido por uma

está dado antecipadamente, mas ‘padecido’ e construído historicamente no diálogo entre temporalidade e eternidade, entre contingência e liberdade”. ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e Linguagem*. In: _____; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLUCKINGER, Hans-Georg. **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 202.

⁶⁵⁵ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e...* *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁵⁶ Ao utilizar o exemplo privilegiado da aprendizagem de uma língua estrangeira, Gadamer tematiza que, para superar o abismo das línguas, é necessária uma intensa interação entre a ação como intérprete do texto e o que corresponde à reciprocidade do acordo no diálogo.

⁶⁵⁷ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica e...* *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e...** *Op. cit.*, p. 566 e ss.

⁶⁵⁹ Idem, p. 35.

expectativa de sentido que deriva do contexto anterior, mas que sempre há a possibilidade de rever/reajustar essa expectativa, permitindo confluir o texto na unidade de sentido de um pensamento, a partir de outra expectativa de sentido.

Entender uma língua estrangeira expressa não precisar traduzi-la para a própria língua, isto é, compreende-se uma língua quando se vive nela, quando se é capaz de pensar a partir dela. Além disso, traduzir um texto é muito mais do que revelar a intenção original de quem o escreveu. “Trata-se, antes, de reconstituí-lo, guiado pela compreensão do que se diz nele. A tradução é, pois, sempre uma interpretação, e, como tal, ela implica uma reiluminação, e o tradutor tem de assumir a responsabilidade por essa reiluminação”.⁶⁶⁰ Com muita propriedade, Rohden expressa que o círculo hermenêutico pode ser concebido como “um *enquanto*”⁶⁶¹ instaurador de sentido, pois cada revisão do projeto pode desembocar em um novo projeto de sentido, onde outros projetos em questão ‘podem contribuir conjuntamente a uma reelaboração até fixar com mais clareza a unidade de sentido’.⁶⁶²

A afirmação de Rohden está embasada na concepção de Gadamer sobre o círculo hermenêutico. Para Gadamer, na compreensão há um círculo que vai do movimento antecipatório da pré-compreensão da coisa, efetuando assim um contraste com a “coisa mesma”,⁶⁶³ sem deixar que a interpretação se contamine com os pré-juízos. Ele diz que o texto expressa a opinião de outro e que ela não tem que coincidir necessariamente com a do leitor, e que ele deve se posicionar permeável e aberto à idéia do outro ou do texto, se quer acrescentar sua própria compreensão.⁶⁶⁴ A hermenêutica

⁶⁶⁰ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**... *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁶¹ Rohden desenvolve o conceito do “enquanto hermenêutico”, indicando “movimento, inapreensibilidade, sem um ponto fixo, em que princípio e fim implicam-se e, por outro lado, apontam um algo ainda não dito a se dizer. O enquanto, o *Zwischen*, entre o dito ou o não-dito, possui tanto a conotação de tempo (dever) quanto de essência (ser), isto é, tanto de provisório quanto de intermediário, sem repouso, por um lado, e definitivo, por outro”. *Ibidem*, p. 169.

⁶⁶² *Idem*, p. 164 e ss.

⁶⁶³ Importante registrar a reflexão de Rohden sobre o *reger-se* pala coisa mesma. O autor salienta que “é a tarefa primeira, permanente e última da filosofia, necessária para percorrer ou evitar os desvios que espreitam constantemente o filósofo. Ao filosofar, temos ou elaboramos sempre um projeto, antecipando um sentido do conjunto, o que se aplica ao dialogarmos ou ao lermos um texto”. *Idem*, p. 164.

⁶⁶⁴ HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La Hermenêutica jurídica**: en torno a la Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid, Espana: Secretariado de Publicaciones, 1992, p. 62. Gadamer distingue *Sache* (coisa em questão) e linguagem das coisas (*dinge*). Sua intenção ao analisar esses dois conceitos para a filosofia foi mostrar que, em geral, “não estamos preparados para ouvir as coisas no seu ser próprio, já que estão submetidas ao cálculo do homem e ao seu domínio da natureza pela racionalidade da ciência. Num mundo que se torna cada vez mais técnico, falar de dignidade das

precisa partir do princípio de que quem pretende compreender deverá realizar um projeto. Ao realizar essa tarefa,

Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto.⁶⁶⁵

O que a Gadamer preocupa não é ensinar um novo método, mas liberar as ciências históricas dessa obsessão. Constrói, de modo progressivo, o círculo da compreensão, salientando que não é um círculo metodológico; não há um método ou procedimento para aplicá-lo. É tarefa da hermenêutica indagar como se dá a condição da compreensão. A partir desse olhar, “a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo”.⁶⁶⁶ Ela começa quando algo interpela o leitor, e compreender é sempre interpretar. Quer dizer, interpretar significa mover-se nessa circularidade entre quem compreende e o que é compreendido. O que a interpretação oferece não é uma verdade definitiva, última, objetiva e eterna, pois o compreender é condicionado pelo contexto histórico; ele é relativo e transitório. Jamais se pode ter uma compreensão exaustiva nem conhecer algo em sua totalidade. Esse espaço se dá entre o texto e aquele que compreende.

coisas torna-se algo cada vez mais incompreensível”. A expressão “a linguagem das coisas” evoca a recordação, “latente em todos nós, do ser próprio das coisas, que podem sempre ainda ser o que são”. Ele toma a si a tarefa de trazer à luz essa tensão experimentada em ambos os conceitos: “natureza da coisa” e a “linguagem da coisa”. Na obra *Verdade e Método II*, Gadamer trouxe à luz a tensão entre esses dois conceitos. Finaliza colocando: “O que parecia ser o mesmo, mostrou-se não sê-lo. É algo bem diferente experimentar um limite a partir da subjetividade do que se tem em mente da prepotência do querer, do que pensar a partir do prévio e lançar-se do ente num mundo aberto pela linguagem. Parece-me que é na linguagem das coisas, que quer ser ouvida como vem à linguagem, e não na natureza da coisa (*Sache*) que se contrapõe à opinião diferente e força o respeito, que se pode fazer a experiência – adequada à nossa finitude – daquela correspondência ensinada antigamente pela metafísica como a adequação originária de todo criado entre si e, especialmente, como adequação da alma criada com as coisas”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 94.

⁶⁶⁵ Idem, p. 75.

⁶⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 444.

Seguindo essa lógica, Gadamer eleva a princípio hermenêutico à lingüisticidade da experiência hermenêutica⁶⁶⁷ que se desenvolve à luz da linguagem pelo fato de que, no entendimento lingüístico, se torna manifesto o “mundo”.⁶⁶⁸ Encontra-se a síntese da linguagem como experiência de mundo nas duas máximas de Gadamer: “ser que pode ser compreendido é linguagem”⁶⁶⁹ e “aquele que tem linguagem *tem* mundo”. Isso remete ao reconhecimento que competentemente Gadamer dá para a linguagem como horizonte de uma ontologia hermenêutica, avançando na relação da *linguagem* e *mundo* para ganhar o horizonte adequado para a “*lingüisticidade* da experiência hermenêutica”.⁶⁷⁰ Transpondo para o Direito, Streck posiciona-se, como contraponto ao sentido comum teórico dos juristas, que existe, no devir da inserção do ser-no-mundo, “um processo de produção, circulação e consumo do discurso jurídico, em que, somente pela linguagem – vista como condição de possibilidade e não como mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto – é possível ter acesso ao mundo (do Direito e da Vida)”.⁶⁷¹

3.2.2.2 A pré-compreensão e o pré-juízo como orientação prévia de nossa capacidade de experiência

Considerar a perspectiva de aclarar a teoria de Gadamer a partir do círculo da compreensão significa refletir sobre o movimento, que é anterior à compreensão humana e que se orienta a partir de uma pré-compreensão. Esse movimento

⁶⁶⁷ Ver, neste sentido, o sentido, o alcance e a profundidade da pesquisa de Rohden que trata do acontecer da experiência como princípio da hermenêutica filosófica. Ver para tanto: ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**; Entre a linguagem... *Op. cit.*

⁶⁶⁸ Ter mundo, para Gadamer, quer dizer “comportar-se para com o mundo. Mas comportar-se para com o mundo exige, por sua vez, que nos mantenhamos tão livres, face ao que nos vem ao encontro a partir do mundo, que consigamos pô-lo ante nós tal como é. Essa capacidade é tanto ter mundo como ter linguagem”. (**Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 643). Significa que se precisa elevar-se acima do mundo circundante, com liberdade e distanciamento, cuja realização é sempre lingüística. Reflete ainda, que se deve estar atento que a “vinculação lingüística da nossa experiência do mundo não significa nenhuma perspectiva excludente; quando conseguimos superar os preconceitos e barreiras da nossa experiência anterior do mundo, introduzindo-nos em mundos lingüísticos estranhos, isso não quer dizer, de modo algum, que abandonemos ou neguemos nosso próprio mundo. Como viajantes, sempre voltamos para casa com novas experiência”. *Ibidem*, p. 650.

⁶⁶⁹ Frente à frase-chave de Gadamer “Ser que pode ser compreendido é linguagem”, Streck aponta que “é possível dizer que aquele que não tem linguagem ou as condições de fazer a nomeação de algo (*etwas*) não tem acesso a esse algo, porque não há a necessária (e condição de possibilidade para a) compreensão. Como diz Gadamer, o modo como algo se apresenta a si mesmo forma parte de seu próprio ser: o que pode compreender-se é linguagem”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica**... *Op. cit.*, p. 205.

⁶⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 643.

⁶⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica**... *Op. cit.*, p. 177.

antecipatório resulta da relação prévia com o tema mediado pela situação de ser-no-mundo. Não é um resultado do processo de compreensão, pois é anterior a ele; já está dentro do conjunto referencial do atuar, da maneira prévia de ver e de já se compreender no ser, pois já se é sempre lançado no mundo a partir da facticidade, dos pré-juízos, no acontecer da experiência hermenêutica. A pré-compreensão se orienta no fundamento que está no ser. Não se trata de um procedimento histórico ou de um procedimento psicológico-genético, mas de um primeiro acesso ao “conhecer originário”. Retorna-se sempre ao pré-compreendido para articulá-lo com o compreendido.

Conseqüência dessa reflexão é que nunca se parte do grau zero de conhecimento. Quem compreende não tem uma mente em branco, “como uma tabula rasa, e, sim, já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão, algo prévio, que vem com o ente, como curador, vigilante do ser”.⁶⁷²

Para dar sentido a esse movimento, na análise de Streck, “a pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão”. Nesta observação, Streck retoma a teoria de Heidegger, que “reconhece que a compreensão do texto está determinada permanentemente pelo movimento antecipatório da pré-compreensão”. Para ele,

O que Heidegger descreve não é senão a tarefa de concretização da consciência histórica. Trata-se de descobrir as próprias prevenções e pré-juízos e realizar a compreensão desde a consciência histórica, de forma que detectar o historicamente diferente e a aplicação dos métodos históricos não se limita a uma confirmação das próprias hipóteses ou antecipações.⁶⁷³

Está posta a exigência de que a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão, pois há sempre uma compreensão originária entre o esclarecer que compreende e o compreender. Confirma-se, por conseguinte, que a pré-compreensão é condição para partir-se de uma situação hermenêutica. E a pré-compreensão é essa primeira situação hermenêutica, que Rohden valoriza ao ressaltar que:

⁶⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica... Op. cit.*, p. 203.

⁶⁷³ Idem, p. 207.

A pré-compreensão constitui-se numa via de acesso à coisa, à totalidade, quando posta em questão. Não há uma derivação lógica da compreensão da coisa a partir da pré-compreensão, mas ela se funda no mostrar-se da coisa mesma. Decorre disso que a pré-compreensão não é a pressuposição lógica de um pensamento demonstrativo, mas, sim, condição da possibilidade da compreensão que abre e instaura o sentido.⁶⁷⁴

A constatação de Rohden não enuncia apenas como se constitui a pré-compreensão. Ele reconhece que a pré-compreensão é um ato da existência, portanto um *projeto lançado* que dá sentido ao processo de compreensão, confrontando-o com a coisa mesma. Em toda essa experiência, Gadamer alerta que não se pode partir de uma neutralidade objetivista: “Não é nem possível nem necessário nem desejável que nos coloquemos entre parênteses. A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualificá-los como tais, retire-lhes o caráter extremado”.⁶⁷⁵ É essa atitude que possibilita o aparecer das diferenças e o manifestar de sua verdade própria, pois ela coloca em contraste as idéias preconcebidas que são atribuídas antecipadamente.

A proposta apresentada por Gadamer situa-se na perspectiva de que na compreensão do ser há sempre uma compreensão anterior e originária, que é dada pela linguagem que põe a descoberto o todo do comportamento com respeito ao mundo. É na linguagem que se representa o próprio mundo, pois abrange todo o ser em si, e aquele que tem linguagem *tem* mundo. D’Agostini acentua que, na obra de Gadamer,

O ser que é tempo-linguagem não acontece diante de nós, mas é aquilo em que nós mesmos estamos colocados e nós mesmos acolhemos e transmitimos as suas vozes. Isto significa, nos termos de uma teoria da experiência, que jamais encontramos ‘as coisas’ de modo imediato, mas temos sempre um certo número de informações preliminares, preconceitos, expectativas a seu respeito, e a linguagem determina, pré-orienta o nosso juízo sobre a realidade.⁶⁷⁶

Essa passagem de D’Agostini descreve que, como ser-linguagem, o ato de compreender já está orientado por condicionamentos de tipo lingüístico-cultural. Há uma pré-compreensão das coisas que antecipa o conhecimento da realidade, pois, como *ser-no-mundo*, se adentra o sistema de opiniões pelo existir histórico. Se, de um lado,

⁶⁷⁴ ROHDEN, Luiz **Hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 171.

⁶⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg (org.); FRUCHON, Pierre. **O problema da...** *Op. cit.*, p. 63 e ss.

⁶⁷⁶ D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e...** *Op. cit.*, p. 399.

esse pré-compreender induz a discutir a idéia de um conhecimento neutro, objetivo das coisas, de outro, no entanto, ajuda a conhecer a realidade, já que predispõe o ser humano para ela. Dito de outra forma, significa que é mais fácil compreender o que já se conhece ou o que é familiar, pois se tem condições de já ter uma pré-compreensão a respeito da coisa em si. Nisso está a circularidade do compreender: “um processo necessário do já compreendido ao compreendido, e vice-versa”. Essa circularidade na perspectiva hermenêutica é considerada como uma oportunidade positiva (neste círculo, escreve Heidegger, “está toda a festa do pensamento, e a sua força”).⁶⁷⁷

Gadamer reelabora a noção de pré-compreensão em uma teoria do pré-juízo,⁶⁷⁸ que constitui a orientação prévia da experiência hermenêutica, sustentada pela realidade do ser, que se encontra sempre imerso na história, como um *ser-no-mundo*. É o pré-julgar e o pré-ver que orientam o juízo e o primeiro olhar. Demonstra-o Gadamer quando remete que o pré-juízo não é o pólo oposto a uma razão livre de pressupostos, mas um componente do compreender, ligado ao caráter historicamente finito do ser humano. A compreensão é constantemente guiada e sustentada por pré-juízos, pois eles não podem meramente ser postos de lado; devem, sim, ser sempre colocados em questão, para poder interrogá-los e iniciar um diálogo com a tradição.

Nessa perspectiva, verifica-se que quem pretende empreender uma compreensão deve ter ciência de estar exposto a erros e opiniões, conceitos e visões prévias e, fundamentalmente, deve ter presente que “a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias, com as quais ele inicia, não são arbitrarias”.⁶⁷⁹ No ensino jurídico, significa que não é recomendável permanecer apenas com as opiniões prévias do professor ou as opiniões prévias do texto ou dos juristas; não se quer o esquecimento delas, mas a disposição de permanecer aberto à pluralidade de pensamentos e opiniões sobre determinado tema, para, assim, construir o entendimento sobre os fenômenos jurídicos. E acrescentar-se-ia ainda: quem quer compreender um

⁶⁷⁷ Cfe. D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e...** *Op. cit.*, p. 400.

⁶⁷⁸ A palavra pré-juízo vem do latim “*praejudicium*”, que pode conter, em seu significado, tanto um sentido positivo como um sentido negativo. É na Ilustração que o conceito de pré-juízo adquire uma concepção negativa, significando um “juízo que se forma antes da convalidação definitiva de todos os momentos que são objetivamente determinantes”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 337.

⁶⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 403.

texto deve estar disposto a deixar que ele lhe diga algo. É assim que Gadamer, ao refletir sobre os pré-juízos, convida a ter presente que:

Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulação, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.⁶⁸⁰

De entender a contribuição de Gadamer em seu significado mais forte: existem pré-juízos que cegam e pré-juízos que iluminam.⁶⁸¹ Ter uma correta compreensão significa conseguir distinguir uns dos outros. O filósofo alemão, ao tomar para si a drástica atitude de reabilitar o conceito do preconceito do descrédito que sofreu através do *Aufklärung*,⁶⁸² reconhecendo que existem preconceitos legítimos, fez justiça ao modo de ser finito e histórico do ser humano, colocando o “preconceito” como condição da compreensão, porque, para o autor, existem preconceitos justificados e que são produtivos para o conhecimento. Este é o ponto de partida do problema hermenêutico, pois no *Aufklärung* a noção de preconceito carregava consigo muitos mal-entendidos e trazia uma dificuldade especial de compreensão.

Refletindo sobre a questão crítica da hermenêutica,⁶⁸³ Gadamer afirma que é preciso ter a sabedoria de distinguir “os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais *compreendemos*, dos *falsos* preconceitos que produzem os *mal-entendidos*”.⁶⁸⁴ É por

⁶⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 405.

⁶⁸¹ Este aspecto leva Gadamer a descrever que os pré-juízos estão presentes na estrutura da compreensão e que frequentemente nos dominam, comprometem o nosso verdadeiro reconhecimento do passado histórico. Mas, por outro lado, salienta a importância dessa prévia compreensão de si, que é neste sentido um pré-juízo, reforçando, ainda, que precisamos estar abertos para realizar uma autocrítica, pois ela é fundada na nossa autoconcepção e assim torna possível e significativa a compreensão histórica. Alerta ainda que precisamos ficar atentos aos preconceitos não percebidos, pois, com o seu poder, podem mascarar a realidade, tornando-nos “surdos para a coisa de que nos fala a tradição”. (Idem, p. 406).

⁶⁸² Sobre o assunto, ver GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 408 e ss.

⁶⁸³ A questão crítica da hermenêutica é para Gadamer “a distância”, pois ela é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa. Expressa ainda que o verdadeiro sentido contido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, pois é um processo infinito. Assim, não apenas a distância temporal, mas a distância é que torna solúvel essa tarefa hermenêutica.

⁶⁸⁴ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 442 e ss.

isso que, para ele, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica. Esse é o fio condutor de sua teoria, pois,

Tornará conscientes os próprios preconceitos que a guiam na compreensão, com o fim de que a tradição se destaque, por sua vez, como opinião diferente, dando-lhe assim o seu direito. É claro que destacar um preconceito implica em suspender sua validade. Pois na medida em que um preconceito nos determina, não o conhecemos nem o pensamos como um juízo. Como poderia ser então destacado? Conseguir pôr um preconceito diante dos olhos é impossível, enquanto esse estiver constante e desapercibidamente em obra, porém somente quando, por assim dizer, ele é atraído por estímulo. Esse estímulo ocorre precisamente do encontro com a tradição. Pois o que incita à compreensão deve ter-se feito valer já, de algum modo, em sua própria alteridade.⁶⁸⁵

Gadamer, ao trazer à luz o tema do “mal-entendido”, não tem a pretensão de desenvolver um método voltado à justeza metodológica de seu procedimento e ao reducionismo do espírito instrumental das ciências da natureza. Para ele, essas condições têm de estar dadas, para além de sua autoconsciência metódica, vinculada ao conjunto das experiências do homem no mundo. Como é possível distinguir os mal-entendidos na perspectiva que Gadamer propõe? Ele observa que:

Os preconceitos e as opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua disposição, enquanto tais. Este não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam, os mal-entendidos.⁶⁸⁶

Gadamer responde que é tarefa da hermenêutica indagar sobre isso.

Como exemplo de um “mal-entendido” no ensino jurídico pode-se citar a aplicação do método positivista/normativista como o paradigma que predomina nos Cursos de Direito. Como já foi colocado nos capítulos anteriores, o procedimento exegético, orientado pelo paradigma do Positivismo jurídico, ganhou *status* de caminho único no ensino do Direito ao restringir o objeto de estudo à norma jurídica posta, embasada em sua vigência ou validade técnico-formal, livre de todos os elementos metajurídicos, rigorosamente neutro, com caráter de abstração e de a-historicidade. Essa

⁶⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 447.

⁶⁸⁶ Idem, p. 442 e ss.

pretensa neutralidade científica criou um sistema de verdades e certezas que criam obstáculos à participação do aluno no processo de compreensão.

Ao contrário, o caminho hermenêutico proposto por Gadamer é deixar aflorar os pré-juízos que cegam para que, ao compreender-se os “mal entendidos”, abre-se espaço para que outro olhar se instale, não como verdade última, mas como um processo mediador entre a tensão do estreitamento de perspectivas e de uma visão mais ampla. Neste sentido, faz-se fundamental trazer a contribuição de Rohden sobre o círculo hermenêutico, que assume uma posição positiva ao expor que:

O pré-conceito, a pré-compreensão podem ser retificados, ratificados e/ou ampliados, e o processo filosófico comporta uma circularidade inelutável que não é viciosa, porque não pretende esconder ou simplesmente confirmar os pré-juízos e pré-concepções, mas trazê-los à luz, no confronto com o real (sujeito, mundo), corrigindo-os e/ou alargando seus horizontes. Não é vicioso porque a hermenêutica não trata de problemas estritamente lógicos, mas está às voltas com a totalidade de sentido da existência humana, das ciências.⁶⁸⁷

Importa dizer, portanto, que é fundamental ao jurista dar-se conta de que Gadamer estava consciente disso ao reelaborar a noção de pré-compreensão numa teoria de pré-juízos.⁶⁸⁸ D’Agostini reflete, colocando que há vontades, intenções, expectativas, preconceitos cada vez que se intenta interpretar o mundo. Os preconceitos são também o *a priori* para ver a realidade, sem os quais a própria realidade pareceria privada de sentido. A contaminação subjetiva do dado é, para D’Agostini, “inevitável, mas é também positiva, oportuna, pois o já saber (de modo preliminar e vago) o que procuro saber é a condição para que me seja possível compreender a resposta”. Salienta ainda que o único modo de obter uma compreensão o mais possível objetiva é conhecer os próprios preconceitos e refletir sobre eles, rompendo a resistência, questionando-se, participando conjuntamente e ampliando a compreensão do universo hermenêutico em que se vive. Pretender neutralidade é o principal fator que cega, pois não há saber livre

⁶⁸⁷ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 173.

⁶⁸⁸ Pode-se conhecer a força dessa argumentação ao transpor ao ensino jurídico: todo o trabalho de interpretação do acadêmico e do jurista deveria ser um diálogo com a tradição e um procedimento de autocrítica, para poder tomar consciência dos preconceitos, distinguindo os verdadeiros dos falsos, permitindo assim que a tradição se manifeste não como verdade última, mas enquanto opinião diferente. É a razão pela qual Gadamer traz ao círculo hermenêutico os preconceitos, a autoridade e a tradição, interligados e como fundamento das condições preliminares do trabalho interpretativo.

de preconceito, ou seja, o preconceito mais obscuro é o preconceito da ausência de preconceitos.⁶⁸⁹

Ao empreender uma crítica ao Direito a partir de sua teorização e aplicação, Streck salienta a importância dos aportes teóricos da hermenêutica filosófica de Gadamer em relação à pré-compreensão. O autor reitera que, para “compreender, temos que ter uma pré-compreensão”,⁶⁹⁰ exemplifica colocando que, se queremos ter uma adequada compreensão do Direito e da Constituição, “necessitamos de uma prévia teoria do Direito e da Constituição”, o que não quer dizer aplicar a lei descontextualizada do fato, do mundo real. O trabalho do jurista é mais amplo. Ele não pode prescindir do conhecimento histórico da Constituição, do seu sentido originário. Portanto, inicialmente, o jurista deve ocupar-se com sua própria pré-compreensão, pois:

Ela é constituída de estrutura prévia de sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) – que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’. Desse modo, no campo da interpretação do Direito, é a condição de ser-no-mundo que vai determinar o sentido do texto (e não o método de interpretação, p. ex.). A pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido (ser do ente) se dá, qual seja, pelo *Dasein* que compreende esse sentido. A compreensão do *Dasein* tem de si mesmo o que nasce da compreensão do ser; significa dizer que o mensageiro já vem com a mensagem.⁶⁹¹

Streck pensa a pré-compreensão como ponto de partida quando afirma que o *mensageiro já vem com a mensagem*. É um dizer que vai muito além da objetificação de um texto. A condição de ser-no-mundo é que vai possibilitar que o texto seja visto de vários modos. A hermenêutica é autocompreensão, ou seja, é a possibilidade primeira de dizer algo sobre algo.

⁶⁸⁹ D’AGOSTINI. Franca. **Analíticos e...** *Op. cit.*, p. 143.

⁶⁹⁰ Isso significa para Streck que “as condições de possibilidade para que o intérprete possa compreender um texto implicam a pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que sua linguagem lhe possibilita) do sistema jurídico-político-social. Desse belvedere compreensivo, o intérprete formulará (inicialmente) seus juízos acerca do sentido do ordenamento (repita-se, o intérprete jamais interpreta em tiras, aos pedaços). STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do Direito a partir da ontologia fundamentada. **Filosofia UNISINOS**, São Leopoldo, Centro de Ciências Humanas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 3, n. 4, p. 109, jun./jul. 2002.

⁶⁹¹ *Idem*, p. 108.

Gadamer também deixa claro que há preconceitos que cegam. Para romper com eles, é necessário que esse pré-juízo possa ser questionável perante o dizer do texto ou o dizer de outra pessoa. Com isso, o autor não convida a deixar de lado o pré-juízo e que outro diferente tenha que substituí-lo imediatamente. Uma vez mais, não. O que Gadamer preconiza é que somente na medida em que se coloca o preconceito em jogo, com liberdade e alteridade, se pode experimentar a pretensão de verdade do outro e, assim, oferecer a possibilidade de o outro também se exercitar. Ao refletir sobre o preconceito inserido produtivamente por Gadamer, Ricoeur também identifica que o preconceito “é o horizonte do presente, é a finitude do próximo em sua abertura para o longínquo. É somente nesta tensão entre o outro e o próprio, entre o texto do passado e o ponto de vista do leitor que o preconceito se torna operante, constitutivo de historicidade”.⁶⁹² É neste momento que entra o papel fundamental que a estrutura da pergunta desempenha na hermenêutica filosófica. Ao questionar a tradição e os preconceitos, a pessoa abre e mantém abertas novas possibilidades de compreensão, alargando seu horizonte; principalmente, é aí que se dá a fusão de horizontes e a ampliação do olhar, “a partir do qual a aquisição da verdade diminui em importância e é vista como um componente da educação”.⁶⁹³

3.2.2.3 O horizonte histórico como genuína possibilidade de acesso à universalidade do problema hermenêutico

Em Gadamer, o horizonte é algo no qual se realiza o caminhar e sempre é um proceder na busca do conhecimento, à medida que se vai incorporando novos significados e se revê significados antigos. O horizonte desloca-se a partir do momento em que se toma a tarefa de aprender a ver além do passado histórico, do próximo e do muito próximo e de como mover-se nesse espaço. A consciência também é detentora do horizonte do passado, que pode ser percebido na pré-compreensão, nos prejuízos autênticos e inautênticos e na tradição que põe em movimento um horizonte mais abrangente. Ricoeur faz uma reflexão bastante original para o debate: “A história me

⁶⁹² RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologias**. Traduzido por Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997, p. 116.

⁶⁹³ RORTY, Richard. **A Filosofia e o Espelho da Natureza**. Traduzido por Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 1988, p. 283.

precede e antecipa-se à minha reflexão. Pertencço à história antes de me pertencer”.⁶⁹⁴ Quando a consciência histórica se desloca a outros horizontes históricos, conseqüentemente “todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que rodeia a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente”.⁶⁹⁵

Gadamer, ao incluir a “fusão de horizontes”⁶⁹⁶ como um dos elementos do círculo da compreensão, quer mostrar a importância de buscar o alargamento do horizonte do ser como ser-no-mundo. Isto se dá quando o olhar vê mais além, incluindo todas as coisas que podem ser vistas de um determinado ponto de vista, ou de múltiplos pontos de vista, e assim serem captadas em seu sentido, por sua origem e por sua tradição. A idéia-guia é que a fusão de horizontes que ocorre na compreensão é o genuíno desempenho da linguagem, que significa, essencialmente, não se deixar limitado ao que há de mais próximo, “não para apartá-lo da vista, senão precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos”.⁶⁹⁷ Ou seja, não se vive num horizonte fechado, pois ele pertence à essência da compreensão e à possibilidade de compreender os outros, não somente as pessoas, mas também as outras culturas.

Toda genuína compreensão histórica, seja a da pessoa ou de uma tradição alheia, consiste numa fusão de horizontes, pois compreender sempre é um processo de fusão de horizontes porque expressa uma ascensão a uma universalidade superior mais ampla que aquele que deseja compreender deve ter. Todavia, para alcançar um horizonte, é fundamental a participação do ser, ou seja, é fundamental um esforço pessoal, comprometendo-se no sentido de deslocar-se do presente, tanto das próprias concepções como da situação histórica de um outro ser humano, permitindo enxergar suas verdadeiras relações. Só assim é possível compreender, ou seja, “tornar-nos-emos

⁶⁹⁴ RICOEUR, Paul. **Interpretação e...** *Op. cit.*, p. 108.

⁶⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 455.

⁶⁹⁶ A fusão de horizontes se dá nessa mediação do próximo e do distante, do presente e do passado, possibilitando enxergar um sentido diferente; alarga-se seu próprio horizonte, o que pressupõe que se precisa deslocar-se ao horizonte histórico a partir do qual fala a tradição e ao horizonte do outro, para que se possa alcançar um novo horizonte compreensível que transcenda a pré-compreensão. Compreender uma tradição requer um horizonte histórico que deve ser pensado como um processo particular e único, pois, ao realizar-se a fusão de horizontes, se torna manifesto o “mundo”, pois abarca tudo aquilo que expande e eleva a concepção pessoal.

⁶⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 456.

conscientes de sua alteridade e até de sua individualidade irreduzível, precisamente por nos deslocarmos à sua situação”.⁶⁹⁸ Em nenhum momento, porém, isso significa que “o que determina e limita o horizonte do presente é um acervo fixo de opiniões e valorações, e que face a isso a alteridade do passado se destaca como um fundamento sólido”.⁶⁹⁹

Além disso, o horizonte do presente está num processo de constante formação, pois, como já dito anteriormente, é necessário pôr à prova constantemente todos os preconceitos. Evidentemente, o horizonte do presente não se forma à margem da tradição; um intérprete com experiência histórica sabe perfeitamente distinguir o horizonte da tradição do horizonte pessoal e do horizonte do presente. Também é evidente que não existe um horizonte do presente por si mesmo. A fusão se dá “constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos”.⁷⁰⁰

Streck mostra a importância desse pensamento-guia em Gadamer, ao contribuir teoricamente indicando que “o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizonte (*Horizontverschmelzung*), porque compreender é sempre um processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo”.⁷⁰¹ Ressalta que o horizonte de sentido “nos é dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui”.⁷⁰² É essencial ter consciência de que não se é apenas um elo da corrente que se alarga, pois, à medida que há um horizonte histórico, tem-se a possibilidade de compreender melhor.

A reflexão que Gadamer realiza sobre o horizonte hermenêutico adquire importância filosófica quando o autor enfatiza que o mundo é um horizonte aberto, como um espaço sem limites, capaz de fundir-se com múltiplos horizontes, a partir do elo integrador da tradição. Para alcançar o horizonte hermenêutico, é basilar que o

⁶⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 456.

⁶⁹⁹ *Idem*, p. 457.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 457.

⁷⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e...** *Op. cit.*, p. 169.

⁷⁰² *Idem*, p. 174.

processo de compreensão seja reativado e renovado. Ou, dito de outro modo, precisa-se, como intérprete, ter consciência das próprias antecipações e nelas permanecer aberto à possibilidade de confrontar a coisa mesma com a pré-visão, com o ter-prévio e o pré-conceito. É necessária, portanto, uma consciência histórica, significando a necessidade de extrair a luz dos pré-juízos que presidem a compreensão para que aflore e se imponha a tradição como uma das maneiras que conduzem ao pensar.

3.2.2.4 O acontecer da tradição como experiência hermenêutica

Reabilitar a função da autoridade e da tradição é, para Gadamer, o fundamento de validade da teoria por ele defendida. A força da tradição como elo orientador de sua hermenêutica é demonstrado já na introdução da obra *Verdade e Método* quando referencia que o sentido de sua investigação é “procurar o comum de todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um ‘objeto’ dado, mas frente à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido”.⁷⁰³ Está-se imerso na tradição, pois ela é o tecido cognitivo que permite dialogar pessoas e com o passado. A validez da tradição não necessita de fundamentos racionais, pois determina os homens de modo inquestionável. Ser histórico quer dizer não esgotar-se nunca no saber-se.

Em suas reflexões, Gadamer formula essa questão do seguinte modo:

Quando encontramos na tradição algo que compreendemos, trata-se sempre de um acontecer. Quando alguém recolhe uma palavra da tradição, quando faz falar essa palavra, também a esse alguém lhe sucede algo. Não se trata então de uma compreensão da história como um transcurso, mas de uma compreensão daquilo que nos vem ao encontro na história interpelando-nos e concernindo-nos.⁷⁰⁴

O reencontro com a tradição deixou de ser uma simples apropriação; está-se sujeito a ela, pois é a instância que determina e possibilita a compreensão. O que está presente é uma tradição de sentido; por isso Gadamer vai dizer que ela é sempre “mais ser do que consciência”, no sentido de que condiciona “sem que possamos elevá-la plenamente à esfera da consciência. Sua influência sobre nós independe da consciência

⁷⁰³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 18 e ss.

⁷⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 169.

que dela temos: é a partir dela que se tornam possíveis os conhecimentos, as valorizações, as tomadas de posição no mundo”.⁷⁰⁵

Sobre essa questão, Grondin tem claro que na obra de Gadamer se expressa “sua experiência e o sofrimento de um pensador profundamente ferido pelos horrores da marcha enfurecida de todo um meio século”.⁷⁰⁶ De fato, *Verdade e Método* retrata, na aguda concepção de Grondin, a caminhada de Gadamer, mas, sobretudo, instiga a pensar que as grandes realidades históricas da sociedade, dos seres humanos e do Estados são, na verdade, sempre determinantes prévios de toda a vivência. A originalidade de seu pensamento reside na importância da “tradição” no círculo da compreensão. Segundo Gadamer,

Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante, A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os pré-conceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.⁷⁰⁷

A autoridade é um atributo do ser que tem seu fundamento no ato de reconhecimento e conhecimento: “Reconhecemos que o outro está acima de nós em juízo e perspectiva e que, por conseqüência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio”. Concepção justificada, pois a autoridade não se outorga e, sim, se adquire, pois ela “repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma perspectiva mais acertada”.⁷⁰⁸ Desse ponto de vista, portanto, a autoridade, para Gadamer, nada tem a ver com obediência cega, mas com conhecimento. Essa elevada dimensão tem de essencial que a autoridade advém do conhecimento: ter autoridade é ter conhecimento, é ter saberes. Recuperar a autoridade no sentido gadameriano jamais pode ser considerado uma posição conservadora, mas é a forma como o filósofo legitima as condições da pré-compreensão.

⁷⁰⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 228 e ss.

⁷⁰⁶ GRONDIN, Jean. **Hans-Georg Gadamer...** *Op. cit.*, p. 379.

⁷⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 415 e ss.

⁷⁰⁸ Idem, p. 419.

Eis a matriz de seu pensamento: a tradição é sempre um momento da liberdade e da própria história. O *Dasein* é compreendido a partir da tradição, pois compreender é um modo de ser do *Dasein*, e estar na tradição não restringe a liberdade de conhecer, mas a faz possível. Disso se depreende que a tradição necessita sempre ser afirmada, assumida e cultivada. Gadamer assume a tarefa de contribuir para desenvolver a estrutura da compreensão. O que importa para Gadamer é que a compreensão nunca é um salto da inteligência no vazio: a tradição impõe-se como o modo de pertença do passado à existência humana. Ela não é algo imediatamente sensível; ela se dá na linguagem e no ouvir que compreende. O diálogo com a tradição é um diálogo hermenêutico, porque sempre se realiza uma nova compreensão. No entanto, para isso, é necessária a disposição à experiência, isto é, estar aberto ao acontecer da pergunta a que se tem de responder frente ao texto que interpela.

Streck salienta a importância que Gadamer atribui à tradição, “entendida como objeto de nossa (pré)compreensão. O legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel, como já se viu, é central/primordial na teoria gadameriana”.⁷⁰⁹ A tradição lingüística é tradição no sentido autêntico da palavra. O que chega às pessoas pelo caminho da tradição lingüística não é o que ficou, mas algo que se transmite. A essência da tradição caracteriza-se por sua lingüisticidade; adquire significado hermenêutico onde a tradição se torna escrita. Na escrita,⁷¹⁰ o transmitido está simultaneamente aí para qualquer presente: processa-se uma coexistência de passado e presente única, em seu gênero. Daí que o modo de ser linguagem com o qual a hermenêutica se ocupa é, para Gadamer, o texto escrito. Em outras palavras, é na escrita que a linguagem chega à sua verdadeira espiritualidade.

Ao proceder a análise da obra da Gadamer, Rohden expõe:

⁷⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica...** *Op. cit.*, p. 204.

⁷¹⁰ Sobre este ponto, Gadamer coloca que “a tradição não é somente uma porção de um mundo passado, mas está sempre acima deste, na medida em que se elevou à esfera do sentido que ela mesma enuncia. É a idealidade da palavra que se eleva a todo lingüístico acima da determinação finita e efêmera que convém aos demais restos do que já foi. O portador da tradição é a continuidade da memória. Onde a tradição escrita nos alcança, não somente se nos dá a conhecer algo individual, mas se nos torna presente toda uma humanidade passada, em sua relação geral com o mundo”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 568.

A tradição caracteriza-se por seu modo de ser linguagem. Ela não é simplesmente um resíduo a ser investigado e interpretado como uma relíquia do passado. Por seu caminho, algo se transmite, ou seja, nos diz, quer seja na forma de mito, de lenda ou na forma da tradição escrita.⁷¹¹

A força da idéia da centralidade da autoridade da tradição como exigência necessária na perspectiva da formação de uma consciência histórica tem relevância quando Gadamer reporta que:

A consciência moderna assume – precisamente como consciência histórica – uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre ela, recoloca-a no contexto em que se originou, a fim de ver o significado e o valor relativo que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se *interpretação*.⁷¹²

A partir desse evento, a palavra *interpretação* assumiu uma dimensão sem precedentes nas modernas ciências humanas, tornando-se um conceito universal “que pretende englobar a tradição como um todo”,⁷¹³ isto é, tudo o que é transmitido pela história. Colocando de outra maneira, Gadamer quer dizer que o sentido daquilo “que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato, a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido”.⁷¹⁴

Esse fato nos coloca diante do papel que desempenha a tradição no círculo da compreensão. Na reflexão que se segue, Gadamer reafirma que “a hermenêutica deve partir do fato de que compreender é estar em relação, a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através de tradição e com uma tradição de onde a “coisa” possa nos falar”.⁷¹⁵ Daí poder dizer que, ao desenvolver uma compreensão hermenêutica, se necessita perceber que pode haver uma tensão entre a “familiaridade” e o caráter “estranho” da mensagem que é transmitida pela tradição. Para Gadamer, “nisso está o fundamento da tarefa hermenêutica, a partir da qual ela reivindica uma ‘posição mediadora’. Essa

⁷¹¹ ROHDEN, Luiz; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLUCKINGER, Hans-Georg. **Hermenêutica Filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 167.

⁷¹² GADAMER, Hans-Georg. (org.); FRUCHON, Pierre. **O problema da...** *Op. cit.*, p. 18 e ss.

⁷¹³ Idem, p. 19.

⁷¹⁴ Idem, *Ibidem*.

⁷¹⁵ GADAMER, Hans-Georg (org.); FRUCHON, Pierre. **O problema da...** *Op. cit.*, p. 67.

tensão que ele descreve é a tensão da “coisa mesma”,⁷¹⁶ que é transmitida pela tradição, objeto da interrogação hermenêutica”.⁷¹⁷

A compreensão resulta dessa pertença a uma tradição que está constantemente em formação, pois, à medida que se a vai incorporando, ela adquire consistência e significado. Essa perspectiva justifica que a tradição é parte da estrutura do círculo da compreensão, pois a compreensão, como já salientado, possui as características de algo como um pertencimento à tradição e tem uma dimensão lingüística.⁷¹⁸

Daí poder-se dizer que Streck sustenta essa afirmação, postulando que:

Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica tem direta relação com a tradição. [...] a tradição fala por si mesma. O transmitido mostra novos aspectos significativos em virtude da continuidade histórica do acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. [...] compreender uma tradição requer um horizonte histórico. Um texto histórico somente é interpretado desde a historicidade (consciência histórico-efetual) do intérprete.⁷¹⁹

⁷¹⁶ Ao responder a Grondin sobre o significado de “coisa mesma”, Gadamer salienta que a “coisa” é sempre a coisa polêmica. “E isto, enquanto seres humanos errantes, não deveríamos nunca esquecer; pois aí se funda todo o esforço de ultrapassar nossos preconceitos. A coisa mesma, Husserl chamou-a, também, o objeto intencional. E lembro-me de como Heidegger perguntava (no pro-seminário em Freiburg) o que seria, ao fundo, o objeto intencional. E foi ele mesmo que antecipou, ousadamente, a resposta do que o objeto intencional seria o Ser – obviamente, em oposição ao existente. Quando Heidegger fala da própria coisa e do fenômeno que se mostra, ele tem em mente a destruição do que encobre, e nisto está implícita toda a subestrutura temporal e histórica. O descobrir dos preconceitos, levando o Ser a mostrar-se, é uma consequência da análise da temporalidade, em Ser e Tempo, de Heidegger. Os preconceitos, à base dos quais se julga, não nos são, de modo algum, conscientes. Nessa medida, a coisa é sempre uma coisa polêmica. Aquilo contra a qual se luta quando se considera a coisa, é o pensamento do desejo, e é preciso defender o seu ser outro. É este o alvo que se está servindo, quando o eu e o tu entabulam um diálogo. Pois o outro também participa do diálogo a partir de preconceitos para ele inconscientes. Isso faz parte de um diálogo fecundo.” GADAMER, Hans-Georg. *Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de efetuação*. In: ROHDEN, Luiz; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLUCKINGER, Hans-Georg. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas...** *Op. cit.*, p. 209 e ss.

⁷¹⁷ GADAMER, Hans-Georg (org.); FRUCHON, Pierre. **O problema da...** *Op. cit.*, p. 67.

⁷¹⁸ O que chega a nós pelo caminho da tradição lingüística não é o que ficou, mas algo que se transmite. A essência da tradição se caracteriza pela sua lingüisticidade; adquire significado hermenêutico onde a tradição se torna escrita. Ao sermos portadores da tradição, damos continuidade à memória, pois “onde uma tradição escrita nos alcança, não somente se nos dá a conhecer algo individual, mas se nos torna presente toda uma humanidade passada, em sua relação geral com o mundo”. Para culturas que não possuem quase nenhuma tradição escrita, nossa compreensão se torna fragmentária e mais insegura. Pois a verdadeira tarefa hermenêutica se dá frente à tradição que os textos escritos nos transmitem. É na escrita, que a “linguagem chega à sua verdadeira espiritualidade, pois, face à tradição escrita, a consciência compreensiva alcançou sua plena soberania. Em seu ser, já não depende do nada. Assim, a consciência leitora se encontra na posse potencial de sua história”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 568 e ss.

⁷¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica...** *Op. cit.*, p. 204.

Para uma adequada compreensão do Direito, é necessário ter uma pré-compreensão dele ao longo da história e das teorias e paradigmas que o fundamentam. O positivismo e o normativismo jurídico são o resultado de um conjunto complexo de fatores evolutivamente convergentes, alguns dos quais já analisados no Capítulo I, como: jusnaturalismo moderno iluminista, racionalismo, positivismo exegético e dogmático, normativismo racional, objetivista e abstratamente determinável por um sistema de normas etc. Neste momento, pretende-se exemplificar a força da tradição utilizando o exemplo privilegiado do Direito Processual Civil, que, como todo o Direito, foi construído ao longo da história – nas compilações de Justiano (Código, Digesto, Institutos, publicados de 529 a 534), no Direito romano-canônico, na família do Direito romano-germânico, nos direitos socialistas, na família de direito da *Common Law* etc. – como resultado dos costumes de uma civilização, do pacto de uma sociedade explicitada a partir de um contrato social e das várias correntes filosóficas, consubstanciando-se em doutrinas, códigos, decisões judiciais, pareceres etc. Portanto, o universo do Direito Processual Civil é delineado em sua sistematicidade exegética, em sua redução dogmática e conceitual, constituído dentro de um universo todo particular, formal, abstrato, característico de uma civilização, da escrita, da história e dos sistemas jurídicos que foram incorporados ao longo do tempo.

Por isso, é importante, no ensino jurídico, analisar as pré-condições políticas e sociais e as circunstâncias históricas que formaram os paradigmas que sustentam o Direito até o presente.⁷²⁰ Não significa basear o conhecimento a partir de uma tradição fechada sobre si mesma, e, sim, permitir que a compreensão possa se dar a partir do estudo deste complexo conjunto de fatores e as importantes diferenciações históricas que culminaram em um sistema jurídico normativo abstrato logicamente elaborado. Essa é a razão para Gadamer reivindicar que é necessário realizar essa mediação para entender por que os ideais de um Direito e seu compromisso com a cidadania foram deturpados por interpretações que reduziram o Direito, dogmática e conceitualmente, a um “sistema normativo prescrito que, já em si mesmo e previamente, define sua unidade

⁷²⁰ Todo o trabalho de interpretação do acadêmico e do jurista deve ser um diálogo com a tradição e um procedimento de autocrítica, para poder tomar consciência dos preconceitos, distinguindo os verdadeiros dos falsos, permitindo assim que a tradição se manifeste não como uma verdade última, mas como uma opinião diferente. É a razão pela qual Gadamer referencia o círculo hermenêutico, os preconceitos, a autoridade e a tradição como o cerne das condições preliminares do trabalho interpretativo.

e que se propõe impor à realidade humano-social essa sua racionalidade normativa, antecipada e logicamente construída”.⁷²¹

A hermenêutica jurídica, ao longo dos últimos séculos, afastou-se de uma teoria da compreensão ao assumir-se como dogmática. Em contraposição, Gadamer propõe-se a analisar profundamente o significado paradigmático da hermenêutica jurídica, demonstrando como ela é fecunda para explicitar qualquer forma de compreensão. O autor integra o sentido da “aplicação” presente no Direito como a “verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito”.⁷²² Por isso, Gadamer eleva a “consciência histórica efetual” como princípio hermenêutico.

Não se vive num horizonte⁷²³ fechado; pertence à essência da compreensão a possibilidade de compreender os outros, não somente as pessoas, mas também as outras culturas e as diversas linguagens que representam um desafio para o intérprete. O filósofo alemão esclarece que um texto não nos fala como faria um tu, pois são as pessoas que o compreendem e, portanto, têm que trazê-lo à fala e reconhecer que os efeitos da história efetual operam em toda a compreensão. Nisto ele resume a consciência da história efetual, como experiência histórica: “Na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, justo por isso, está aberta para a experiência da história”.⁷²⁴ A consciência da história efetual é consciência da situação hermenêutica.

⁷²¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do Direito. O problema actual da autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 25.

⁷²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 505.

⁷²³ Gadamer diz que não existem horizontes fechados, mas que o horizonte é algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. O horizonte do passado = tradição – horizonte histórico. Precisamos ter um horizonte para poder nos mover, razão pela qual o horizonte presente está sempre em formação ao colocarmos em prova os nossos preconceitos. Isso significa que o horizonte do presente não se forma à margem do passado, também não existe um horizonte do presente em si mesmo. Compreender é sempre um processo de fusão de horizontes, e compreender uma tradição requer um horizonte histórico. O autor diz, ainda, que “ganhar um horizonte não quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamos para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 456.

⁷²⁴ Idem, p. 555.

3.2.3 A primazia hermenêutica da pergunta: o diálogo enquanto lugar da experiência hermenêutica

Gadamer referencia o diálogo como contraponto paradigmático ao espírito instrumental presente na modernidade: à medida que se ganha o horizonte hermenêutico, pode-se ter a possibilidade de alcançar o horizonte da pergunta. O caminho que Gadamer apresenta é que o diálogo que se realiza é sempre um diálogo inacabado. Para o autor, o princípio supremo de toda hermenêutica filosófica é “que nunca podemos dizer completamente o que na realidade gostaríamos de ter dito”.⁷²⁵ Além disso, “não há palavra que ponha um ponto final, como tampouco existe uma palavra primeira. Toda palavra é sempre já por si mesma resposta e equivale sempre a fazer uma pergunta nova”.⁷²⁶ Todo o saber passa pela capacidade que se tem de fazer perguntas. O que constitui verdadeiramente o fenômeno hermenêutico originário para Gadamer é que “não existe nenhum enunciado que não possa ser compreendido como resposta a uma pergunta, e é só assim que ele pode realmente ser compreendido”.⁷²⁷

Este é um ponto central da hermenêutica filosófica, pois é afirmado que a compreensão começa quando algo interpela uma pessoa; por isso, para Gadamer, a pergunta tem primazia em relação à resposta, e a essência da pergunta é o abrir-se para a experiência e para a tradição que é mediada pela linguagem. E fazer perguntas requer abertura e humildade, capacitando ao diálogo hermenêutico com o outro, com a tradição e com o presente. A estrutura dialética da experiência da compreensão se realiza no meio da linguagem e tem sua centralidade na estrutura da pergunta-resposta inerente a todo autêntico diálogo. E o diálogo hermenêutico possui regras; como bem assinala Rohden, também possui “exigências, condições próprias, sem as quais não pode acontecer. No diálogo hermenêutico, as perguntas e as respostas dialógicas têm traços e tempos próprios, onde a simultaneidade entre o perguntar e o responder aponta para a unidade interna entre o dizer e o ouvir”.⁷²⁸

⁷²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **El giro...** *Op. cit.*, p. 227.

⁷²⁶ Idem, p. 76.

⁷²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II.** *Op. cit.*, p. 263.

⁷²⁸ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica.** *Op. cit.*, p. 22.

A orientação de Gadamer tem a seguinte estrutura: primeiro, um exame da essência da experiência hermenêutica, que posteriormente é explicitada e ampliada em Rohden como um esforço para superar o reducionismo da razão prática; segundo, a força transformadora do diálogo a partir da estrutura lógica da abertura⁷²⁹ que caracteriza a experiência hermenêutica que se dá na estrutura da pergunta, “a qual entende compreensão como participação num significado, numa tradição, enfim numa conversação”,⁷³⁰ terceiro, uma análise de que a linguagem apenas se dá no diálogo, ou seja, na estrutura da pergunta e da resposta. Para os presentes propósitos, o que emerge disso é que “a estreita relação que aparece entre perguntar e compreender é a única que dá à experiência hermenêutica sua verdadeira dimensão”.⁷³¹

Denota-se daí que em toda experiência hermenêutica se encontra a estrutura da pergunta, e que não se realizam experiências sem a diligência do perguntar. Compreender a essência da pergunta vai possibilitar entender como Gadamer concebe o modo peculiar da realização da experiência hermenêutica.⁷³² No entanto, para que essa experiência se realize através do perguntar, é essencial que a pergunta tenha um sentido e uma perspectiva, pois o fato “de que surja uma pergunta rompe igualmente o ser do interrogado. O *logos* que desenvolve este ser rupturado é, nessa medida, sempre já resposta, e só tem sentido no sentido da pergunta”.⁷³³

⁷²⁹ A hermenêutica filosófica justifica-se pela abertura que está na essência da experiência, que é a abertura no dizer de Gadamer do “assim ou do outro modo”. A abertura tem a estrutura da pergunta, e sua consumação está na negatividade radical do saber que não sabe. Gadamer salienta que é “a famosa *docta ignorantia* socrática que abre a verdadeira superioridade da pergunta na negatividade extrema da aporia. Teremos, pois, que nos aprofundar na *essência da pergunta*, se quisermos esclarecer em que consiste o modo peculiar de realização da experiência hermenêutica. [...] Ele tem de se colocar em suspenso de maneira que se equilibrem o pró e o contra. O sentido de qualquer pergunta só se realiza nesta suspensão, na qual se converte em uma pergunta aberta. Todavia perguntar requer esta abertura, e quando falta, ela é, no fundo, uma pergunta aparente que não tem o seu sentido autêntico da pergunta”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 534.

⁷³⁰ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 1999, p. 198.

⁷³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 551.

⁷³² Todo saber passa pela pergunta. Para acontecer como experiência hermenêutica, nos colocamos em aberto frente ao outro, frente ao texto e frente à tradição que nos interpela, ou seja, para termos acesso ao conhecimento precisamos ter consciência de que na pergunta não pode estar fixada a resposta, pois o fracasso reside aí onde acreditamos saber tudo. Por isso saber exige humildade, ou seja, é saber que não se sabe tudo e que não se busca confirmação para o nosso conhecimento e, sim, deixar a porta aberta, para que a pergunta se instale em sua questionabilidade.

⁷³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 534.

O filósofo prefere falar de “saberes” e não de competências. Gadamer foi um mestre do respeito desse saber, dessa experiência hermenêutica que se realiza no diálogo. Para ele, uma das ênfases dadas ao “perguntar” se refletia na possibilidade de conhecer melhor o que já se sabe, para ter acesso a novos conhecimentos. “Na primazia da pergunta para a essência do saber, mostra-se da maneira mais originária aquele limite da idéia do método para o saber, que foi o ponto de partida de todas as nossas reflexões”.⁷³⁴ A partir do exposto, Gadamer mostra as limitações da busca incessante por um método para o saber, reiterando que não há método que ensine a perguntar e apontar o que pode ser passível de questionamento. O perguntar traz consigo uma fluidez que lhe é própria, como um ato pedagógico e uma experiência que parte da dialética, com respeito, de um ser que conhece e quer aprender mais. Esse ser dialoga com a realidade, com autores, com seus pares, com a diferença. Rohden acentua, de modo contundente, que o diálogo é um modo de ser e, “enquanto postura, é ontológico. Também por isso o diálogo é o modelo estrutural mais apropriado para a hermenêutica filosófica realizar-se. Pressupõe-se que o diálogo não é algo separado, que se acopla ao ser humano, mas uma dimensão constituinte e constituidora dele”.⁷³⁵

Na elucidação da lógica da pergunta e da resposta, Gadamer instiga a ir mais além, ao colocar que deve haver docilidade no perguntar, salientando que o especial da docilidade se dá quando se adquire a consciência de que só se pode questionar por algo que se desconhece. Satiriza a chamada pergunta pedagógica ou as questões de provas na relação ensino-aprendizagem, dizendo que não passam de imitação lamentável. Justifica, demonstrando que a pergunta pedagógica é algo conhecido de todos os que participam da realização das provas. Para o autor, não há exame em que se possa separar exatamente quem é o aprovado: se é o examinado ou se é o examinador. Essa questão é crucial para Gadamer. O autor assevera que na filosofia o único exame justificável é aquele em que se leva o diálogo tão longe onde nenhum dos dois interlocutores tem a resposta. Isso é tão profundo em Gadamer que ele afirma ser nesse momento possível “conhecer a potência do pensamento do outro”. Na filosofia, essa é uma situação que ocorre com muita frequência. O ponto fundamental é que uma pessoa se encontra sempre “perante uma situação da qual não sabe a resposta, se é que se atreve

⁷³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 538.

⁷³⁵ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica**. *Op. cit.*, p. 183.

realmente a pensar e não se limita a recorrer ao acervo de conhecimentos próprios ou alheios, do qual faz o ordenador melhor do que nós”.⁷³⁶

A partir daqui, fica claro que o diálogo é o lugar da experiência hermenêutica, não sendo, portanto, apenas um espaço de intercâmbio de informações, e a pergunta é esse lugar privilegiado que possibilita a aproximação. Ou seja, quando ocorre um diálogo verdadeiro, os interlocutores já não são exatamente os mesmos quando se separam. O mesmo se dá perante um texto: o intérprete agrega a seu saber sensibilidade, simpatia, fantasia, imaginação e tato. Desta maneira, um texto, para ser compreendido em seu sentido, deve alcançar o horizonte da pergunta. A experiência do perguntar permite ver as possibilidades que ficaram em suspenso e que a resposta não está fixada. Para ele, é mais difícil perguntar do que responder. A primazia da pergunta sobre a resposta que serve de caminho para o modo de ser do diálogo pode ser percebida quando afirma que “somente tem algum saber aquele que tem perguntas”. E saber, para Gadamer, quer dizer sempre “entrar ao mesmo tempo no contrário. Nisso consiste sua superioridade frente ao deixar-se levar pela opinião, que sabe pensar possibilidades como possibilidades. O saber é fundamentalmente dialético”.⁷³⁷ Ao compreender a questionabilidade de algo, se está pronto para elaborar a pergunta ou, dito de outra forma, quem quer pensar tem necessariamente que perguntar e, para perguntar, tem que querer saber. E saber, neste sentido, significa entrar ao mesmo tempo no contrário, permitir a oposição do sim e do não, do assim e do diverso e, nessa abertura, negar o fantasma do esclarecimento total.⁷³⁸ Gadamer afirma:

A estreita relação que aparece entre perguntar e compreender é a única que dá à experiência hermenêutica sua verdadeira dimensão. Aquele que quer compreender pode ter retrocedido desde a intenção imediata da coisa à intenção de sentido como tal, e considerar esta não como verdadeira, mas simplesmente como algo com sentido, de maneira que a possibilidade de verdade fique em suspenso: esse pôr-em-suspenso é a verdadeira essência original da pergunta.⁷³⁹

⁷³⁶ GADAMER, Hans-Georg. **El giro...** *Op. cit.*, p. 227.

⁷³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 538.

⁷³⁸ Neste sentido, esclarece Gadamer que a “essência do saber não consiste somente em julgar corretamente, mas em excluir o incorreto ao mesmo tempo e pela mesma razão. A decisão da pergunta é o caminho para o saber. E essa decisão se toma porque predominam os motivos a favor de uma possibilidade e contra a outra; mas isto ainda não é o conhecimento completo. Só se chega a saber a coisa mesma quando se resolvem as instâncias contrárias e quando a vista perpassa os contra-argumentos na sua incorrectura”. (Idem, p. 537).

⁷³⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 551.

Na relação ensino-aprendizagem, isso significa criar espaços para que ocorram diálogos pedagógicos na sala de aula e que os questionamentos possam conduzir à abertura, ao desvelamento e, com isso, tornar possível a resposta e, por conseguinte, a compreensão. Na sala de aula, o aluno e o professor são companheiros de diálogo, no qual ambos vão entrando à medida que se propicia uma conversação sobre a verdade do tema a ser estudado, e é a troca de saberes que reúne professores e alunos numa nova comunidade de aprendizagem. Essa construção dialógica só emerge ao se instigarem perguntas. Quando a orientação metodológica se dá pela “abertura” em sala de aula, o diálogo encontra sua verdadeira força. Nesse raciocínio, Gadamer diz que “o acordo no diálogo não é uma mera representação a impor o próprio ponto de vista, mas uma transformação rumo ao comum, de onde já não se continua sendo o que se era”.⁷⁴⁰ Isso é um acontecimento que tem lugar nas próprias pessoas à medida que permitem que algo se “revele”. Essa experiência, fruto da compreensão, sempre é um momento da aplicação, mediado pela linguagem.

A linguagem, na análise de Bleicher, “não produz uma formulação de algo que poderíamos ter já compreendido de uma forma pré-lingüística, mas é o ser como compreensão significativa como tal”.⁷⁴¹ A linguagem também é isso: sempre se dá no diálogo e se realiza no vai-e-vem da fala. Com isso, Gadamer diz que “só podemos pensar dentro de uma linguagem, e é justamente o fato de nosso pensar habitar na linguagem que constitui o enigma profundo que a linguagem propõe ao pensar”.⁷⁴²

Ao tratar do tema “a incapacidade para o diálogo”, Gadamer considera diversas formas de diálogo que ocorrem na vida humana, e um deles é o diálogo pedagógico, mostrando que ele pode estar por trás da experiência da incapacidade para ele. Utiliza este exemplo – diálogo entre professor e aluno – por ser a forma mais antiga de experiência de diálogo. Mostra que aí está o perigo da cátedra, que já se analisou no capítulo II, observando que na situação do professor “reside uma dificuldade peculiar em manter firme a capacidade para o diálogo, na qual a maioria sucumbe. Aquele que tem que

⁷⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 556.

⁷⁴¹ BLEICHER, Joser. **Hermenêutica Contemporânea**. Traduzido por Maria Giorgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 163.

⁷⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 176.

ensinar acredita dever e poder falar, e quanto mais consistente e articulado por sua fala, tanto mais imagina estar se comunicando com seus alunos”.⁷⁴³

Com essas palavras, Gadamer confirma que a crise no ensino jurídico passa pela crise das prelações acadêmicas, trazendo à tona que a incapacidade para o diálogo “se dá principalmente por parte do professor, e sendo o professor o autêntico transmissor da ciência, essa incapacidade se radica na estrutura de monólogo da ciência moderna e da formação teórica”.⁷⁴⁴ Por outro lado, salienta que nas Universidades houve inúmeros movimentos para animar as aulas expositivas através do debate. Gadamer põe-se apreensivo frente a esse fato, pois, como a relação ensino-aprendizagem se dá, geralmente, com excessivo número de alunos, ele vislumbra que há uma dificuldade intransponível para o autêntico diálogo, chamando a atenção para o fato de que “Platão já sabia disso; o diálogo jamais se torna possível com muitas pessoas, nem pela simples presença de muitos. Nossas experiências com os chamados fóruns de conversação, esses diálogos em mesas semi-redondas são também diálogos semimortos”.⁷⁴⁵

A pergunta que guia Gadamer em sua obra *Verdade e Método* é a da conceitualidade de toda compreensão. O desafio é descobrir se ocorrem “diálogos” pedagógicos no ensino jurídico, no sentido de se compreender como ocorre esse processo ou fracasso, para assim entender os motivos que levam professores e alunos a fazer da relação ensino-aprendizagem um “monólogo” no qual o professor continua ministrando aulas-conferências e o aluno se dispõe a ser um mero ouvinte passivo. Para Gadamer, pode-se perceber se há diálogo observando como os textos e as informações passadas nos alcançam. Essa experiência reside no processo de comunicação que apresenta a estrutura fundamental do diálogo. O professor é esse interlocutor experiente e permanente no diálogo. Sua tarefa não é atualizar o sujeito cognoscente, mas “a realização vital da própria tradição. Sua missão não consiste em ampliar, indefinida e arbitrariamente, o horizonte do passado, mas em formular perguntas e encontrar as respostas que descobrimos, a partir do que nos tornamos, como possibilidades de nosso futuro”.⁷⁴⁶

⁷⁴³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. *Op. cit.*, p. 248.

⁷⁴⁴ Idem, *Ibidem*.

⁷⁴⁵ Idem, p. 249.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 173.

A partir do exposto, precisa-se questionar se é possível encontrar um novo equilíbrio entre o diálogo que não busca o ponto fraco do educando, mas, antes, em encontrar sua verdadeira força e a medida da incapacidade de diálogo descrita por Gadamer. Esta é uma questão que o ensino jurídico deve enfrentar para que possam ocorrer diálogos pedagógicos em sala de aula. No capítulo IV pretende-se retomar este tema, tendo consciência de que é um trabalho que não se esgota na presente pesquisa. Talvez esteja aí a chave para entender a crise que se vive, a partir do esforço de Gadamer em alcançar esse equilíbrio:

O destino dos tempos modernos esteve marcado pelo fato de que o que importa é medir, que aplica uma medida a um objeto e transmite desta maneira conhecimento, foi considerado saber verdadeiro, de maneira que as ciências modernas se têm convertido em saber dominador e, tal como o chamou Heidegger, pensamento calculador. Só a isto se denominava saber, e não o sentido da medida e da harmonia, tal como se experimenta, por exemplo, na sensação de bem-estar ou na admiração pela beleza, e que constitui, tal como temos visto, a base de toda aplicação razoável das regras.⁷⁴⁷

Para que se possa avançar, é preciso colocar em evidência os pressupostos para um autêntico diálogo pedagógico. Por isso, hoje, não há mais sentido em ter a relação ensino-aprendizagem seu alicerce na mera reprodução do conhecimento e na estrutura monologal entre professor e aluno. Essa face ambígua e relativa do diálogo pedagógico, na aguda percepção de Rohden, pode ser atribuída ao modo de ser do docente:

Quem ensina enfrenta uma grande dificuldade para manter a capacidade para o diálogo, dificuldade esta à qual muitos sucumbem, pois quem ensina – geralmente – crê que deve ensinar e pode falar supondo que, quanto mais consistente e sólido for seu discurso, tanto melhor comunicará sua doutrina bem como persuadirá seus alunos da veracidade do que transmite. Ora, essa ‘incapacidade para o diálogo está aqui no professor, e sendo este o autêntico transmissor da ciência, essa incapacidade radica na estrutura monologal da ciência e da teoria moderna’. Por outro lado, por parte do aluno, ‘é sumamente difícil passar da atitude receptiva de ouvinte à iniciativa da pergunta e oposição’, o que pode levar ao fracasso do diálogo pedagógico.⁷⁴⁸

O diálogo como experiência hermenêutica exige a presença do eu-tu, do eu-nós ou do nós-nós. É uma via de duas mãos, onde a compreensão se dá a partir da liberdade e causalidade própria do diálogo. No diálogo dá-se o encontro do eu-tu, “há uma

⁷⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. *El giro...* *Op. cit.*, p. 234.

⁷⁴⁸ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. *Op. cit.*, p. 185 e ss.

convivência ontológica entre o Eu e o Tu para o conhecimento do mundo. [...] A co-participação dialogal é o fundamento ontológico do existir e de suas manifestações. A compreensão do ser é tributária desta participação dialogal no eixo do Eu-Tu”.⁷⁴⁹ A experiência hermenêutica tem a ver com a participação e se concretiza à medida que se respeita no homem a sua ontológica vocação de ser sujeito. Por isso é possível dizer que o ser está apto ao encontro dialógico na medida em que ele se dá em sua totalidade e age.

Todo empenho de Gadamer fixou-se na busca desse homem-sujeito que, necessariamente, implica num diálogo também sujeito. A opção do eu-tu no diálogo como experiência hermenêutica tem a ver com a história efetual do ser, com a arte enquanto jogo, com o círculo hermenêutico e com a linguagem. Daí que o autor coerentemente utiliza o exemplo privilegiado da tradição para demonstrar como se dá a relação eu-tu, salientando que está convencido de que a compreensão da tradição não entende

[...] o texto transmitido como a manifestação vital de um tu, mas como um conteúdo de sentido, desvinculado de toda atadura para com os que opinam, para com o eu e o tu. Ao mesmo tempo, o comportamento com relação ao tu e ao sentido da experiência que nele tem lugar tem de poder servir à análise da experiência hermenêutica; pois também a tradição é um verdadeiro companheiro de comunicação, ao qual estamos vinculados como o está o eu e o tu.⁷⁵⁰

Com a experiência do tu apresentada por Gadamer, ele avança em relação aos momentos estruturais da experiência. O objeto da experiência tem o ser como centralidade, e para o filósofo essa experiência é um fenômeno moral, como também o é o saber que é adquirido a partir dela, porque se dá a compreensão do outro. A partir desse momento Gadamer mostra que há uma modificação em relação à estrutura da experiência, quando é experiência do tu e quando é experiência hermenêutica.

A experiência do tu agora apresentada por Gadamer não é imediata, mas reflexiva, o que possibilita que cada parte da relação “eu-tu” salte reflexivamente por sobre a outra, e que este “compreender não compreende o tu, mas aquilo que este nos diz de

⁷⁴⁹ VON ZUBEN, Newton Aquiles. Introdução e Notas. In: BUBER, Martin. **Eu e Tu**. 6. ed. São Paulo: Centauro, 2001, p. XLIX.

⁷⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 528.

verdadeiro”.⁷⁵¹ Ao conhecer a si mesmo, ele também quer conhecer o outro ao ponto de tentar compreendê-lo melhor que ele mesmo se entende. Assim o tu perde a imediatez com que “orienta suas pretensões a respeito de alguém. É compreendido, mas no sentido de que é antecipado e aprendido reflexivamente a partir da posição do outro. Na medida em que esta é uma relação recíproca, perfaz também a realidade da relação eu-tu”.⁷⁵² Essa experiência do tu pode ser levada para o diálogo pedagógico que se dá entre professor e aluno e, como Gadamer evidencia, ela é muito mais adequada que a relação que se estabelece quando uma das partes vê o outro apenas como um instrumento dominável e manejável. Buber é um autor significativo dessa linha de reflexão do Eu e Tu, principalmente quando atribui primazia ao encontro dialógico, como a relação de maior valor existencial, pois o sentido mais profundo da existência humana é aí revelado. Buber afirma que:

Entre o Eu e o Tu não se interpõe nenhum jogo de conceitos, nenhum esquema, nenhuma fantasia; e a própria memória se transforma no momento em que passa dos detalhes à totalidade. Entre o Eu e o Tu não há fim algum, nenhuma avidez ou antecipação; e a própria aspiração se transforma no momento em que passa do sonho à realidade. Todo meio é obstáculo. Somente na medida em que todos os meios são abolidos acontece o encontro.⁷⁵³

A relação eu-tu é uma relação de reciprocidade. “Meu Tu atua sobre mim assim como eu atuo sobre ele. Nossos alunos nos formam, nossas obras nos edificam”.⁷⁵⁴ Em Buber, aquele que questiona torna presente a si mesmo o que foi transmitido pela tradição e busca acolher o pensamento do autor, na medida do possível, pelo sentido do ouvido, como se o autor estivesse pronunciando-o pessoalmente. Para tanto, “deve voltar-se com todo o seu ser para aquele que a profere e que não existe, isto é, a atitude que deve tomar para com este homem, ao mesmo tempo vivo e morto, deve ser aquela que eu chamo o dizer-Tu”.⁷⁵⁵ Isso exige coragem e distanciamento dos hábitos de pensamento, sem, no entanto, renunciar à pré-compreensão.

Gadamer comprova a estreita relação da experiência do tu com a experiência hermenêutica. Ao partir da experiência do tu, o autor mostra que o conceito da história

⁷⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 24.

⁷⁵² *Idem*, p. 530.

⁷⁵³ BUBER, Martin. **Eu e Tu**. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁵⁴ *Idem*, p. 18.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 146.

efeitual ganha iluminação. Exemplifica utilizando o exemplo da consciência histórica em que eu tenho “de deixar valer a tradição em suas próprias pretensões, e não no sentido de um mero reconhecimento da alteridade do passado, mas na forma em que ela tenha algo a me dizer. Também isto requer uma forma fundamental de abertura”.⁷⁵⁶ Essa é a razão de Gadamer demonstrar seu interesse pela tradição histórica; ele só a reconhece porque tem algo a dizer, algo que o homem, por conta própria, não consegue reconhecer. Por isso Gadamer assume que quem quer ter consciência histórica jamais irá se tornar senhor do passado, como também não terá condições de pensar que alcançou o esclarecimento total, ou seja, não há a menor possibilidade de procurar elevar-se acima de seu próprio condicionamento histórico. O ideal de um esclarecimento histórico é algo impossível de realizar. Com essas palavras, Gadamer alerta que “aquele que sai reflexivamente da reciprocidade da relação eu-tu altera-a e destrói sua vinculatividade moral. *Da mesma maneira, aquele que sai reflexivamente da relação vital para com a tradição destrói o verdadeiro sentido desta*”.⁷⁵⁷

Essa realidade desvela o importante papel que Rohden atribui ao diálogo como experiência hermenêutica:

Com o diálogo, recupera-se a força do pensamento dialético, que não pode ser dirigido pela razão anônima. O princípio do diálogo é o princípio fundacional da hermenêutica, que permite desmascarar as ilusões de uma ilustração autopossessiva que não reconhece os limites da consciência em si. Com o diálogo hermenêutico superamos o ponto de partida da individualidade metódica, que instrumentaliza o acontecer comunicativo de sentido, revelando-se auto-implicativo. A racionalidade que percorre os meandros do diálogo possui os traços da experiência do jogo, totalmente diferente da pretensa atitude da razão anônima. O diálogo só existe enquanto vivência, não enquanto abstração. Por isso é irreduzível à epistemologia ou à lógica apofântica. O diálogo, na perspectiva ontológica, consiste em uma forma de realização antes da própria linguagem que da subjetividade isolada; ‘o diálogo com o outro, suas objeções ou sua aprovação, sua compreensão e também seus mal-entendidos são uma espécie de ampliação da nossa individualidade e uma pedra de toque do possível acordo a que a razão nos convida’. Trata-se de um saber ontológico, porque é autoimplicativo, cujo pano de fundo é a bondade.⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 533.

⁷⁵⁷ *Idem*, p. 532.

⁷⁵⁸ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. *Op. cit.*, p. 198 e ss.

Se é possível considerar que somente tem algum saber aquele que tem perguntas, o contraponto é que a bússola norteadora da pergunta desveladora do ser é a angústia. Acredita-se que, quando o aluno permite o afloramento da angústia pelos problemas sociais reais que afligem o ser humano, certamente a pergunta irá se impor, pois “chega um momento em que não mais pode desviar-se dela, nem permanecer agarrado à opinião costumeira”.⁷⁵⁹ Esse será o grande exercício de liberdade e de diálogo a ser vivenciado em sala de aula. Certamente os aportes teóricos de Gadamer propiciam resgatar o lugar do “diálogo pedagógico” na sala de aula.

Sob essas bases, entende-se que a importância do pensamento contemporâneo de Gadamer pode indicar que o processo de compreensão é construído de forma integradora, oposto à pedagogia da memorização. A primazia da pergunta sobre a resposta representa que conhecer é descobrir, construir, re-inventar um conhecimento já elaborado. É uma perspectiva de educação que não mais distribui conhecimento, mas cria situações de ensino e aprendizagem com vivências significativas em que as relações de aprendizagem extrapolam a transmissão verbalista e a estrita racionalidade lógica, corolário do pressuposto epistemológico do objetivismo de índole teórico-sistemática.

A questão está posta: como transpor para as situações de aprendizagem os três princípios (compreensão, interpretação e aplicação) defendidos por Gadamer? A experiência hermenêutica do jogo, do círculo hermenêutico e do diálogo levaram Gadamer a dar um passo além da hermenêutica romântica ao retomar o problema hermenêutico da aplicação. Não por acaso, Gadamer reconhece como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação. Afirmar isso é fazer justiça à aplicação como um “momento do processo hermenêutico, tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação”.⁷⁶⁰ Esse *topos* da hermenêutica define mais um importante desdobramento do referencial teórico de Gadamer: a aplicação e o significado paradigmático da hermenêutica jurídica. Esta será a tarefa que se pretende realizar no próximo capítulo: a partir da análise profunda realizada por Gadamer sobre o significado paradigmático da hermenêutica jurídica, a intenção é aproximar a compreensão empreendida nos dois primeiros capítulos sobre os

⁷⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 540.

⁷⁶⁰ Idem, p. 460.

paradigmas que sustentam a crise no ensino jurídico e, alicerçados no referencial teórico de Heidegger e Gadamer, partir do sentido de aplicação desenvolvido por Gadamer para sustentar a hipótese de que a dificuldade do Direito é resolver problemas concretos e, para superá-la, ter-se-á que ir além das abstrações do modelo objetificante de ensino, mostrando que o mundo, a vida estão em constante movimento e precisam ser repensados constantemente, e não podem ser reduzidos ao modelo positivista/normativista. Resolver problemas é trazer a realidade de volta.

Superar, pela hermenêutica, não significa, de modo algum, destruir o que está posto, mas transcender as limitações dos pontos de vista redutores de práticas dogmáticas e estéreis. Enfim, até aqui o papel foi mais de reflexão sobre a contribuição de inúmeros autores. Mister se faz explicitar de que modo a hermenêutica filosófica pode ser a matriz privilegiada capaz de iluminar estratégias pedagógicas adequadas à formação de um operador jurídico que possa desenvolver uma postura crítico-reflexiva perante o Direito. Neste sentido, Rorty alerta:

Na interpretação que oferecerei, ‘hermenêutica’ não é o nome de uma disciplina nem de um método de atingir o tipo de resultados que a epistemologia não conseguiu atingir, nem de um programa de pesquisa. Pelo contrário, a hermenêutica é uma expressão da esperança em que o espaço cultural legado pela morte da epistemologia não seja preenchido – em que a nossa cultura se deva tornar uma cultura em que já não seja sentida a procura de constrangimento e confrontação.⁷⁶¹

Essas são perspectivas novas e alentadoras. Pretende-se verificar o quanto os aportes teóricos de Heidegger e Gadamer podem contribuir para consubstanciar efetivas práticas inovadoras como oportunidade “para a criatividade teórica e para a transgressão metodológica e epistemológica”.⁷⁶² A organização do próximo capítulo pretende situar a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica como pensamento capaz de sugerir caminhos e colocar, no velar, o desvelar, não para encontrar métodos objetificantes, mas para encontrar na hermenêutica uma clareira que ilumine o caminho dentro de uma nova perspectiva de ensino-aprendizagem. Desvelar é preciso.

⁷⁶¹ RORTY, Richard. **A Filosofia e...** *Op. cit.*, p. 247.

⁷⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade.** São Paulo: Cortês, 1995, p. 19.

4 PARA ALÉM DO POSITIVISMO: O ACONTECER DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NA EDUCAÇÃO JURÍDICA

Frente ao vasto escopo de significância da hermenêutica, aqui interessa a aplicabilidade do pensamento de Heidegger e Gadamer como possibilidade de soltar as amarras do racionalismo e do positivismo exegético/normativista que se impôs de forma contundente no ensino jurídico. Gadamer assume relevância ao destacar a aplicação como momento integrante de toda compreensão. A hermenêutica de Heidegger e Gadamer mostra que há um outro modo de dizer as coisas, isto é, a hermenêutica trabalha sobre os problemas. Ela possibilita o processo de autocompreensão, elabora as possibilidades projetadas na compreensão. Na educação jurídica, isso significa que determinado tema pode ser visto de vários modos a partir da condição de ser-no-mundo, possibilitando ver além da objetivação de um raciocínio lógico-dedutivo e de um tecnicismo vazio. O que a sociedade espera do Direito é que resolva problemas concretos. Resolver problemas concretos é trazer a realidade de volta ao ensino jurídico.

Rotary subsidia a opção pela hermenêutica salientando que “a hermenêutica, mais do que isso, é aquilo com que ficamos quando deixamos de ser epistemológicos”.⁷⁶³ A partir daí será possível sustentar a proposta da razão da escolha do paradigma hermenêutico. Ele protege contra o reducionismo do positivismo exegético-normativista presente nas metodologias de ensino-aprendizagem dos Cursos de Direito. Rorty apresenta outro argumento que embasa a opção:

A hermenêutica não possui ligação particular com: (a) o lado ‘mental’ do dualismo cartesiano, (b) o lado ‘constitutivo’ da distinção kantiana entre faculdade constitutiva e estruturante da espontaneidade e a faculdade passiva da receptividade, ou (c) a noção de um método para descobrir a verdade de frases que compita com os métodos normais prosseguidos em disciplinas extrafilosóficas.⁷⁶⁴

A constatação de Rorty pode ser reportada à educação jurídica, uma vez que o Direito, ao longo dos últimos séculos, se apóia nas chamadas ciências duras como método para sua efetivação, e são esses métodos que estão impregnados nas metodologias de

⁷⁶³ RORTY, Richard. *A Filosofia e...* *Op. cit.*, p. 255.

⁷⁶⁴ Idem, p. 268.

ensino-aprendizagem. Dessa opção resulta que grande parte dos profissionais do Direito recebeu formação restrita e limitada. Isso pode ser percebido quando a sociedade se depara com profissionais distantes da realidade e descomprometidos com as causas que julgam ou defendem, pois, para alguns, o que fazem é analisar o processo e aceitar a causa, esquecendo-se de que por trás dos processos e dos fatos existem seres humanos, portanto, decisões que envolvem vidas. Como resultado deste enclausuramento, inúmeros profissionais “encontram-se predispostos a rejeitar o saber oferecido pelos autodenominados filósofos do Direito; reprovam-no como um conhecimento inútil, um verniz de cultura geral que pode, no máximo, dar bons dividendos para conversas de salão”.⁷⁶⁵

Pensar hermeneuticamente, ao contrário, é rejeitar os pré-juízos que cegam o ensino jurídico. Ao assumir os pressupostos heideggerianos e gadamerianos não se consegue mais aceitar passivamente que os saberes jurídicos sejam repassados como algo pronto (estoque de conhecimentos; ensino reprodutor), seguro (perfeccionismo da norma e da verdade que ela contém), acabado (culto obsessivo aos códigos e manuais), abstracionista (valorização da regra em detrimento do caso, ensino desvinculado da história e da realidade) e disciplinar (interpretação dos fenômenos jurídicos em partes, desintegrado do todo, isto é, um ser sem o ente).

O capítulo está dividido em quatro partes. Delimitado o aspecto da crise na educação jurídica, ele pretende desvendar a aplicabilidade das teorias desenvolvidas por Heidegger e, mais precisamente, Gadamer, indicando que a interpretação não se autonomiza da compreensão e da aplicação. Interessa examinar mais detidamente a aplicabilidade do conceito de jogo e da consciência da história efetual desenvolvidos por Gadamer como prática pedagógica possível. Na seqüência serão apresentadas as contribuições da transdisciplinaridade e do diálogo hermenêutico, apresentando a problemática da concretude do Direito como possibilidade crítico-reflexiva da realização do Direito, ressaltando o contato com a realidade social como espaço pedagógico importante para a realização dos direitos fundamentais e os objetivos da justiça social. A intenção não é desenvolver um modelo operatório para trabalhar em sua emergência

⁷⁶⁵ WARAT, Luis Alberto. Filosofia do Direito; uma introdução crítica. In: _____. **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 49.

concreta; pretende-se, sim, oferecer alguns elementos de ordem prática para sustentar o potencial pedagógico da *applicatio* de Gadamer, como um caminho possível para novas estratégias de ensino-aprendizagem inseridas no contexto de uma educação jurídica que realmente forme culturalmente o profissional do Direito. Por esta razão, o esforço será o de levantar possibilidades para sua aplicabilidade.

4.1 A INTERPRETAÇÃO NÃO SE AUTONOMIZA DA COMPREENSÃO E DA APLICAÇÃO

As últimas décadas de debates sobre a crise no ensino jurídico deixaram inúmeras indicações de possibilidades para a superação da crise, como já referenciado no Capítulo 2. Esses diferentes olhares, que têm em comum a crítica ao ensino jurídico e à conexão que estabelecem com as tradições filosóficas, possibilitam pensar o novo, ou seja, uma educação jurídica que, além de atender às necessidades regionais e nacionais de formação do profissional do Direito, também eduque o acadêmico para pensar e agir globalmente. Heidegger dirá: é preciso aprender a pensar. E pensar globalmente é “pensar a realidade. Não pensar pensamentos já pensados. Daí a necessidade de recolocar o tema do conhecimento, do saber aprender, do saber conhecer, das metodologias”,⁷⁶⁶ da organização curricular, do projeto político-pedagógico e da aplicação do Direito.

Ao trazer a questão da crise no ensino jurídico mostrou-se que as insuficiências do paradigma do positivismo exegético-normativista encontraram solo profundo nas práticas de ensino. Há um saturamento de Cursos de Direito focados em um ensino generalista e tradicional, direcionado à resolução de conflitos individuais e voltado prioritariamente ao contencioso. Como já observado:

Sobre essa conjuntura teórica construiu-se um modelo de ensino jurídico de baixa qualidade, totalmente distanciado da realidade social concreta, permanecendo os juristas e acadêmicos presos em realidades conceituais criadas por eles e que passaram a constituir o seu mundo de trabalho.⁷⁶⁷

⁷⁶⁶ GADOTTI, Moacir. **Boniteza de um sonho**: ensinar-e-aprender com sentido. Curitiba: Positivo, 2005.

⁷⁶⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; COPETTI, André. Ensino Jurídico, Transdisciplinaridade e Estado Democrático de Direito: Possibilidades e perspectivas para o estabelecimento de um novo paradigma. In: COPETTI, André; GRAU, Eros Roberto; MÜLLER, Friedrich [et al.]. **Crítica à Dogmática**: dos bancos escolares acadêmicos à prática dos Tribunais. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 49.

E aí está o papel transformador da educação jurídica: sair de uma idéia de objetividade e racionalidade meramente instrumental para encontrar, nas indagações filosóficas, perspectivas mais abrangentes do que as reducionistas e universalistas de que o Direito é refém. Urge avançar pois, como diz Streck, “temos que ter consciência de que no positivo se ‘mostra’ o velado”.⁷⁶⁸ A matriz heideggeriana-gadameriana possibilita uma clareira, buscando construir espaços onde algo se revela, onde o Direito adquire sentido na medida em que é compreendido por aquele que está participando da experiência de trazer a realidade de volta ao possibilitar a atualização do Direito frente ao problema concreto; ou seja, pela aplicação, a interpretação e a compreensão chegam a sua plenitude.

Gadamer aponta que é necessário superar o hiato entre a generalidade do Direito estabelecido que se ensina na academia e a concreção do caso individual. O problema da interpretação compreensiva está indissolúvelmente ligado ao problema da aplicação.⁷⁶⁹ Na autêntica experiência da hermenêutica jurídica, a “*applicatio* não pode vir separada da *intellectio* e da *explicatio*”.⁷⁷⁰

Retomando a linha teórica gadameriana, releva dizer que a experiência hermenêutica do jogo, do círculo hermenêutico, da história efetual e do diálogo dão sustentabilidade ao processo de compreensão que se dá na aplicação. Não por acaso, Gadamer reconhece como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação. Afirmar isso é fazer justiça à aplicação como um “momento no processo hermenêutico, tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação”.⁷⁷¹ Esse *topos* da hermenêutica define mais um importante desdobramento do referencial teórico de Gadamer: a aplicação e o significado

⁷⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica e a tarefa... *Op. cit.*, p. 122.

⁷⁶⁹ Gadamer referencia que “essa era a dupla tarefa da ciência jurídica, sobretudo desde a recepção do Direito romano. A questão não era apenas compreender os juristas romanos, mas também aplicar a dogmática do direito romano ao universo cultural moderno. Com isso, uma ligação tão estreita como a que se impôs na teologia surgiu também entre a tarefa hermenêutica e a tarefa dogmática. Uma teoria da interpretação do Direito romano não poderia abandonar-se a uma alienação histórica, pelo menos enquanto o Direito romano detivesse sua vigência legal. Isso explica por que a interpretação do Direito romano considera óbvio que a teoria da interpretação empreendida por Thilbaut (1806) não possa se apoiar apenas na intenção do legislador, tendo que elevar o ‘fundamento da lei’ ao nível de um verdadeiro cânon hermenêutico. Com a criação dos modernos códigos de lei, a tarefa clássica principal, a saber, a interpretação do Direito romano, acabou perdendo seu interesse dogmático para adquirir um sentido prático, tornando-se elemento de uma problemática da história do direito”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 129 e ss.

⁷⁷⁰ Idem, p. 131.

⁷⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 460.

paradigmático da hermenêutica jurídica. Ela é significativa, pois permite o acontecer da experiência. Isso não deixa de ter conseqüências para o ensino jurídico. A estrutura da aplicação é uma herança da hermenêutica jurídica, por isso Gadamer lhe dá um valor paradigmático.⁷⁷² Assim, é ir além dos dualismos questão-de-fato e questão-de-direito, da subsunção do fato a norma, à medida que o autor realiza uma radical mudança de perspectiva. Deixou de conceber a interpretação e a compreensão como dois momentos separados e, mais do que isso, Gadamer resgata a expressão desses dois momentos integrando-os pela aplicação. Desse modo, se dirá com Castanheira Neves que a questão-de-fato e a questão-de-direito são verdadeiramente “expressões de dois momentos de um processo metodológico unitário em que um exige o outro e correlativamente se condicionam numa dialética que ambos simultaneamente constituem”.⁷⁷³

A aplicação de uma norma, via de regra “não pode significar a sujeição de uma situação dada (*Gegebenheit*) autônoma, em si, como, por exemplo, uma coisa conhecida ‘de maneira puramente teórica’, a um objetivo prático”.⁷⁷⁴ Assim, como já apontado, o ensino jurídico não pode ficar assujeitado a modelos curriculares e metodologias de ensino-aprendizagem conteudistas e conservadoras. Por tais razões,

Assume absoluta relevância o rompimento paradigmático proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma ‘questão de método’ e passa a ser filosofia. Conseqüentemente, na medida em que a filosofia não é lógica, a hermenêutica jurídica não pode ser apenas uma ferramenta para a organização do pensamento.⁷⁷⁵

⁷⁷² Compreende-se melhor tal pretensão transcrevendo por que Gadamer busca o exemplo privilegiado da hermenêutica jurídica. O autor salienta que “a hermenêutica jurídica recorda em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito. Nela temos o modelo de relação entre passado e presente que estávamos procurando. Quando o juiz adequa uma lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à ‘idéia jurídica’ da lei, intermediando-a com o presente. É evidente, ali, uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. Por conseqüência, pode, a cada momento, assumir a posição do historiador face às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 487.

⁷⁷³ CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 375.

⁷⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 131.

⁷⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos; A incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*Ontologische Differenz*) entre Texto e Norma. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**: Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2005, v. 2, p. 16.

Gadamer utiliza o exemplo do juiz que, ao aplicar a lei, terá que necessariamente realizar uma mediação histórica e atualizá-la na compreensão; ou seja, “ali se dá novamente uma mediação de passado e presente, portanto, aplicação”.⁷⁷⁶ Um dos objetivos de buscar em Gadamer o fio condutor pela *applicatio* é o de apontar possíveis estratégias pedagógicas para que o aluno possa ser partícipe do ato de compreender, pois ele é o sujeito do acontecer interpretativo, visto sob a perspectiva de que cabe a ele empenhar-se em poder se apropriar da doutrina, das normas, dos fatos, da jurisprudência e da realidade social, que precisam ser compreendidos. A intenção não é desprezar a lógica, o raciocínio. Pelo contrário, ao ter essa dimensão da lógica e da técnica na educação jurídica, sabe-se que há outras dimensões e que é possível apontar outros caminhos. Essas estratégias certamente possibilitarão maior convivência com o saber, na medida em que ele também é aplicado.

Daí a necessidade de estratégias pedagógicas que deverão ir além do paradigma que sustenta o ensino jurídico. Assim, a intenção é (re)pensar alguns caminhos que têm sua sustentabilidade no pensamento gadameriano e heideggeriano, que, em sua dinâmica e complexidade, atribui *status* ao sentido de *applicatio*, elegendo-o como elemento constitutivo de todo compreender. A partir do exame da variedade de possibilidades para melhorar o processo de ensino e aprendizagem, considera-se importante, para o ensino jurídico, trabalhar de forma resumida com algumas perspectivas, embora, a título de exemplo, se acredite contemplar a preocupação com o processo de produção de conhecimento em sala de aula e com a possibilidade de integrar a aplicação no processo de compreensão.

O processo unitário da compreensão, pela qual interpretar é aplicar (*applicatio*) – que desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só então aplico –, transforma-se em uma espécie de garantia contra as opiniões arbitrarias e os decisionismos. Isto porque a interpretação não se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um objeto cultural. Há, sim, um processo de concreção, que é a *applicatio*, momento do acontecer do sentido, que ocorre com a diferença ontológica.⁷⁷⁷

⁷⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 20.

⁷⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante das Súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. In: COPETTI, André; GRAU, Eros Roberto; MÜLLER, Friedrich [et al.]. **Crítica à...** *Op. cit.*, p. 89.

Esse modo de pensar *com* a hermenêutica, que nesse caso é aplicação, supõe a prática de novas estratégias na educação jurídica como um conjunto de saberes/valores interdependentes. Entre eles destacam-se:

4.1.1 Formar para pensar

Para superar o poder da razão técnico-instrumental, o professor tem diante de si a difícil tarefa de (re)orientar o aluno a pensar. A reflexão pode ser realizada à luz da linha heideggeriana. Heidegger (como já referido) desenvolveu a temática do pensar. Como pensador, convida a aprender a pensar como um ser-no-mundo. O pensar que pensa, “penetrando na verdade do ser, é, enquanto pensar, historial. Não existe um pensar ‘sistemático’ e, ao lado, para ilustração, uma história das opiniões passadas”.⁷⁷⁸ A consciência da história efetual não é um simples meditar. “O evento da história não acontece primeiro como um evento. E este não é um simples passar. O evento da história desdobra-se em ser como o destino da verdade do ser, a partir dele ‘como num dia de festa...’”⁷⁷⁹ Por ser pensamento, ele não é e nem se remete ao pragmatismo de uma consecução, mas incorpora esta última numa superação.

Pensar “contra a ‘lógica’ não significa quebrar lanças em defesa do ilógico; significa apenas meditar sobre o *lógos* e sua essência nos primórdios do pensamento; significa empenhar-se primeiro na preparação de um tal me-ditar”.⁷⁸⁰ Por isso, o *pensar* de Heidegger é um *pensar* que vai além do uso da lógica⁷⁸¹ e da razão, distanciando-se do cartesianismo de Descartes, que demonstrou que, para se chegar ao conhecimento, a forma suficiente é a científica, que resulta não da experiência, mas de uma reflexão dedutiva a partir de padrões de racionalidade. Já o fazer e o pensar,

⁷⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 160.

⁷⁷⁹ Idem, *Ibidem*.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, p. 167.

⁷⁸¹ Para Heidegger “a ‘lógica’ entende o pensar como a representação do ente em seu ser, pensar que se apresenta o representar na generalidade do conceito. Mas o que acontece com a meditação sobre o próprio ser, e isto quer dizer, com o pensar que pensa a verdade do ser? Somente este pensar atinge a essência originária do *lógos*, que, em Platão e Aristóteles, os fundadores da ‘Lógica’, já foi entulhada e perdida. [...] o irracionalismo como renúncia à *rátio* impera desconhecido e indiscutido, quando se defende aquela ‘Lógica’ que pensa poder esquivar-se de uma meditação sobre o *lógos* e sobre a essência da *ratio* que nele se fundamenta”. (*Ibidem*, p. 167).

[...] enquanto possibilidades existenciais e equíprimordiais do homem, imbricam-se mutuamente. Muito embora fazer e pensar não sejam excludentes um do outro, a recuperação da ação, de pensar implica que, num primeiro momento, possamos nos entregar à ação de pensar o pensamento, independentemente do vascular a que tipo de fazer ele nos possa conduzir. Precisamos pensar o pensamento e permitir que o fazer pragmático não catalise nossas atenções. Precisamos permitir que um novo fazer emerja de um novo horizonte. O pensar abre o fazer, mas só se confiarmos no vigor do próprio pensamento. Se a única coisa que podemos querer é a prontidão das respostas, das fórmulas, das regras, nesse querer o pensar não pode se presentificar como sendo fundamental. A difícil tarefa dos que querem ir mais além de um fazer pragmático sem se sentirem sufocados pela ‘incerteza imediata’ de um ‘o que’ fazer e pela segurança do já convencionalizado, é poder deixar o fazer no ‘vazio’, abandonar sua prioridade e, concomitantemente, poder abandonar-se à verdade de um fim ainda não-dado.⁷⁸²

Nessa reflexão observa-se que não há um pensar lógico-objetivista e formalista, capaz de superar o esquema sujeito-objeto-método, tão presente no positivismo. É um pensar que vai do apofântico ao hermenêutico. No ensino jurídico vivencia-se um pensar como *tékne*, como um porto seguro, pois obedece ao princípio da razão, sabe que encontrará a causa primeira na razão suficiente, que no caso é a norma jurídica. E aí Heidegger é categórico ao dizer que essa submissão ao pensamento que calcula e à lógica representa o abandono da essência do pensar. E, o que é mais grave ainda para Heidegger, é que “na interpretação técnica do pensar é abandonado o ser como o elemento do pensar”.⁷⁸³ É a experiência do ser a esperança de um pensar que pode ir além de um pensar técnico-instrumental.

Essa esperança em ir além das visões reducionistas que enxergam apenas a técnica forjada como estratégia de ensino, alienando o aluno de perspectivas compreensivas, históricas, problemáticas, crítico-reflexivas e sobre a concretude do Direito, pode ser um privilégio ou a sua angústia, pois pode encontrar nele um lugar para sua morada. Pensar, “como o nadar, exige que nos atiremos à água – exige que nos confiemos ao elemento que torna possível o pensamento”.⁷⁸⁴

⁷⁸² CRITELLI, Dulce Mara. Para recuperar a Educação. In: HEIDEGGER, Martin. **Todos nós... ninguém**: um enfoque fenomenológico social. Traduzido por Dulce Maria Critelli. São Paulo: Moraes, 1981, p. 60 e ss.

⁷⁸³ HEIDEGGER, Martin. Sobre o... *Op. cit.*, p. 150.

⁷⁸⁴ HAAR, Michel. **Heidegger**... *Op. cit.*, p. 135 e ss.

A exigência de leitura prévia pode ser uma rica experiência. O aluno pode descobrir na leitura um mundo novo, pois tudo precisa iniciar com a compreensão, já que é “assim que nos formamos. Essa forma de educação é hoje particularmente necessária nas Universidades, porque os meios de comunicação de massa tudo dominam e agem como anestésicos”.⁷⁸⁵

Não é demais lembrar, com Warat, que “o Direito parece estar também afetado por uma metástase informativa da transmodernidade”.⁷⁸⁶ Por isso a necessidade de o aluno desenvolver o hábito de leitura não apenas informativa, mas, mais do que isso, formativa. O que se mostra é que essa talvez seja a mudança mais profunda a ser realizada: exigir que se redefina o papel do aluno como sujeito da relação ensino-aprendizagem, comprometendo-o com a obrigatoriedade de leitura prévia. Deixará, assim, de ser um mero observador do saber.

Está-se ciente de que os Cursos Jurídicos devem ser implacáveis, pois uma das maneiras de minimizar os efeitos da crise é orientar o aluno a pensar. Mudar a relação sujeito-objeto para sujeito-sujeito na educação jurídica somente pode emergir quando o acadêmico se orientar para o acontecer que se dá no desvelamento. A escolha da exigência do desvelamento pela leitura – como estrutura prévia de compreensão e autocompreensão – é porque se acredita que ela é ponto de partida para qualquer possibilidade de apresentar pretensões que possam sustentar estratégias para além do esquema sujeito-objeto. “A própria leitura-interpretação jurídica culmina sempre numa ‘concretização’”.⁷⁸⁷ O desvelamento propiciado pela leitura-interpretação é como “que o elemento único no qual tanto ser como pensar e seu comum pertencer podem dar-se”.⁷⁸⁸

⁷⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. Educação é educar-se. **Educação UNISINOS**, São Leopoldo, v. 5, n. 8, p. 25, 2001.

⁷⁸⁶ WARAT, Luis Alberto. A condição transmoderna do desencanto com a cultura jurídica. In: _____. **Epistemologia e...** *Op. cit.*, p. 37.

⁷⁸⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 20.

⁷⁸⁸ HEIDEGGER, Martin. O fim da Filosofia e a tarefa do pensamento. In: **Conferências e escritos filosóficos**. Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 79. (Os Pensadores)

4.1.2 Formar para a práxis

O problema da dicotomia questão-de-fato e questão-de-direito, sujeito-objeto, teoria e prática ocupa ainda um lugar central na educação jurídica, ocasionando uma completa desconexão com a unidade interna proposta por Gadamer: interpretação, compreensão e aplicação. Introduzir a *applicatio* como momento integrante da compreensão não significa entender uma prática descontextualizada da realidade e, muito menos, um saber técnico que levaria a uma racionalidade cientificamente segura ou uma “pretensa cientifização da práxis social”.⁷⁸⁹

O estado atual da educação jurídica, exemplificado anteriormente, permite indicar uma estratégia didática que reconheça a importância da aplicação como o momento onde o diálogo acontece, iniciando o aluno a internalizar e compreender, e não apenas a decorar. É sair do enclausuramento, oportunizando, ao acadêmico, espaços em todas as disciplinas para ação-reflexão-ação, privilegiando a dinâmica da vida a partir de sua problematidade atual. A compreensão e a “vontade de compreender são reconhecidas em sua tensão com relação à realidade factual”.⁷⁹⁰ Ao trazer a prática nos espaços de aprendizagem, propõe-se que “o saber não se coloca somente como uma questão de domínio do outro e do estranho”.⁷⁹¹ O outro é entendido neste contexto como o professor, e o estranho como o conteúdo teórico desenvolvido.

É para essa esfera de compreensão que se sugere uma mudança no projeto pedagógico do Curso de Direito, privilegiando a relação entre teoria e prática. Uma estratégia é estabelecer um percentual máximo de carga horária teórica para todas as disciplinas. Para tanto, sugere-se que cada disciplina tenha no máximo 50% de sua carga horária desenvolvida na forma teórica, e os outros 50% deverão, necessariamente, ser desenvolvidos na modalidade prática,⁷⁹² utilizando-se estratégias pedagógicas como

⁷⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 142.

⁷⁹⁰ *Idem*, p. 374.

⁷⁹¹ *Idem*, *Ibidem*.

⁷⁹² A Fundação Getúlio Vargas, de São Paulo, realizou enormes avanços no sentido de criar um Curso de Direito inovador tanto na proposta político-pedagógica como na inovação em nível curricular, representando uma ação efetiva em relação à crise do ensino jurídico tão debatida. Uma das inovações, que merece destaque, é a obrigatoriedade de, nas aulas teóricas, não ultrapassar a “marca de 44% da carga horária total, pressupondo-se ainda métodos de ensino como método do estudo do caso, a teoria dos jogos, a maiêutica, as simulações, os exemplos incidentes e, com isso, expor os alunos ao caráter dialógico do Direito, colocando a dogmática jurídica lado a lado com a

oficinas,⁷⁹³ laboratórios, atividades lúdicas, estudo de caso, práticas simuladas, prática jurídica real, reconstrução crítico-reflexiva⁷⁹⁴ de decisões judiciais, práticas simuladas de negociação, arbitragem e formas alternativas de resolução de conflitos, práticas de comunicação verbal, oratória, persuasão e argumentação etc. O rompimento que se propõe ao integrar a teoria com a prática se dá no sentido de resgatar o acontecer no Direito. O objetivo é mostrar que “não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível. É, assim, na coisa mesma (*Sache selbst*) que acontece o ponto de estofamento do sentido da interpretação”.⁷⁹⁵

Por sua relevância, algumas dessas estratégias serão desenvolvidas na seqüência desta pesquisa. O paradigma da hermenêutica filosófica possibilita esse avanço, pois ele,

Tem o trabalho de fazer o existir próprio de cada momento acessível em seu caráter de ser ao existir mesmo, de comunicar-se, de tratar de aclarar essa alienação de si mesmo de que está afetado o existir. A hermenêutica configura-se para existir como uma possibilidade de chegar a *entender-se* e de ser esse entender.⁷⁹⁶

problemática do mundo das decisões, no qual a certeza será sempre cercada de dúvidas construtivas”. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Plano de Desenvolvimento Institucional**. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo, FGV – EDESP, s.d. mimeo.

⁷⁹³ A título de exemplo, citam-se as seguintes possibilidades: oficinas de leitura, interpretação, compreensão e aplicação; pesquisa jurídica; análise de *problemas*; aplicação do conceito de jogo desenvolvido por Gadamer; análise de textos normativos; oficinas de produção criativa do Direito; redação processual; redação de normas; redação de contratos; simulação de júri, simulação de audiências; visitas guiadas; viagens de estudo; práticas dialógicas (diálogos hermenêuticos: pergunta e resposta); entrevistas profissionais; dinâmica de grupo; mesa redonda; painel; seminários; análise de falas; análise de documentos; análise textos normativos; análise de casos: os fatos; análise de provas; atividades de consultoria e assessoria preventiva; atividades onde o conceito de história efetual possa ser desenvolvido como genuína experiência hermenêutica e outras tantas atividades..

⁷⁹⁴ É estudar o caminho construído por Castanheira Neves como uma ação pedagógica que incentiva trazer a prática ao ensino jurídico. Isso pode ser confirmado quando ele introduz a possibilidade da metodologia jurídica ter a perspectiva de um pensamento prático, propondo a reconstrução crítico-reflexiva que parte da “intencionalidade prática da realização do Direito, compreendida na sua problemática específica e se dirige reflexivo-criticamente a esta prática”. Ver mais em CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 15.

⁷⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante... *Op. cit.*, p. 89.

⁷⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: hermenêutica de la facticidade. Traduzido por Jaime Aspiunza. Madrid: Alianza, 1999, p. 33.

Esse esforço exige comprometimento com o aprendizado do aluno. Não significa a autoridade de um sistema imposto de fora, mas o resultado do envolvimento dos professores⁷⁹⁷ e da direção do Curso de Direito na construção de uma nova relação ensino-aprendizagem onde o “saber ou o não saber deve ser assumido responsabilmente”.⁷⁹⁸ A possibilidade real de introduzir a aplicação como momento integrante da interpretação e da compreensão não significa introduzir a prática em espaços e momentos separados, ou seja, determinar que o primeiro período de aula ou determinado número de aulas seja desenvolvido na forma teórica e que nos outros espaços se realize a prática. A teoria e a prática devem ser realizadas simultaneamente, e não em momentos separados. A prática aqui entendida significa trabalhar com o aluno reflexivamente o pensamento. Colocar um novo termo entre o interpretar e o pensar: o aplicar. Fazê-lo sentir que é possível integrar os três momentos sempre, mesmo quando se tratar apenas de um texto jurídico. Se isso acontecer,

[...] estaríamos levando-o a substituir a captação mágica por uma captação cada vez mais crítica e, assim, ajudando-o a assumir formas de ação também críticas, identificadas com o clima de transição. Respondendo às exigências de democratização fundamental, inserindo-se no processo histórico, ele renunciará ao papel de simples objeto e exigirá ser o que é por vocação: sujeito.⁷⁹⁹

O aluno participa enquanto não mais se posiciona como ouvinte passivo e, sim, quando compreende a realidade e recria novas hipóteses sobre os desafios que vão surgindo sobre essa realidade e procura soluções. Ele se identifica com sua própria ação no momento em que não consegue mais ver separadamente a teoria da prática, pois lhe é

⁷⁹⁷ O professor assume um grande desafio como educador, permitir que o aluno seja o sujeito de sua própria educação e não um mero objeto dela, estimulando a consciência reflexiva pela ação-reflexão-ação. O momento pedagógico não é mais um projeto pessoal do professor que restringe o processo de criação. Esse movimento que integra teoria e prática não se faz, contudo, com um esforço estritamente intelectualista. Exige mais: comprometimento com a opção pedagógica do Curso e um construir em parceria, pelo diálogo com outros professores. Ao participar da construção de uma nova maneira de construir espaços pedagógicos onde teoria e prática ocorrem simultaneamente no processo de educar-se, o professor se compromete, e isso é uma opção pessoal. Se não trabalhar integradamente, no dizer de Freire, está “trabalhando de maneira contraditória, isto é, manipulado; adapta-se somente à ação domesticadora do homem que, em lugar de libertá-lo, o prende”. FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança**. 21. ed. Traduzido por Moacir Gadotti e Lillian Lopes Martin. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p.49.

⁷⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 377.

⁷⁹⁹ FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança**. 21 ed. Traduzido por Moacir Gadotti e Lillian Lopes Martin. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p.68.

dada a possibilidade de apropriar-se criticamente, e não memorizadamente, do saber jurídico e ter a responsabilidade pela construção de seus próprios argumentos.

A hermenêutica filosófica possibilita “descrever esse lugar aberto pelo acontecer como a esfera em que é superada a objetificação, ou melhor, em que aquilo que é tratado como objeto do discurso enunciativo é levado a revelar-se em seu acontecer”.⁸⁰⁰ Gadamer ensinou que a perspectiva oferecida pela hermenêutica não pode ser entendida como uma “posição ‘absoluta’, mas como um caminho de experiência”.⁸⁰¹

Com essa perspectiva, o espaço de aprendizagem abandona seu caráter exclusivamente conteudista e de transmissão de saber e incorpora a ação-reflexão-ação como valor pedagógico de saber pensar, problematizar, argumentar, refletir criticamente, julgar, tomar decisões, intervir e, fundamentalmente, saber integrar a interpretação, a compreensão e a aplicação na prática acadêmica.

4.1.3 A organização do currículo por Temas

Traz a idéia de movimento,⁸⁰² de um currículo dinâmico e nunca igual, abordando temas⁸⁰³ diferentes, em cada ano é outro porque as pessoas são outras e a vida está em constante movimento. Esta experiência rompe a compartimentalização do saber do currículo tradicional, buscando a articulação da aprendizagem individual com os conteúdos de diferentes disciplinas. No ensino jurídico, a utilização dessa metodologia em algumas áreas do conhecimento auxiliaria o estudante a articular os diferentes saberes em torno de um problema e a estabelecer relações compreensivas entre os diferentes saberes.

⁸⁰⁰ STEIN, Ernildo. *Exercícios...* *Op. cit.*, p. 200.

⁸⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. *Op. cit.*, p. 576.

⁸⁰² A situação de ensino-aprendizagem é relacionada à imagem de um caleidoscópio, pois, “no concreto, dependendo dos movimentos, das ações, os elementos presentes à situação de ensino modificam-se, reestruturam-se, enfim, rearranjam-se, exigindo dos professores a capacidade de lidar com o novo, com o inesperado. Para tal, é preciso considerar a situação de ensinar e aprender como uma grande aventura, onde a imaginação e o rigor precisam estar lado a lado”. OSOWSKI, Cecília. *Pedagogia Inaciana; Currículo para servir a fé e a justiça. O currículo para além das grades. Revista de Educação da AEC*, Brasília: Associação de Educação Católica do Brasil, v. 24, n. 97, p. 60, out./dez. 1995.

⁸⁰³ O tema pode fazer parte do currículo oficial, de uma experiência comum (como o desenvolvimento de uma ação de extensão na comunidade), de situações que caracterizam violência aos direitos fundamentais, o estudo de novos direitos não contemplados diretamente no currículo.

A organização da aprendizagem através de Temas baseia-se fundamentalmente na globalização,⁸⁰⁴ busca respostas a perguntas que, em geral, são práticas na relação entre conteúdos e áreas de conhecimento e lhes dá significado. O que se objetiva é ensinar o aluno a aprender, a encontrar o nexos, a estrutura, o problema que vincula a informação e permite a compreensão e a aplicação. O aluno aprende a relacionar os diferentes saberes, em vez de se preocupar em levar adiante sua acumulação.

Essa metodologia permite ao professor proporcionar experiências de aprendizagem significativas com as iniciativas e colaboração dos alunos. O aluno, como sujeito ativo da aprendizagem, motiva-se a buscar informações e a se situar frente ao conhecimento, a tomar posição, a formar consciência crítica face aos problemas apontados. Significa que não se aprende só na escola, e que aprender é um ato comunicativo: o aluno também tem uma responsabilidade em sua própria aprendizagem, e não pode esperar passivamente que o professor tenha todas as respostas e lhe ofereça todas as soluções.

Um dos maiores esforços do estudo por Temas é o trabalho em equipe, primeiro entre os docentes e, em seguida, entre os acadêmicos, assim como destes com seus docentes. No atual modelo de ensino, o professor pouco dialoga com seus pares. Geralmente é selecionado para ministrar uma disciplina e, por isso, não se preocupa

⁸⁰⁴ Esta centrada na forma de relacionar os diferentes saberes, em vez de preocupar-se em levar adiante sua acumulação. Dito de outro modo, busca realizar a articulação da aprendizagem individual com os conteúdos das diferentes disciplinas. É mais do que uma atividade interdisciplinar e transdisciplinar; trata-se de colocar o saber em ciclo, ou seja, aprender a articular os pontos de vista disjuntos do saber num ciclo ativo. Significa assumir a realidade como uma totalidade, e não um fragmento. Obter o conhecimento de um tema sobre múltiplas perspectivas. HERNÁNDEZ, Fernando; VENTURA, Montserrat. **A organização do currículo por Projetos de Trabalho: o conhecimento é um caleidoscópio**. 5. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, p. 61 e ss. Exemplo: Direito e Meio Ambiente: o professor envolve os alunos num estudo crítico dos caminhos, das leis industriais, econômicas, do direito à vida, o que o Direito pode empreender para evitar a agressão à natureza. A partir dessa temática, buscará construir hipóteses que envolvam a lesão do Direito ao meio ambiente, sugerir formas de estudos de como, através do Direito, prevenir as contínuas agressões ao ecossistema. Os alunos teriam a necessidade de estudar as dimensões do passado, dos danos já causados, da problemática presente e de tendências prospectivas. Nesta dinâmica, o estudante se envolve com pesquisa bibliográfica e de campo, estabelece explicações e relações entre a Constituição Federal, no Direito Civil, no Direito Penal, no Direito Tributário, bem como na responsabilidade civil e penal dos agentes poluidores. Dessa forma, inteira-se dos riscos ambientais sob o ponto da sociologia, da biologia, da geologia, da ecologia, da educação e outros. Em suma, a partir do estudo de projetos, os professores poderiam transformar os Cursos Jurídicos em instituições acadêmicas dedicadas a sugerir à sociedade ações preventivas para evitar os efeitos da degradação do meio ambiente na qualidade de vida das futuras gerações. Isto tornaria o ensino do Direito pró-ativo, envolvido com os problemas de seu tempo, possibilitando caminhos para a sociedade.

com as demais. Na perspectiva da organização curricular por Temas, o professor deverá estar aberto ao diálogo consigo mesmo e com outros professores, para aprender com o conhecimento do outro.

As coordenações de Cursos deverão reconhecer que são necessários mais espaços para que os docentes estabeleçam canais de comunicação, atividades que permitam o trabalho em equipe, a organização do currículo por Temas, desenvolvimento de estratégias pedagógicas onde,

[...] o ser é construído/desvelado em um constante curso histórico de compreensão transdisciplinar do mundo, promovido por ações de interação entre diferentes disciplinas a partir de uma ação cooperada em que a relação dos saberes se dará pelo estudo de um objeto comum de aprendizagem.⁸⁰⁵

A proposta de ensino por Temas possibilita desenvolver capacidades e hábitos de negociação que caracterizam o ser homem e mulher, na construção do mundo e a si mesmo.

O saber não se constrói de forma linear, mas integrando conhecimentos à medida que vai articulando com outros saberes⁸⁰⁶. Trata-se de colocar o saber em ciclos, ou seja, aprender a articular os pontos de vista disjuntos do saber. É aí que ex-surge a hermenêutica filosófica, pois pressupõe a circularidade envolvida no processo de compreensão como processo dinâmico instaurador de sentido.

⁸⁰⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; COPETTI, André. Ensino jurídico, transdisciplinaridade... *Op. cit.*, p. 77.

⁸⁰⁶ Para ver mais sobre novas opções de metodologias para uma concepção diferente de ensino jurídico, sugere-se a análise da proposta apresentada por Bolzan de Moraes e Copetti dentro da perspectiva de *Programas de Aprendizagem*. “Os Programas de Aprendizagem são concebidos numa perspectiva epistemológica interacionista, sócio-cultural, construtivista, transcendente e hermenêutica, na medida em que os sujeitos e objetos do conhecimento são organismos ativos e abertos, pertencentes a um processo interativo de formação em constante construção, compreendido como um todo integrado, cujas propriedades fundamentais têm sua origem nas relações entre suas partes. Nesse processo, o ser é constituído/desvelado em um constante curso histórico e compreensão transdisciplinar do mundo, promovido por ações de interação entre diferentes disciplinas a partir de uma ação cooperadora em que a relação dos saberes se dará pelo estudo de um objeto comum de aprendizagem”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; COPETTI, André. Ensino jurídico, transdisciplinaridade... *Op. cit.*, p. 77.

4.1.4 Integrar ensino, pesquisa e extensão

Sua operacionalização converte-se no maior desafio do ensino no século XXI, exigindo esforço para ultrapassar as fronteiras da sala de aula e, assim, construir um currículo vivenciado. O desafio encontra-se em como realizar a articulação do que, na prática, está dissociado: o ensino, a pesquisa e a extensão. Portanto, as contribuições de Gadamer poderão sustentar estratégias de aprendizagem enquanto processo viabilizador da construção do conhecimento em suas diferentes estruturações, alicerçada na máxima gadameriana de que *intelligendi, explicandi e applicandi* é uma unidade única do processo de compreensão e explicita o verdadeiro sentido da experiência hermenêutica: compreender é sempre também aplicar.

A integração ensino-pesquisa-extensão como prática (trans)formadora na educação jurídica privilegia (re)pensar a articulação curricular, desaparecendo a separação mecânica dos conteúdos de ensino, da pesquisa e da ação que hoje ocorre na maioria dos Cursos de Direito. O ensino, como já apontado, não se restringe à sala de aula, ao currículo e à grade de disciplinas. A sala de aula deve ser o espaço para a “motivação da pesquisa, no sentido de chamar a atenção para a riqueza da discussão, para caminhos alternativos de tratamento do tema, para apresentar a maneira própria de o professor compreender a questão”.⁸⁰⁷ A pesquisa, vista como produção do conhecimento, e a extensão como sua socialização, necessitam dialogar diretamente com a realidade e, a partir dela, criar novo conhecimento, pois

Toda prática necessita ser teoricamente elaborada, e isto deve fazer parte da organização curricular. Prática não é ir ver, passar perto, mas a união do fazer com o teorizar o fazer. [...] Além do natural aprofundamento, fomenta o pluralismo científico, que, embasado na inteligência criativa, é capaz de aprender dos outros, mudar de posição sem leviandade e conviver na dialética dos contrários.⁸⁰⁸

E nessa linha vai implicada a possibilidade de inverter o procedimento habitual na relação ensino-aprendizagem no que diz respeito à participação do aluno. Ele deixa de ser apenas “um observador isento de perspectiva”.⁸⁰⁹

⁸⁰⁷ DEMO, Pedro. **Pesquisa**: princípio científico e educativo. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 54.

⁸⁰⁸ Idem, p. 62.

⁸⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Ontologia...** *Op. cit.*, p. 106.

A prática tem demonstrado que o Curso de Direito não percebe a verdadeira dimensão da pesquisa e da extensão, razão pela qual sua institucionalização nos Cursos se desenvolve lentamente, tanto pelos recursos a elas destinados como pela inexpressiva alocação de carga horária de seus docentes em relação ao ensino e à pesquisa, aliada à pouca valorização das atividades de extensão no plano de carreira dos docentes.

Assim, a integração de ensino, pesquisa e extensão apresenta uma condição importante para a educação jurídica: o rompimento de fronteiras. Através da abertura, é possível criar sinergia entre a produção de conhecimento e a ação, gerando espaços que permitem a formação profissional com a vivência direta de situações concretas e de construção de novos saberes, de modo a permitir que os alunos realizem suas interações em um ambiente plural de significações e com isso, também, rompem suas fronteiras de conhecimento, hoje tão impregnado pela lógica do positivismo exegetic-normativista.

4.1.5 Formar para a cidadania

Outro movimento importante a ser realizado nos Cursos Jurídicos, seguindo a estrutura gadameriana de que a aplicação é um momento próprio do compreender, é uma ampla educação para a cidadania. Sem dúvida, representa um grande desafio, pois os Cursos de Direito tem a difícil tarefa de resgatar o sentimento de pertencimento à sociedade planetária. Para tanto, uma das primeiras tarefas é a orientação política “não mais voltada somente ao indivíduo, mas, noutra sentido, a toda coletividade, que corporificaram a ruptura com os modelos constitucionais anteriores – majoritariamente liberais-individualistas”.⁸¹⁰

Com essa perspectiva, o Curso de Direito assume o referencial da cidadania com a intenção de desenvolver uma capacidade comum de mobilização política, social, cultural, econômica, ambiental, em escala planetária.⁸¹¹ Significa pensar um Direito que tenha como objetivo olhar as transformações das relações jurídicas a partir do crescimento dos direitos sociais, direitos econômicos, direitos transindividuais e a complexidade que

⁸¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luís; COPETTI, André. Ensino jurídico,... *Op. cit.*, p. 81.

⁸¹¹ PETRELLA, Ricardo. A urgência de um novo contrato social mundial face aos desafios da mundialização atual: para além das lógicas bélicas. **Revista IHU On-Line**, São Leopoldo, Unisinos, v. 3, n. 52, p. 35, 2003.

eles envolvem. Esse movimento pode ser chamado de cosmopolitismo,⁸¹² que traz como questão-chave a possibilidade de democratizar o espaço global, que integre o aluno como ser-no-mundo e ser-com-mundo, chamando-o para refletir, discutir e ensaiar proposições políticas sobre grandes temas da atualidade que afetam as gerações presentes e futuras em escala planetária. A educação para a cidadania pressupõe que se permita o acesso e estimule a participação dos acadêmicos em organizações plurais, bem como na reflexão sobre uma nova ética cívica para o planeta. Isso exigirá “desenvolver nos Cursos Jurídicos toda uma carga de significação política que lhes foi suprimida por um modo-de-ser dogmático-exegético-legalista-positivista-individualista que se estruturou pedagogicamente sob a forma disciplinar”.⁸¹³

Nesse sentido, acredita-se que o Curso de Direito, ao se propor a trabalhar conteúdos universalistas dos Direitos Humanos, poderá se constituir no marco inicial do despertar da cidadania ativa. Não poderá ficar apenas no plano teórico. É imperioso avançar. São inúmeras as estratégias, como organizar fóruns de discussão, trabalhar nas disciplinas a responsabilidade do jurista para a consolidação do Estado Democrático de Direito, realizar convênios com organizações não-governamentais para que o aluno possa experienciar formulações e recomendações inicialmente no plano regional, para que, aos poucos, se engaje em ações mais complexas e até crie novas organizações em torno de problemas que afetam a democracia e a promoção dos direitos do homem.

A formação para a cidadania envolve conhecimento profundo da realidade, compreensão dos direitos humanos fundamentais. Atualmente já se percebe que há um início de materialização de uma cidadania ativa global na emergência e na expansão de redes de atividades transnacionais, “concebidas como projetos e realidades preliminares, abrangendo uma diversidade de movimentos sociais transnacionais, associações ou grupos de cidadãos, organizações internacionais não-governamentais”.⁸¹⁴ Dito de outra

⁸¹² David Held é por muitos considerado o autor do conceito “cosmopolitismo”. Gómez salienta que, para Held, ser “cosmopolita” indica um modelo de organização política em que qualquer cidadão, independente de sua localização no mundo, possa participar ativamente, isto é, ter voz, entrada e representação política nos assuntos internacionais, paralela e independentemente de seus governos. O cosmopolitismo tem um papel extremamente transformador, pois atravessa fronteiras e rompe barreiras do pensamento único, “evidenciado pela ‘sociedade civil global’ emergente, pela extensão e aprofundamento da democracia através de nações, regiões e redes globais”. GÓMEZ, José Maria. **Política e democracia em tempos de globalização**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 81 e ss.

⁸¹³ BOLZAN DE MORAIS, José Luís; COPETTI, André. Ensino jurídico, ... *Op. cit.*, p. 81.

⁸¹⁴ GÓMEZ, José Maria. **Política e...** *Op. cit.*, p. 72.

forma, deve-se buscar uma nova agenda democrática a partir dos bancos acadêmicos, onde a prioridade seria a agenda social em detrimento do modelo de direitos basicamente individuais, de um Curso de Direito fundado na resolução de conflitos individuais – avançando para um modelo de sociedade pautada pelo solidarismo, cooperativismo e numa linha de justiça distributiva, ou seja, no sentido dado por Bolzan de Moraes quando expressa que “a própria noção de *cidadania* seja revisitada, não apenas em seus conteúdos – mas, e particularmente, em seus espaços de expressão”.⁸¹⁵

A grande luta do Curso de Direito deve ser a de superar os fatores que fazem o aluno acomodado e ajustado, convertido em mero espectador. Optar pela cidadania exige compromisso; implica modificar a forma de participação, supõe ação transformadora. O papel da educação é extremamente relevante para ajudar na construção da cidadania inclusiva e participativa, necessária para que a humanidade avance na construção de um novo contrato social. Por isso, o tema remete a colocar a Universidade como sendo este espaço abrangente, plural, transdisciplinar, de ação-reflexão-ação, do dissenso, contrário ao pensamento único, capaz de prosseguir o diálogo para pensar as relações dentro de um novo pacto humanitário para o planeta.

4.2 O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO JOGO COMO MOMENTO DA AUTÊNTICA EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA

A hermenêutica de Heidegger aponta claramente que é possível trazer a realidade de volta à educação jurídica quando se consegue ver o mundo como o “jogo da vida”. O jogo de que Heidegger fala não é o jogo que exige apenas o seguimento de regras e nem um comportar-se conforme elas. Também não se trata de trazer os elementos da Teoria dos Jogos⁸¹⁶ desenvolvida pelos matemáticos Oskar Morgenstern e John Von

⁸¹⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Diretos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 97.

⁸¹⁶ A Teoria dos Jogos foi desenvolvida com o objetivo de utilizar a matemática, mesclando economia e organização social, para compreender e até mesmo prever como pessoas em diferentes situações e posições se comportarão de forma independente frente a situações de conflito e de cooperação. A Teoria dos Jogos tem grande afinidade com a racionalidade instrumental das ciências, pois utiliza como base uma análise matemática de situações que envolvem interesses em conflito, com o objetivo de extrair as melhores alternativas de atuação para desenvolver estratégias desejadas.

Neumann⁸¹⁷ e depois aperfeiçoada por John Forbes Nash Jr. A Teoria dos Jogos surgiu inicialmente com o objetivo de atuar na economia, a partir de conceitos puramente matemáticos. A partir da tese desenvolvida por Nash,⁸¹⁸ ela se expandiu para o mundo das ciências sociais, sendo hoje também utilizada como recurso didático nos cursos de administração, sociologia, direito, psicologia e outras áreas. Trazê-la para o ensino jurídico seria novamente retroceder aos ditames do racionalismo e à eternização dos ideais propostos por Descartes, Leibniz e Spinoza ou referendar o horizonte estreito do positivismo exegético-normativista fundamentado na racionalidade lógica amparada no império da lei, como fonte exclusiva do Direito. Por isso, o jogar de Heidegger não é uma seqüência mecânica e lógico-estrutural; mesmo tendo regras, o jogo torna o ser livre.

Por mais paradoxal que isso pareça, a vinculação com as regras do jogo tem um propósito de liberdade num sentido totalmente especial. Jogar, para Heidegger, “é um livre configurar, um livre formar, que tem sua própria concordância interna, enquanto esse formar se dá a si mesmo essa sua concordância interna no próprio jogo”.⁸¹⁹ A liberdade se dá quando se compreende o ser como ser-no-mundo, quando a compreensão tem caráter de jogo. Quando Heidegger expressa o sentido do ser-no-mundo como jogo da vida, ele quer reafirmar seu conceito de jogo, ou seja, “jogar o ser, abri-lo jogando esse jogo, formá-lo nesse jogo”.⁸²⁰ Esse jogo é o mundo da vida que exige que se coloque “o fenômeno do mundo em íntima conexão com a existência mesma, e que se ponha à vista essa constituição básica da existência”,⁸²¹ a que Heidegger denomina ser-no-mundo. O ser-no-mundo como jogo. Não no sentido de

⁸¹⁷ John Von Neumann é reconhecido como um dos pais da bomba atômica e do computador digital. A Teoria dos Jogos de Morgenstern e Neumann foi desenvolvida utilizando uma série de jogos que exigem que os jogadores se posicionem frente a uma determinada situação e, a partir dela, as escolhas que deverão fazer devem ser embasadas na escolha do outro jogador, e assim sucessivamente. Isso resulta, no entender dos dois matemáticos, em poderosas estratégias de longo prazo, principalmente se aplicadas às estruturas de poder nas relações cooperativas, nas relações internacionais, possibilitando a criação de estratégias empresariais, políticas, econômicas, governamentais e comerciais. São mais efetivas quando essas decisões são interdependentes e simultâneas em relação à decisão do outro. Ver mais sobre o assunto: NEWMANN, John Von; MORGENSTER, Oskar. *Theory Of Games and Economic Behaviour*, 1994; BÈRNI, Duilio de Avila. *Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004; DAVIS, Morton D. *Teoria dos Jogos*. São Paulo: Cultrix, 1973. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. SHUBIK, Martin. *Teoria de juegos en las Ciencias Sociales*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1992; FIANI; GIBBONS, Robert. *Game Theory for Applied Economists*. Princeton: Princeton University, 1992, entre outros.

⁸¹⁸ Em 1994, a teoria desenvolvida por Nash foi reconhecida com o Prêmio Nobel de Economia.

⁸¹⁹ HEIDEGGER, Martin. **Introducción a la Filosofía**. Traduzido por Manuel Jeménez Redondo. Madrid: Frónesis Cátedra Universitat de Valencia, 1999, p. 329.

⁸²⁰ HEIDEGGER, Martin. **Introducción a...** *Op. cit.*, p. 328.

⁸²¹ Idem, *Ibidem*.

inventar um conceito de jogo para depois aplicá-lo à existência ou de que a existência é uma espécie de jogo ampliado. O desafio que Heidegger lança é “obter do fenômeno do jogo uma indicação, uma orientação, um guia que nos permita apreender em seu caráter unitário essa mudança, esse acontecer, esse suceder”.⁸²²

É esta orientação que se busca para avançar no ensino jurídico: não um método, e sim caminhos para superar os ditames do paradigma do positivismo exegético-normativista. Empreender caminhos que possibilitem vislumbrar uma clareira na crise de ensino é buscar novamente em Heidegger subsídios sobre a difícil tarefa do pensamento, ou seja, pensar é a revelação que se dá no des-velamento do não saber. Esse caminho a ser empreendido pode ser um privilégio ou a sua angústia, pois é possível encontrar nele alternativas que possibilitem vivências significativas aos acadêmicos de Direito e a possibilidade de “romper com a ‘certeza de si do pensamento pensante’ (*Selbstgewissheit des denkenden Denken*), próprio da filosofia da consciência, e ultrapassar o obstáculo representado pela dualidade sujeito-objeto”.⁸²³

Por isso, uma opção é trabalhar com o jogo como suporte fundamentalmente orientador para confirmar que a interpretação não se autonomiza da compreensão e da aplicação. O jogo possibilita estratégias pedagógicas, posto que deverá ser adequado constantemente, para evitar o esquema de que há sujeitos e objetos do conhecimento. O jogo como apresentado por Heidegger orienta no sentido de trazer o elemento configurador do jogo, ou seja,

Jogar nunca é, portanto, um comportamento acerca de um objeto, nem em geral é um simples comportamento acerca de..., mas que o jogar do jogo é jogo de jogar (o jogo que se joga e o jogo em que se jogar esse jogo consiste) e, sobretudo e originalmente, uma mudança, um suceder, um acontecer que em si é indivisível e inseparável.⁸²⁴

⁸²² Ibidem, p. 329. Heidegger designa jogar nesse sentido “o ser-no-mundo, a transcendência, que até agora havíamos caracterizado sempre como um ir mais além do ente, um sobrepassar o ente. De antemão, o ser-no-mundo tem ido mais além (tem passado ele) do ente e o tem envolto em seu jogo; neste jogar é onde empreende formando-se o espaço, incluso no sentido real e literal, dentro do qual encontramos o ente” (p. 329).

⁸²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica...** *Op. cit.*, p. 285.

⁸²⁴ HEIDEGGER, Martin. **Introducción...** *Op. cit.*, p. 329.

Como experiência hermenêutica, o jogo encontra seu desenvolvimento mais expressivo em Gadamer, como se observou no terceiro capítulo. O pensador desenvolve a perspectiva do jogo amparado em seu compromisso apaixonado de ser um professor que reflete “sobre o modo como se poderia trazer a uma real atualidade os diversos caminhos filosóficos que se tinha que seguir no ensino, partindo da situação filosófica do presente”.⁸²⁵ Gadamer professa que a gênese de sua “filosofia hermenêutica” nada mais é do que a tentativa de explicar teoricamente o estilo de seus estudos e de seu ensino. O que Gadamer ensina é, sobretudo, a práxis hermenêutica. “Essa é antes de mais nada uma práxis, a arte de compreender e de tornar compreensível. É a alma de todo ensino que queira ensinar filosofia”.⁸²⁶

Esse retorno ao conceito de jogo desenvolvido por Gadamer conduz a (re)descobrir não uma nova essência do jogo, mas a possibilidade de levar ao ensino jurídico a essência de toda atividade lúdica que Gadamer sustentou. O autor possibilitou uma nova iluminação teórica para a hermenêutica filosófica. Ele restitui ao jogo sua dignidade filosófica, “pois ele mesmo pode ser visto como ‘transcendental’ na perspectiva de que possibilita mostrar como acontece a compreensão do ser a partir de sua finitude, capaz, concomitantemente, de transcendê-la”.⁸²⁷

O que é o ensino jurídico senão um jogo? Conteúdo curricular dividido em três grandes eixos (eixo de formação fundamental, eixo de formação profissional e eixo de formação prática) com o rol das disciplinas previamente estipuladas e hierarquicamente concatenadas; projeto pedagógico estruturado, prevendo claramente os objetivos gerais do curso, contextualização em relação as suas inserções institucionais, perfil do egresso, competências e habilidades, regramento em relação às condições de oferta, carga horária, formas de realização da interdisciplinaridade, formas de integração entre teoria e prática, modos de avaliação do ensino e da aprendizagem, regramento sobre a forma de integração entre ensino-pesquisa e extensão, concepção e composição das atividades que integram o eixo de formação prática (estágio curricular, atividades complementares,

⁸²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 561.

⁸²⁶ Idem, p. 563.

⁸²⁷ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2002, p. 128.

trabalho de conclusão etc.); habilidades e competências que deverão ser desenvolvidas no educando e papéis claramente definidos (coordenação, professor, aluno).

E o desenrolar de uma aula não pode ser um autêntico jogo hermenêutico? Seu acontecer tem regras próprias, exige envolvimento, comprometimento e participação do professor e do aluno em uma relação sujeito-sujeito, realiza-se em um tempo e espaço delimitado, é o espaço privilegiado para o autêntico diálogo hermenêutico (perguntas e respostas) e para o acontecer da experiência. É o espaço onde se debatem conceitos, idéias, normas jurídicas, fundamentos teóricos, práticas jurídicas, realidade social, complexidade do Direito e tantas outras questões jurídicas, sociais, econômicas e culturais onde o jogar se faz presente, pois “assinala uma experiência que mostra a impossibilidade de fazer da linguagem um mero objeto de análise delimitável num conceito”.⁸²⁸

O modelo estrutural lógico-ontológico do jogo⁸²⁹ pretende se colocar como um caminho da experiência hermenêutica, como possibilidade para o acontecer na relação ensino-aprendizagem. A intenção não é realizar uma exploração pedagógica do jogo, mas abarcar a tese de Gadamer dentro da linha do que já foi apresentado, onde ficou ressaltado que o jogo é o ponto de partida da experiência hermenêutica. Este será o referencial e base de sustentação para trazer a experiência do jogo como *um* dos caminhos para uma prática pedagógica diferenciada no ensino jurídico. Com tal perspectiva, será possível desvelar o jogo como lugar da experiência hermenêutica para trazer a realidade de volta ao ensino jurídico, porque pressupõe a participação do sujeito que compreende.

Quando Gadamer traz o jogo como momento da experiência hermenêutica, ele reafirma o caráter lúdico próprio de toda cultura humana. Para o autor, é possível descobrir formas lúdicas em tarefas humanas vitais, como na jurisdição, onde ocorrem representações de papéis. O mesmo se pode perceber na relação ensino-aprendizagem. É

⁸²⁸ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica...** *Op. cit.*, p. 113.

⁸²⁹ Essa expressão foi desenvolvida por Luiz Rohden. Passa-se a utilizá-la na presente pesquisa para facilitar a compreensão da aplicabilidade do conceito de jogo desenvolvido por Gadamer na educação jurídica. Ver mais sobre o assunto em ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica...** *Op. cit.*, p. 111 e ss.

metodologicamente indicativo que Gadamer se propôs a investigar o fenômeno do jogo, pois o apresenta diferentemente da Teoria dos Jogos amparada na matemática.

O modelo “estrutural lógico-ontológico”⁸³⁰ do jogo desenvolvido pelo autor,

É lógico por um lado, porque possui regras fixas, universalmente válidas, sem as quais ele não ocorreria. As regras de cada jogo, com suas exigências próprias, são explicáveis e reconhecidas universalmente. Por outro lado, o jogo é ontológico porque nele o sujeito é envolvido como um todo, não apenas do ponto de vista do conhecimento – como um espectador que examina um objeto à distância – mas porque, nele, o jogador ao jogar realiza uma experiência e revela o seu ser.⁸³¹

Uma vez aceito isso, a lógica que se busca ao permitir que no jogar o jogador realize uma experiência e, com isso, revele seu ser, é uma lógica diferente da metodologia que apenas articula determinações puramente conceituais, racionais, ou seja, um ensino que tem como base puros conceitos e a norma posta, na estrutura lógica e funcional de um cartesianismo dogmático do fenômeno jurídico. A compreensão não se dá só com a razão, como a proposta de Descartes, Spinoza e Leibniz que se apóiam na certeza proveniente da matemática, na utilidade do saber e no princípio da razão suficiente. Gadamer coloca elementos não-rationais para construir sua concepção de compreensão nas ciências do espírito, como a experiência estética, o lúdico, o jogo, a percepção, a imaginação, a memória e o tato. O ser humano passa a ter sentido como um ser-no-mundo. Isso foi revolucionário, e o modelo estrutural do jogo é um exemplo da verdadeira experiência hermenêutica, aliada à “dialética da pergunta, que sustenta o processo hermenêutico e que surge do esquema básico do diálogo”.⁸³²

O fenômeno que se dá na transição do jogo e do jogar permite aprofundar a compreensão até um âmbito que “já não é acessível de um modo imediato, mas só dentro do que ele produz e opera”.⁸³³ É a arte, na perspicaz visão de Gadamer, que propicia esse outro olhar, pois o “assombroso do impulso artístico não é precisamente seu caráter impulsivo, mas o alento de liberdade inerente a sua formação”. O jogo em

⁸³⁰ Essa expressão é de Luiz Rohden, **Hermenêutica...** *Op. cit.*, p. 112.

⁸³¹ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica...** *Op. cit.*, p. 112.

⁸³² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II.** *Op. cit.*, p. 580.

⁸³³ GADAMER, Hans-Georg. **Estética y...** *Op. cit.*, p. 131.

Gadamer tem esse interesse especial, pois se trata de uma ação simbólica onde o decisivo não está em realizar algo de utilidade grandiosa ou de beleza supérflua ou de estratégia espetacular, mas “em que o produzir humano pode propor-se tarefas assim diversas e proceder segundo planos que se distinguem num momento de livre arbitrariedade”.⁸³⁴

Como aplicar o modelo estrutural lógico-ontológico desenvolvido por Gadamer ao ensino jurídico? O jogo como espaço de compreensão mais ampla e do acontecer do sentido do Direito para o aluno possibilita a transposição para as situações de aprendizagem dos três princípios defendidos por Gadamer: compreensão, interpretação e aplicação? Para responder a estas questões, inicialmente é preciso ter presente que, para aceitá-lo, é essencial permitir ao pensamento a arte de pensar, refletir, criticar e criar, embalado pelo mais puro espírito de liberdade e (des)velamento, descortinando novos horizontes a partir de uma outra maneira de olhar o fenômeno jurídico.

Assim sendo, nas situações de ensino-aprendizagem, o modelo estrutural de jogo desenvolvido por Gadamer abre espaço para organizar a aula a partir de determinadas situações, como: definição de um conceito, resolução de um problema jurídico coletivo ou individual, a dinâmica de pergunta e respostas inter-relacionadas, uma temática jurídica atual, o pensamento de um filósofo ou de um jurista, um texto jurídico, decisões judiciais, jurisprudência etc. Pode-se ampliar a discussão ao tomar o fato da aula, o qual, no caso, consegue reunir uma comunidade de aprendizagem que participa como atores privilegiados do processo ensino-aprendizagem.

Uma maneira de trabalhar o conceito de jogo em sala de aula que propicie os três momentos da autêntica experiência hermenêutica (interpretação, compreensão e aplicação) é potencializado pelo envolvimento da comunidade de aprendizagem em torno de algo significativo.⁸³⁵ A título exemplificativo, o interesse da autora está em construir uma possibilidade de jogo. Busca-se em Streck a denominação para o jogo que

⁸³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Estética y...* *Op. cit.*, p. 131.

⁸³⁵ Como exemplos, citam-se: interpretação de determinada norma; interpretação de textos; interpretação dos princípios fundamentais da Constituição Federal; jurisprudência sobre determinado assunto; conceitos e temas jurídicos; processos reais; estudo de caso; a essência do pensamento de filósofos, juristas e sua contribuição ao Direito etc.

se pretende construir: buscar a “resposta hermenêuticamente adequada (correta)”⁸³⁶ sobre um tema escolhido para desenvolver em sala de aula, originado em fatos da dinâmica social, a qual o jurista é chamado para solucionar.

Como é da natureza do jogo, as regras devem ser claras e disponíveis a todos os jogadores. O jogo que aqui se propõe não é a simulação de um processo, de uma audiência ou de um júri. A pergunta que motiva o jogo na perspectiva da hermenêutica filosófica não é valorar a certeza da única resposta certa que se concretiza na objetificação da realidade, mas, sim, como cada um vai conduzir sua atuação enquanto jogador, apoiando-se no círculo hermenêutico da compreensão, tendo condições, ao longo do jogo, de dar-se conta de que “é equivocado cindir/separar discursos de fundamentação/justificação de discursos de aplicação”.⁸³⁷

Acompanhando o pensamento de Streck, o que se busca é a construção da *resposta hermenêuticamente adequada*,⁸³⁸ onde o importante é o aprendizado dos alunos como intérpretes, tendo sempre presente que:

Definitivamente, o intérprete não escolhe o sentido que melhor lhe convier. O resultado da interpretação não é um resultado de escolhas majoritárias e/ou produto de convencionalismos. Não se trata, evidentemente, de verdades ontológicas no sentido clássico. Claro que não!

Os sentidos se dão intersubjetivamente. Conseqüentemente, na medida em que essa intersubjetividade ocorre *na e pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, *os sentidos arbitrários estão interditados*. É por isso que é possível alcançar respostas hermenêuticamente adequadas (corretas).⁸³⁹

⁸³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação... *Op. cit.*, p. 24.

⁸³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação... *Op. cit.*, p. 8.

⁸³⁸ A *resposta hermenêuticamente adequada* é “fruto de um processo de atribuição de sentido (*Singebung*)” que ocorre quando o texto jurídico “sofrerá uma inexorável ação hermenêutica-interpretativa”. Ao introduzir a possibilidade de buscar a *resposta hermenêuticamente adequada*, Streck demonstrou que sempre que se está diante de uma aplicação é possível, “a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do Direito, alcançar uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta correta – a partir do exame do caso. Ou seja, é o detalhado exame das conseqüências que conformam o problema jurídico concreto que indicará se a súmula (ou a lei ou até mesmo o ‘verbebe’, que nada mais é do que uma ‘quase súmula’) deve – ou não – ser aplicado (não esqueçamos que interpretar é explicitar o compreendido, como bem diz Gadamer). Para tanto, basta que as interpretações adjudicadas a cada caso venham acompanhadas da necessidade de justificação (motivação)”. STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante... *Op. cit.*, p. 94 e ss.

⁸³⁹ STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação... *Op. cit.*, p. 24.

No jogo que se propõe⁸⁴⁰ não há ganhadores e nem perdedores, diferentemente do jogo de competição ou de estratégias que têm seu alicerce na racionalidade, mas um

⁸⁴⁰ Na seqüência, pretende-se desenvolver um modelo lógico-estrutural de jogo como possibilidade de tornar a aula mais dinâmica, participativa, criativa, dialógica e, principalmente, num espaço de aprendizagem em que o aluno assume compromisso com sua aprendizagem. Imaginar-se-á uma situação de aprendizagem na disciplina de Direito Ambiental. A questão que se faz é: Como construir possibilidades de um conteúdo poder ser construído pela experiência do jogo? A estruturação do jogo como exercício pedagógico poderá ter a seguinte construção: O professor, na aula anterior, distribuirá para os alunos o texto objeto do jogo – exemplo: um caso concreto que configure crime ambiental – para que cada um possa experienciar o movimento circular da compreensão, ou seja: refletir sobre o movimento antecipatório da pré-compreensão que é o conhecer originário sobre o tema, confrontando com a coisa mesma, para depois articulá-lo com o compreendido. É importante registrar essas informações preliminares, os preconceitos e a expectativa em relação ao tema, distinguir os pré-juízos que cegam e os que iluminam. A partir disso, ampliar a visão construindo um horizonte histórico, incorporando novos significados sobre o desenvolvimento do tema ao longo da história e das teorias e paradigmas que fundamentam um crime ambiental, sem nunca esquecer que se está num processo de formação, pois que não se está apenas a olhar o fato apresentado pelo professor, mas, pela fusão de horizontes no diálogo com o passado, permitir o acontecer da compreensão. Toda essa experiência deve ser traduzida e escrita, para que cada um possa mostrar que a experiência tem algo a lhe dizer e que cada jogador, a partir da distância temporal, pode ver o fato jurídico de perspectivas diferentes.

Na aula seguinte, o professor conduz os alunos a compartilharem a experiência individual frente ao fato concreto, organizando uma espécie de jogo, diferente do jogo de competição ou de estratégias que têm na racionalidade seu alicerce, mas um jogo que extrapola a concepção de um método. Para o desenvolvimento do jogo serão necessários sempre grupos pares, ou seja, em uma turma de 48 alunos serão formados 6 grupos com 8 jogadores em cada grupo. Três grupos representarão o papel do advogado que entrou com uma denúncia crime junto ao Ministério Público, e os outros três representarão o Ministério Público que recebeu a referida denúncia crime.

Inicialmente cada grupo terá 30 min para compartilhar a experiência pré-reflexiva ontológica que realizou com os dados alcançados pelo professor na semana anterior, como parceiros entregues ao jogo. Ao envolver-se com o problema, cada jogador potencializa o processo de compreensão e participa apresentando as hipóteses que construiu e projeta suas ações de como resolverá o problema apresentado. O importante é ter consciência de que cada um pode experimentar outro tipo de comportamento, sem ser ameaçado pelas conseqüências de uma avaliação formal.

Para foro externo e para a negociação da *decisão hermenêuticamente adequada*, cada grupo vai eleger um interlocutor oficial, um interlocutor adjunto, e os outros 6 integrantes serão expectadores. Como o jogo é uma atividade voluntária, o aluno pode participar como mero expectador em um dos grupos. O jogo é instituído por regras acordadas no primeiro encontro entre os interlocutores de cada grupo. Mesmo sujeito a regras, deixará de ser “jogo se não for livremente jogado. Só joga quem deseja jogar” (ROHNDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: EdUNISINOS, 2002, p. 122). O jogo é jogado por todos os que voluntariamente participam dele. As regras são livremente escolhidas e formalizadas, e passam a representar as condições do jogo. O ideal é que sejam poucas, e que basicamente definam o número de interlocutores de cada grupo, determinem os tempos de cada encontro, o número máximo de encontros (ideal não ultrapassar 4 encontros) e definir em conjunto o entendimento sobre buscar a *resposta hermenêuticamente adequada* ancorada na Constituição.

Uma vez livremente acordadas as regras, o professor distribui cartões com questões comuns para os grupos que representam o Ministério Público e para os grupos que representarão o advogado de defesa. Como intérpretes, a tarefa principal dos jogadores “é descobrir a pergunta a que o texto vem dar respostas; compreender um texto é compreender a pergunta” (BLECHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Traduzido por Maria Giorgina Segurado. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1989, p. 160). Após, será solicitado que cada grupo realize uma “reconstrução integrativa do Direito, que possibilite a resposta adequada constitucionalmente”. (STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos; A incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*Ontologische Differenz*) entre Texto e Norma. In: **Anuário... Op. cit.**, p. 15).

Como se desenrola o jogo pela perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer? Cada grupo tem o tempo acordado para analisar as questões apresentadas, ver sua relação com o Direito Penal, Direito

jogo que extrapola a concepção de um método. A regra consiste em empreender o jogo enquanto um caminhar que leve os jogadores a uma ponderação justa para a elaboração de uma *resposta hermenêuticamente adequada* ancorada na Constituição. Importante recordar aos alunos que não há uma única, verdadeira, válida e necessária solução para o caso em jogo. A estrutura da ordenação do jogo “faz com que o jogador desabroche em si mesmo”.⁸⁴¹

A idéia é a de construção do conhecimento no decorrer das trocas entre alunos vinculadas às regras que o jogo determina, mediante várias construções sucessivas. O professor é o orientador do jogo e instigará nos alunos momentos de discussão, de comprovação, de afirmação, de fundamentação, de refutação e de decisão. A produção do conhecimento é orientada por perguntas. Conhecimento, aqui, é vivência, e não passividade e conteudismo:

A compreensão se dará a partir da situação de diálogo, e isto significa, em última instância, a partir da dialética de pergunta e resposta, na qual nos entendemos e pela qual articulamos o mundo comum. [...] isso porque a orientação de mundo não se dá apenas no fato de desenvolver-se, entre os dialogantes, pergunta e respostas, mas por proceder das próprias coisas de que se fala.⁸⁴²

Civil, Processo Civil, Processo Penal e com a Constituição Federal. O objetivo é fundamentar as respostas às questões levantadas, organizar seus argumentos e preparar a defesa ou a acusação de como resolveria o caso em questão. Após, concluída essa etapa, o professor organiza três mesas de mediação onde os interlocutores e vice-interlocutores de cada grupo farão a defesa de seus argumentos. Os observadores também participam dessa etapa, mas de forma diferente, pois, para Gadamer, o mero espectador não existe em absoluto, pois que, “no teatro ou no auditório, no museu ou no isolamento de uma leitura, se enxerga, em uma distância inabordável, a um prazer estético ou formativo. Se malentende a si mesmo”. (GADAMER, Hans-Georg. **Estética y...** *Op. cit.*, p. 136).

Na seqüência, é sugerido que cada grupo de jogadores solicite momentos de interrupção para reunir-se com os observadores e avançar no processo de proposições, objetivando o acordo. Esse é o momento do diálogo hermenêutico. Tal aspecto alinha-se com a interpretação oferecida por Castanheira Neves: “situação existencial que na experiência jurídica, ou na experiência da realização do direito, será uma específica situação de *diálogo* – o diálogo aberto e mediatizado pela ‘controvérsia’ em que se traduz toda a concreta realização do direito”. (CASTANHEIRA NEVES, António. **O actual problema...** *Op. cit.*, p. 20, nota de rodapé 33).

Ao final do jogo, o professor, reúne todos os alunos e, de posse do acordo realizado por cada grupo, convida-os a desempenhar o papel do juiz com o objetivo de encontrar o direito, isto é, “*concretizar a lei em sua aplicação*”. A conclusão do jogo se dá quando os alunos chegarem a uma decisão, que será a *resposta hermenêuticamente adequada* à luz da Constituição Federal. Como é um exercício, os alunos vão construindo a resposta.

⁸⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 179.

⁸⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II.** *Op. cit.*, p. 13

Naturalmente, deve-se perguntar se a *busca da resposta hermenêutica adequada* pode ser construída na perspectiva do conceito estrutural do jogo desenvolvido por Gadamer. Acredita-se que o exemplo privilegia a experiência hermenêutica, pois exige predisposição de quem quer participar. É como uma aventura, “permite que se sinta a vida no todo, na sua amplitude e na sua força”.⁸⁴³ O jogo só cria uma situação favorável “devido à possibilidade de o jogador/aluno se colocar diante de si mesmo em risco. Posso me autoexperimentar no jogo, ele me dá a possibilidade de um comportamento que normalmente não devo ter. Ao jogar se experimentam diferentes papéis sociais”.⁸⁴⁴

Este é apenas um exemplo de como o ensino pode se apoiar no modelo estrutural lógico-ontológico de jogo concebido por Gadamer. É possível desenvolver uma infinidade de estilos diferentes de jogos, pois a aula em si é a representação de um jogo, como já explicitado. A organização da aprendizagem através do jogo baseia-se fundamentalmente no diálogo, busca respostas a perguntas que, em geral, são práticas na relação entre conteúdos e áreas de conhecimento e lhes dão significado. Esse pode ser um modo diferente de trabalhar com os educandos, valorizando o resultado dos alunos como algo peculiar e especial de cada um como participante do processo de ensino-aprendizagem.

Enquanto Descartes utilizava o método dedutivo⁸⁴⁵ na busca de saber como é possível conhecer e como se chega à verdade do objeto que se quer conhecer, Gadamer mostra que o jogo, como a obra de arte, não tem a pretensão de demonstrar sua utilidade para algo, mesmo sendo o resultado de um fazer humano que está à disposição para o uso, mas, como a obra de arte, não foi produzido com intento utilitário. O aluno sempre foi colocado como objeto do conhecimento, emprestando ao professor a condição de sujeito do conhecimento e um ensino em conformidade com o saber do docente.

⁸⁴³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 130.

⁸⁴⁴ SCHUK, Rogério José. **O jogo como fio-condutor da explicação ontológica de Gadamer: subjetividade e compreensão**. Disponível em: <<http://www.dialetica-brasil.org>>. Acesso em: 1º maio 2006, p. 13.

⁸⁴⁵ Base do método desenvolvido por Descartes: - não aceitar nada como verdadeiro; dividir cada dificuldade em tantas parcelas quantas possíveis; conduzir os pensamentos por ordem, começando pelo mais simples, o mais fácil; revisar, revisar até ter certeza de que nada foi esquecido e, pela verificação e contagem, garantir o conhecimento.

Ao associar o jogo à obra de arte, Gadamer mostra de maneira original a diferença entre o pensamento do racionalismo e o que ele se propõe a desenvolver. A obra de arte tem um caráter de “como-si que reconhecemos como um rasgo fundamental da essência do jogo. É uma ‘obra’ porque é algo jogado. Não é algo como um objeto que habitualmente encontramos, sino que está por algo”.⁸⁴⁶ O recurso de ludicidade contribui, seguramente, para que o acadêmico entre na existência da própria aula. O jogo é ontológico “porque nele o sujeito é envolvido como um todo, não apenas do ponto de vista do conhecimento – como um espectador que examina um objeto à distância – mas porque, nele, o jogador ao jogar realiza uma experiência e revela o seu ser”.⁸⁴⁷

Enquanto a pura transmissão de conhecimento é algo repetitivo, o jogo enquanto jogo é algo irrepitível, jamais haverá resultado semelhante, pois ele é um fenômeno único em sua manifestação e seu aparecer. O jogo enquanto modo de ser no ensino jurídico deve ser reconstruído por seus jogadores (alunos e professores). Exige do observador (aluno) participante do jogo que construa algo, que se comprometa, que participe completamente no sentido de dialogar e de manifestar-se, exteriorizando sua compreensão.

Mesmo sendo insuficiente para abranger todas as questões do Direito, é possível concluir que o jogo, na perspectiva da hermenêutica filosófica de Gadamer, transcende a mera compreensão, e pode-se encontrar nele elementos significativos de aprendizagem a partir da idéia de buscar a *resposta hermenêuticamente adequada*, pois, ao jogar, o acadêmico se implica num justo decidir. Gadamer propicia uma compreensão mais ampla e a possibilidade de aplicação de sua teoria à educação jurídica. Mas, é importante reforçar que o que oferece é um dos caminhos, e merece ser analisado e internalizado no Direito.

⁸⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Estética y...* *Op. cit.*, p. 132.

⁸⁴⁷ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica...* *Op. cit.*, p. 112.

4.3 CONSCIÊNCIA DA HISTÓRIA EFEITUAL E A PRÁTICA PEDAGÓGICA: UMA TENTATIVA DE APLICAÇÃO

Gadamer assinala, no posfácio referente à 3ª edição de *Verdade e Método*, que tentou oferecer uma contribuição mediadora entre a filosofia e as ciências, sobretudo buscou desenvolver de maneira produtiva as questões radicais levantadas por Heidegger dentro do amplo campo da experiência científica. Inspirado em Heidegger, empreendeu um árduo caminho, buscando ultrapassar o limitado horizonte de interesses da metodologia da teoria da ciência. Isso o faz referenciar que a “hermenêutica filosófica se insere num movimento filosófico do nosso século que superou a orientação unilateral do *factum* da ciência, que era evidente e natural tanto para o neokantismo quanto para o positivismo da época”.⁸⁴⁸ A relevância da hermenêutica para a teoria da ciência é contextualizada por Gadamer “na medida em que, com sua reflexão no âmbito das ciências, descobre condicionamentos de verdade que não pertencem à lógica da investigação, mas a precedem”.⁸⁴⁹

A grandeza de Gadamer e a complexidade de seu pensamento podem ser percebidas quando, com humildade, confessa que também “terá de se conscientizar de que sua própria compreensão e interpretação não é nenhuma construção a partir de princípios, mas o aperfeiçoamento de um acontecimento que lhe vem de longe”.⁸⁵⁰ Nisto ele simboliza a consciência da história efetual como princípio hermenêutico e coloca “as ciências sociais num pé radicalmente novo”.⁸⁵¹

Stein define bem essa virada de Gadamer, afirmando que ele ofereceu, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva. Inseriu a interpretação num contexto “ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser, em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta”.⁸⁵² Essa conclusão de Stein mostra como o filósofo produziu a virada hermenêutica: ela acontece “do texto para a autocompreensão

⁸⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 509 e ss.

⁸⁴⁹ Idem, p. 510.

⁸⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 35.

⁸⁵¹ HECKMAN, Susan J. **Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento**. Traduzido por Luis Manuel Bernardo. Lisboa: Edições 70, 1990, p.141.

⁸⁵² STEIN, Ernildo. **Exercícios...** *Op. cit.*, p. 53.

do intérprete que, como tal autocompreensão, somente se forma na interpretação, não sendo, portanto, possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano”.⁸⁵³ Essa constatação de Stein reforça a tese do caráter de centralidade da consciência da história efetual a que Gadamer dá *status* de princípio hermenêutico.

Na linha trabalhada até o momento, é possível dizer que a força da hermenêutica filosófica de Gadamer decorre do fato de o autor ter confirmado que o tempo⁸⁵⁴ é o horizonte de todo compreender. A dogmática jurídica seqüestrou o tempo, e é o tempo que é dogmático, pois congela as possibilidades do futuro. Neste sentido, Streck assinala que a dogmática jurídica para atingir esse desiderato “procura critérios absolutos, cuja função é pré-normatizar o (sentido do texto), suprimindo-lhe a história e o tempo. Com isso, *seqüestra-se a possibilidade ôntico-ontológica própria do ato interpretativo-apilcativo*”.⁸⁵⁵ A dogmática “tende a reproduzir, pelo positivismo, uma forma objetivadora, incapaz de produzir a diferença entre a racionalidade de caráter entificador quando busca a validação do discurso jurídico”.⁸⁵⁶ Por isso Gadamer assume que não é exagerado falar de uma genuína produtividade do acontecer.

Sob essa perspectiva, ele eleva a historicidade à função de princípio⁸⁵⁷ hermenêutico, mostrando a importância da consciência histórica como possibilidade de extrair da luz dos pré-juízos que presidem a compreensão para que aflore e se imponha a tradição como outra maneira de pensar. Em Gadamer, como já apontado, a relação com a tradição está submetida a um processo de contínua formação, que é construído “à medida que compreendemos, que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-a, assim, a partir de nós próprios”.⁸⁵⁸ Quando Gadamer construiu sua

⁸⁵³ STEIN, Ernildo. **Exercícios...** *Op. cit.*, p. 53.

⁸⁵⁴ O tempo, para Gadamer, não é um “abismo a ser transposto porque divide e distancia”, mas, na verdade, ele é “o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes”. É ainda mais enfático ao advogar que o tempo “não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 445.

⁸⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. O efeito vinculante... *Op. cit.*, p. 97.

⁸⁵⁶ STEIN, Ernildo. **Exercícios...** *Op. cit.*, p. 161

⁸⁵⁷ Grondin reporta que, para Gadamer, a consciência da história efetual “é algo muito mais fundamental, pois, para ele, ela goza de *status* de um ‘princípio’ do qual se pode deduzir quase toda a hermenêutica”. GRONDIN, Jean. **Introdução à...** *Op. cit.*, p. 190.

⁸⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 440.

teoria sobre fusão de horizontes, tinha como objetivo descrever a maneira pela qual se adquire “consciência da história efetual”.⁸⁵⁹

O autor reivindica que o diálogo com o passado é o acontecer da compreensão, mesmo que seja um diálogo da alma consigo mesma, pois ele brota de um movimento comunicativo do ser com seu próprio ser. A experiência hermenêutica permite transpor e inclui sempre um encontro com o outro, que vem, por sua vez, à fala. Tais aspectos encontram respaldo em Rohden quando referencia que “as obras humanas não são fósseis, mas vozes que nos chegam do passado com as quais necessitamos entrar em diálogo, não apenas para conhecer mais, mas para viver melhor”.⁸⁶⁰

Cabe agora investigar a aplicabilidade ou não da consciência da história efetual na ação pedagógica do professor como experiência hermenêutica. Para o autor, a verdadeira experiência é aquela na qual o ser humano se torna consciente de sua finitude, dessa limitação, ou seja, é saber que não se é senhor do tempo nem do futuro. Ela é fruto da própria historicidade,⁸⁶¹ que tem a ver com tradição, com o saber

⁸⁵⁹ Assim, tomando como base o pensamento diferenciador de Gadamer, pode-se dizer que o momento da história efetual é essa atualização na compreensão que deve se realizar sempre além de uma mera reconstrução. Esta é precisamente a verdadeira compreensão para Gadamer: que, ao buscar recuperar os conceitos de um passado histórico, também esteja presente o próprio conceber, que, para ele, também é chamado de “fusão de horizontes”. Uma hermenêutica adequada deve ser constituída de um *a priori* histórico, pois ela “entra constitutivamente na realização da nossa compreensão”. CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U., 1973, p. 127.

⁸⁶⁰ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica metodológica e...* *Op. cit.*, p. 130.

⁸⁶¹ Aqui é importante destacar o que diferencia o conceito de historicidade de Gadamer e o desenvolvido pelo historicismo. O historicismo foi um movimento filosófico que surgiu no final do século XVII. Um dos objetivos presentes em seu alvorecer foi de reabilitar a história como categoria de conhecimento, rejeitando o racionalismo e o universalismo provenientes do jusnaturalismo moderno-iluminista, que enfatizavam a razão como método supremo. Pode-se perceber similitude de objetivos. A Escola Histórica do Direito foi influenciada tanto pela filosofia de Schelling como pela filosofia de Hegel. O que se observa é que posteriormente, no entanto, “ela assumiu um aspecto declaradamente positivista e mesmo materialista, abandonando o invólucro idealista que lhe fora peculiar em suas origens”. DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnic, 1952, p. 322. O historicismo surgiu na Alemanha, como um movimento cultural amplo, abrangendo desde o pensamento filosófico-jurídico até os meandros da arte, dos sentimentos, da emoção, da sensibilidade, da ciência, da economia, da história etc. Como precursores do historicismo citam-se E. Burke (1790) e Herder. No século XIX, Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861), um dos maiores juristas alemães de seu tempo, subsidiava com sua contribuição a fundamentação do historicismo como Escola Histórica do Direito. Sua ruptura traduz-se no repúdio à doutrina do Direito Natural e à expressão racional do Direito – defendida pela Escola da Exegese. A tarefa hermenêutica do jurista era puramente histórica, ou seja, comprovar o sentido original da lei. Gadamer vai dizer que o próprio Savigny ignorou “a tensão entre sentido jurídico originário e atual”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 485.

adquirido pela linguagem como um conteúdo de sentido “desvinculado de toda a atadura para com os que opinam, para com o eu e o tu”.⁸⁶² O correlato da experiência do tu, para Gadamer, é a *consciência histórica*, a que quer compreender a tradição: “Não pode abandonar-se à forma metódico-crítica de trabalho com que se aproxima das fontes, como se ela fosse suficiente para proteger contra a intromissão de seus próprios juízos e preconceitos. Verdadeiramente tem que pensar também a própria historicidade”.⁸⁶³

Estar aberto ao que a tradição tem a dizer significa que se possui *consciência histórica efetual*. Isso se dá quando “temos de deixar ver a tradição em suas próprias pretensões e não no sentido de um mero reconhecimento da alteridade do passado, mas na forma em que ela tenha algo a me dizer”.⁸⁶⁴ O agir pedagógico preponderante orienta-se pela postura lógico-formal dedutiva, transformando o saber jurídico em um saber a-histórico. Contrariamente, ter consciência histórica não é deduzir, comparar e igualar o que vem com a tradição, mas deixar que a tradição se converta em experiência, jamais como um projeto acabado, tendo presente que é impossível participar duas vezes da mesma experiência. Assim, o professor tem uma participação fundamental em orientar os alunos sobre a importância de que a consciência histórica tem presente pela experiência que nada retorna e que “toda e qualquer experiência autêntica só se faz uma vez”.⁸⁶⁵

No ato pedagógico, educador e educando devem permitir que a tradição tenha algo a lhes dizer, ampliando seu ângulo de observação de ser-no-mundo e ser-com-mundo, “deixando que a tradição se converta em experiência e mantendo-se aberta à pretensão

Savigny aborda o tema da interpretação, importa trazer ao texto as idéias-chaves defendidas pelo autor na obra *Metodologia jurídica*. Quando fala de interpretação, Savigny quer dizer que ela deve representar a “reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei”, e que a “tarefa suprema da interpretação é a crítica superior, isto é, a restituição do sentido corrompido” ou, ainda, que “toda crítica, do mesmo modo que toda interpretação, deve trabalhar com a certeza. [...] Na crítica a expressão de ‘audácia’ é completamente imprópria, porque toda crítica prescinde de arbitrariedade e pressupõe uma necessidade”. Ora, essa metodologia proposta por Savigny mostra que, apesar de dar centralidade à história, ele ainda não se afastou dos dogmas do racionalismo: certeza e cientificidade. Ao tratar do sistema jurídico, Savigny vai dizer que ele deve ser apresentado e vinculado com a exegese, “de modo que o sistema surgisse evidente, em cada momento da interpretação”. É nesse momento que se percebe que Savigny não se afasta do pensamento racionalista, pois prossegue dizendo que, para que o aluno possa interpretar, “não se requer a totalidade do material, mas tão só aquilo que tende à elaboração posterior de todos os objetivos”. SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 65 e ss.

⁸⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 528.

⁸⁶³ Idem, p. 532.

⁸⁶⁴ Ibidem, p. 533.

⁸⁶⁵ ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica...** *Op. cit.*, p. 98.

de verdade que vem ao encontro dela”. O que caracteriza, portanto, a consciência da história efetual é que a “consciência hermenêutica tem sua consumação não na certeza metodológica sobre si mesma, mas na pronta disposição à experiência que caracteriza o homem experimentado, face ao que está preso dogmaticamente”.⁸⁶⁶ A experiência acontece a partir e dentro de um determinado contexto histórico. Desse modo,

Nós estamos mais submissos a ela do que disso podemos ter consciência. Em toda parte onde nós compreendemos, a história efetual está em ação como horizonte que não pode ser questionado retroativamente, até a clareza definitiva daquilo que pode parecer-nos significativo e questionável. Dessa forma, a história efetual obtém a função de uma instância basilar para cada compreensão, a partir da qual toda a compreensão continua determinada, evidentemente também ali onde ela não quer admiti-lo.⁸⁶⁷

Aqui, pode-se falar que ter consciência histórica é apenas um momento na realização da compreensão: ela não toma o lugar de uma *verdade definitiva* aparada no império da lei. E, além disso, não é ficar alienado numa consciência passada e, sim, graças ao fenômeno da *distância temporal*, se pode ver o fato jurídico de perspectivas diferentes que se revelam pela interrogação radical, para compreender a historicidade que também é nossa. As palavras de Gadamer são reveladoras para esse avançar no ensino jurídico:

Compreender é operar uma mediação entre o presente e o passado é desenvolver em si mesmo toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige a nós. Nesse sentido radical e universal, a tomada de consciência histórica não é o abandono da eterna tarefa da filosofia, mas a via que nos foi dada para chegarmos à verdade sempre buscada.⁸⁶⁸

O projeto de um horizonte histórico, como já visto anteriormente, é só uma fase ou momento na realização da compreensão no ato pedagógico, que não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente ao trazer a realidade de volta ao ensino jurídico. Nessa linha de idéias, o importante é buscar a participação do educando, propiciando o exercício de mediação entre o presente e o passado.

⁸⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 533.

⁸⁶⁷ GRONDIN, Jean. **Introdução à...** *Op. cit.*, p. 190 e ss.

⁸⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg (org.); FRUCHON, Pierre. **O problema da consciência histórica**. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 71.

Com Streck, não é demais lembrar que, para sair da crise, é necessário “pôr de lado a **ferramenta inadequada**, representada pelo *modus operandi* da dogmática jurídica, calcada no paradigma metafísico-objetificante, no interior do qual o sentido comum (teórico) se constitui como o lugar da pré-compreensão do jurista/operador/intérprete”.⁸⁶⁹ Esta postura metodológica fundamental reflete que a dogmática jurídica se apropriou de conceitos desenvolvidos pelo senso comum e que falta um sentido crítico frente à tradição ao homenagear o sentido comum teórico como a interpretação por excelência.

Gadamer dirá que faz “parte da essência do humano o poder romper, criticar e desfazer a tradição”,⁸⁷⁰ querendo com isso reafirmar que a compreensão não quer dizer “meramente a apropriação da opinião da tradição ou o reconhecimento do que foi consagrado na tradição”.⁸⁷¹ O apropriar-se da tradição permite ao acadêmico não apenas compreender textos,⁸⁷² mas, como experiência meditada, rejeitar a reivindicação de verdade do positivismo exegético-normativista.⁸⁷³ A consciência da história efetual,

⁸⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica...** *Op. cit.*, p. 292.

⁸⁷⁰ GADAMER, **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 27.

⁸⁷¹ Idem, *Ibidem*.

⁸⁷² Com essa ressalva, Gadamer quer mostrar que a hermenêutica jurídica foi se separando da teoria da compreensão, por estar embasada em objetivos dogmáticos. Esta é a razão para realizar uma análise profunda sobre o significado paradigmático da hermenêutica jurídica, investigando o comportamento do historiador jurídico e do jurista. Não limita a tarefa do historiador do Direito à reconstrução do sentido original do conteúdo da lei para determinar seu sentido originário. Assevera que enquanto historiador, “ele se movimenta numa contínua confrontação com a objetividade histórica para compreendê-la em seu valor posicional na história, enquanto que o jurista, além disso, procura reconduzir essa compreensão para a sua adaptação ao presente”. (*Ibidem*, p. 484).

⁸⁷³ Para exemplificar, Streck apresenta um *case* que pode ser utilizado para exercitar no aluno a crítica, examinar o caráter problemático, contingente e histórico de uma prática decisionista que demonstra e arbitrariedade positivista. É um fato que ocorre diuturnamente no Brasil e, por seu desfecho inusitado, é oportuno utilizá-lo em sala de aula, instigando o aluno a realizar a experiência hermenêutica da construção de um horizonte histórico, para ter condições de oferecer uma análise crítica sobre a interpretação do Juiz de Direito, frente ao caso concreto. O autor salienta que o problema demonstra uma prática decisionista, “mesmo sob a roupagem de uma ‘decisão crítica’, elaborada – pretensamente – à luz de um dos mais avançados princípios jurídicos produzidos no direito penal do Estado Democrático (e Social) de Direito. Com efeito, dois indivíduos invadiram uma casa e dali subtraíram alguns objetos, parte deles avaliados em cerca de R\$ 100,00 (um dos objetos, um aspirador de pó, não foi avaliado). Foram presos em flagrante e denunciados por tentativa de furto qualificado (art. 155, § 4º, inc. II, c.c. o art. 14, inc. II, do Código Penal). Entretanto, a denúncia foi rejeitada pela juíza de Direito, sob o ‘fundamento’ de o fato ser insignificante. O Ministério Público interpôs recursos (Apelação n. 70.012.342.515 – TJRS), alegando que, ao contrário do alegado pela juíza, o fato constitui, sim, crime. Exarei parecer no recurso, *entendendo ser nula a decisão, por total falta de fundamentação*, que pura e simplesmente fez menção a um ‘precedente’, arquitetado no princípio da insignificância. Eis o precedente, posto plenipotencialmente como fundamentação do ato decisório:
FURTO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Hipótese que caracteriza o delito de bagatela, ensejando a aplicação do princípio da insignificância. Apelo improvido.

como experiência, é sempre um confronto com a tradição histórica e, por isso, um desafio crítico.

O ensino de Direito deve incutir no aluno o poderoso potencial de irradiação que a consciência da história efetual oferece para o desenvolvimento de sua autonomia de espírito, responsabilidade pela construção de seus próprios argumentos e de seu saber. Esta é a postura que deve orientar a relação ensino-aprendizagem, pois ela exige de ambos (aluno e professor) participação e distanciamento. A isso se acrescenta ainda que, para alcançar um horizonte histórico, é necessário um esforço pessoal, pois “a fusão tem lugar constantemente no domínio da tradição, uma vez que é nela que o velho e o novo crescem juntos para uma validade repleta de vida, sem que um ou outro chegue a destacar-se explicitamente por si mesmo”.⁸⁷⁴

A aquisição de horizonte⁸⁷⁵ se dá na mediação entre a tradição que está consubstanciada na doutrina, leis, textos e jurisprudência, que foram construídos ao longo da história e podem servir como fontes mediadoras, aproximar mundos, possibilitar a fusão de horizontes a partir da condição individual de ser-no-mundo.

Daí a importância de se utilizar exercícios dialógicos e integrativos opostos à racionalidade jurídico-técnico-instrumental do positivismo, já que o aluno é instigado a elaborar suas respostas a partir do horizonte construído por ele. Como ilustração, tome-se um conceito jurídico universal e consagrado como o direito de propriedade. Experienciando o conceito de consciência da história efetual desenvolvido por Gadamer, poder-se-á enriquecer sobremaneira a compreensão do aluno procurando, inicialmente,

E nada mais foi dito na decisão”. STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos; A incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*Ontologische Differenz*) entre Texto e Norma. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito** – Mestrado e Doutorado, 2005, p. 34 e ss.

⁸⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 2-4 e ss.

⁸⁷⁵ Como exemplo, o professor poderá, com os alunos, analisar determinada decisão do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais inferiores, onde o acadêmico é instigado a construir seu horizonte histórico, identificando os princípios básicos constitucionais que foram observados para a construção da decisão judicial, observará quais elementos e valores históricos e políticos foram decisivos para a decisão, enfim a: “extrair da decisão quais são os princípios utilizados para resolver o caso, comparando as posições da maioria e dissidência, Procurador Geral ou Tribunal Inferior, a fim de ver como esses princípios tem funcionado na realidade e como podem ser utilizados em casos futuros, e que conexão guardam com outros casos já resolvidos pelo Tribunal, armando de tal modo a trama jurisprudencial”. GORDILLO, Agustin. **El método en Derecho**. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 55.

explorar o sentido de *Direito de Propriedade* desde os primórdios da Humanidade, integrando conteúdos de História, Sociologia, Direito, Economia, livre mercado e outras áreas de conhecimento. Num segundo momento, analisar a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto, iluminada com casos concretos de defesa da propriedade, para culminar com temas atuais complexos e contraditórios como a luta do Movimento dos Sem Terra (MST), a luta dos índios pela terra, o impasse entre Bolívia e Brasil sobre a exploração de recursos naturais etc. Enfim, cada tema escolhido suscita uma infinidade de possibilidades. Por conseguinte, o aluno será participante do processo, pois exercitará sua criatividade, integrando a compreensão a que chegou com a história, a doutrina, a jurisprudência, as normas em vigor, os princípios constitucionais, casos reais retratados, integrando ainda conhecimentos de outras áreas do Direito.

Um dos objetivos de buscar em Gadamer o fio condutor para entender como é possível o compreender do aluno é que ele faz parte do acontecer interpretativo, é o sujeito, visto sob a perspectiva de que cabe a ele se empenhar em se apropriar dos textos que são transmitidos pela tradição e que precisam ser interpretados. Ter senso histórico pode contribuir para a reflexão toda vez que a Universidade vai ao encontro da comunidade e busca refletir, a partir da realidade, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais, direitos individuais e coletivos, direitos sociais e políticos, meio ambiente, políticas de exclusão, violência, Direito Internacional e outros tantos problemas sociais, políticos, jurídicos, econômicos e educacionais que afligem a população. Ao inserir-se numa tradição, o presente encontra suas raízes. Ao trazer essas questões para a sala de aula, “é preciso que o conhecimento, construído de forma integradora e interativa, proponha a análise e a ação transformadora, pois só se aprende o que se sente profundamente”.⁸⁷⁶

Gadamer instiga colocando: “O que uma consciência atualizada conhece como tradicional e credenciado e contrapõe ao afã inovador não é a tradição viva. Sua verdade autêntica é mais profunda; reside num âmbito que atua precisamente quando afrontamos o futuro e ensaiamos o novo”.⁸⁷⁷

⁸⁷⁶ Cf. GADOTTI, Moacir. As muitas lições de Freire. In: McLARE, Peter; LEONARD, Peter. **Paulo Freire; Poder, desejo e memórias da libertação**. Traduzido por Moacir Gadotti *et al.* Porto Alegre: Artes Médicas, 1998, p. 30 e ss.

⁸⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 172.

Assim, a hermenêutica filosófica instala-se dentro do campo da educação jurídica numa leitura de norteamo mais amplo, abrangendo também a relação com toda a experiência que o aluno realiza. A experiência “precisa triunfar sobre a tradição sob pena de fracassar por causa dela. O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar contra alguma coisa”.⁸⁷⁸ De modo semelhante, ao compreender uma lei o aluno “não apenas se projeta, no esforço da compreensão, em direção a um significado, mas adquire pela compreensão uma nova liberdade de espírito”.⁸⁷⁹ É nessa linha que Gadamer propõe que a interpretação é “um processo de aprendizagem na qual somos levados a perceber o caráter perspectivo de nosso conhecimento”.⁸⁸⁰ O problema que então se põe é saber como engajar o aluno na produtividade hermenêutica da experiência como resultado de seu próprio esforço.

Por mais paradoxal que pareça, tal sistemática não se faz sem exigências concretas. Jamais se conseguirá modificar a realidade da educação jurídica se não houver uma exigência maior do professor em relação ao aluno. Com efeito, não significa retroceder e (re)colocar o aluno como objeto do conhecimento, pois seria o mesmo que renegar a importância do paradigma da hermenêutica filosófica como possibilidade de o ensino sair de sua crise. Educar-se exige um “contínuo diálogo problemático-judicativo com a prática histórica dos casos decididos”.⁸⁸¹

Ao trazer o tema da consciência da história efetual, não se quer dizer que o aluno deve voltar seu raciocínio ao passado e que a formação deve ter como suporte respostas *a priori* a partir do saber transmitido pela doutrina, jurisprudência ou pelo professor em sala de aula. Precisa-se da formação nas principais matrizes filosóficas para construir o conhecimento, pois ela pode propiciar aos acadêmicos uma visão independente a respeito da ciência, de tal maneira que possam se movimentar livremente no terreno das teorias que sustentaram ou sustentam o Direito e desenvolver o espírito de neutralidade perante a ciência. De outra parte, “convém que eu esteja consciente da distância histórica que me separa da obra; caso contrário, não entenderei

⁸⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da...** *Op. cit.*, p. 14.

⁸⁷⁹ *Idem*, p. 41.

⁸⁸⁰ KUSCH, Martin. **Linguagem como cálculo versus Linguagem como meio universal.** Traduzido por Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2001, p. 259.

⁸⁸¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **O Direito hoje...** *Op. cit.*, p. 61.

jamais sua peculiaridade: ser sensível à *alteridade* do texto é o sinal, diz Gadamer, de uma consciência ‘hermenêuticamente educada’⁸⁸².

È por esse caminho que o acadêmico construirá seu saber.⁸⁸³ Ao aproximar-se de uma variedade de teorias, o aluno revisita autores clássicos,⁸⁸⁴ contrasta pensamentos, critica, rompe com o já dado, reflete, incorpora sua compreensão e coloca-se frente ao fato jurídico com mais liberdade, pois participou do milagre da compreensão. A pertença à tradição é uma das condições da compreensão, e só é concretamente possível na medida em que se entende que compreender é sempre um processo de fusão de horizontes. O que se traduz numa inesgotável busca de complementaridade, não estando limitado apenas à proposta curricular e aos conteúdos ministrados de índole lógico-dedutiva, exigirá antes uma contínua reconstrução dialética e progressiva dos saberes frente ao fato jurídico concreto e que se convoquem dimensões lingüísticas de significação também históricas.

Essa reconstrução é possível à medida que o agir pedagógico se realiza como diálogo, onde o aluno é levado realmente a educar-se e a formar-se. A consciência da história efetual se dá na medida em que o aluno busca fundamentos para compreender o Direito. Em nenhum momento se tem a pretensão da totalidade de construção do saber jurídico compartimentalizando-o sob o ponto de vista histórico. Esse é um caminho. É necessária, também, uma atitude investigativa que se gesta a partir do mundo, da vida, dos saberes das diferentes áreas com a intenção de produzir conhecimentos novos, que estão em movimento e têm de ser constantemente repensados, mas, ao mesmo tempo,

⁸⁸² D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e...** *Op. cit.*, p. 415 e ss.

⁸⁸³ Uma estratégia bastante simples que é utilizada por professores das áreas humanas é a construção do “Diário de Aprendizagem”, que pode significar uma verdadeira experiência da aplicação do conceito de história efetual desenvolvido por Gadamer. Requer-se que o acadêmico desenvolva sua autonomia de espírito frente ao conteúdo da aula. É uma atitude metodológica que exige que o aluno, após a aula, elabore seu Diário de Aprendizagem, onde descreverá o assunto da aula, os temas abordados, a fala do professor, sua percepção frente ao tema abordado, uma síntese do pensamento de pelo menos dois autores sobre o tema para, no final, construir uma síntese das diversas posições sobre o tema. Enriquecido com os vários olhares sobre o mesmo assunto, ele terá condições de elaborar seu entendimento sobre o tema, não ficando refém de apenas uma visão. Certamente, essa estratégia exigirá mais do professor, pois seu papel será de interlocutor, de mediador, de guia que orientará os alunos a construírem seu referencial teórico.

⁸⁸⁴ A busca da compreensão habita também na tradição. “Nenhuma linguagem breve pode fazer justiça aos textos que sobreviveram – ao seu refinamento dialético, à sua riqueza intelectual, sua ironia, seu humor, seu *pathos* e suas explosões ocasionais de júbilo quando a alma parece dançar, embora o mundo a partir do qual esses textos foram escritos haja se transformado em cinzas”. STEINER, Georg. **Lições dos Mestres**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 186.

tendo um forte vínculo com a complexidade das relações jurídicas da pós-modernidade. Essa postura requer modéstia de que não se domina o saber.

4.4 A PROBLEMÁTICA DA REALIDADE SOCIAL COMO POSSIBILIDADE CRÍTICO-REFLEXIVA DA REALIZAÇÃO DO DIREITO: AS CONTRIBUIÇÕES DA TRANSDISCIPLINARIDADE

4.4.1 A compreensão da realidade jurídica em sua complexidade

A problemática da realidade social desafia a educação jurídica a (re)pensar a complexidade do Direito frente aos conflitos sociais contemporâneos. Nas últimas décadas, assistiu-se a um verdadeiro processo de transformação nas relações jurídicas, motivado pelo crescimento dos “direitos sociais” e “direitos transindividuais”, com a complexidade social que eles envolvem; pelas demandas coletivas; pelas sociedades corporativas transnacionais; pela modificação dos sistemas de produção, distribuição e consumo; pela mundialização da economia e pelas relações de consumo em escala planetária; pela complexidade e infinidade de leis nacionais e internacionais etc.

Essas novas demandas surgiram, principalmente, com a descolonização, que gradualmente recompôs o mercado mundial em linhas hierárquicas a partir de grandes potências mundiais, representadas, principalmente, pelos princípios básicos da economia do livre mercado, como: crescimento de organizações globais e empresas multinacionais atuando em escala planetária; descentralização gradual da produção; modelo de desenvolvimento baseado nas exportações; construção de uma estrutura de relações e organizações internacionais, como a Organização Mundial do Comércio, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial etc.; avanços na área da tecnologia da informação, que permitem a interligação de pessoas e nações numa rede de comunicações; alterações nas relações de trabalho; avanços na bioética e biotecnologia; construção de uma consciência interplanetária de preservação do meio-ambiente; multiplicidade de transações comerciais e regulamentações dessas transações; capital financeiro volátil; privatização em massa, com investimento de empresas estrangeiras etc. Cada um desses avanços impactou nas relações jurídicas tradicionais e passou a largo nas academias de Direito. As Universidades foram levadas de roldão pela velocidade

das mudanças, pois o tempo⁸⁸⁵ do “capital financeiro” é um “tempo instantâneo”, enquanto a formação do operador de Direito se dá em outra dimensão de “tempo”, é ainda refém de paradigmas e metodologias dos séculos XVIII e XIX. A revolução tecnológica, o capitalismo e a globalização propõem uma ruptura em relação ao “tempo”, pois as decisões exigem respostas urgentes. Neste sentido, Rocha reflete que o Direito tem a função de reduzir a complexidade, afirmando:

Direito tem que ter no questionamento, hoje em dia na globalização, a capacidade de se institucionalizar rapidamente, porque não temos mais aquela longa duração para criar os institutos. E ter a capacidade de, uma vez institucionalizados, admitir a desinstitucionalização e novamente uma outra re-institucionalização. O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir o Tempo e a si próprio.⁸⁸⁶

O desafio proposto aos Cursos Jurídicos é extremamente angustiante, como já visto anteriormente. Além dos questionamentos já levantados, também é preocupação pensar em como formar juristas a partir dessa complexidade de forças diferentes entre territórios e escalas (em nível local, regional, internacional e global), entre o público e o privado, a verdade da norma e o valor da justiça, o individual e o coletivo e o que os envolve, acrescidos de novos atores políticos, econômicos e sociais?

Tem-se claro que é um processo irreversível: o que se busca na seqüência é mostrar os benefícios da adoção de uma orientação transdisciplinar como interrogante dos desafios do ensino jurídico frente à complexidade do Direito, instigada pelas grandes transformações políticas, econômicas e sociais. O que se assiste nesse início de século é uma profunda alteração nas relações jurídicas, sociais, políticas e econômicas, tanto no nível nacional como no internacional. “O crescimento contemporâneo dos

⁸⁸⁵ Em suas últimas pesquisas, Rocha vem analisando as relações entre Tempo e Direito. Em um de seus mais recentes artigos, A Construção do Tempo pelo Direito, publicado no *Anuário/2003* do Programa de Pós-Graduação em Direito, pela Unisinos, utilizando a matriz sistêmica, defende a tese de que “o Tempo é uma instituição social e, nesse sentido, depende do Direito. O Direito é uma estrutura da sociedade e, assim, configura a continuidade e a descontinuidade da ação social na forma de sociedade dominante até o advento da globalização”. Em outra passagem, diz que, na atualidade, deixa de ter sentido “toda epistemologia montada na racionalidade ligada à idéia de Tempo e espaço newtoniano. Por tudo isso, então, é necessário procurar-se, como alguns chamam, o *ponto de mutação*, pensar um novo Tempo, um Tempo da relatividade. Neste novo Tempo tudo é instantâneo; não existe mais a separação rígida entre passado, presente e futuro. O tempo é imediato, impedindo que a Teoria do Direito possa se desenvolver dentro dos padrões normativos kelsenianos”. ROCHA, Leonel Severo. A construção do Tempo pelo Direito. In: _____; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 310-3.

⁸⁸⁶ Idem, p. 316.

saberes não tem precedentes na história humana”.⁸⁸⁷ Essa transformação ocorre simultaneamente com a necessidade de o ensino sair de sua crise e com o predomínio da lógica disciplinar de um positivismo exegético-normativista.

O Curso de Direito, ao longo das últimas décadas, perdeu o espaço institucional de colocar-se como ator privilegiado na discussão do que é Direito para o terceiro milênio. Os efeitos dessa tendência contemporânea já foram discutidos amplamente. Quer-se chamar a atenção ao fato de a complexidade do Direito poder desafiar a Universidade a ser um espaço de educação emancipatória, alicerçada no referencial dialógico, crítico e reflexivo e com o compromisso de enfrentar questões planetárias que envolvam as gerações futuras, formando profissionais comprometidos eticamente com um sistema jurídico para o bem comum.

Uma das alternativas é a opção pela transdisciplinaridade⁸⁸⁸ na formação do estudante de Direito, como possibilidade de superar um ensino que apenas repassa o conhecimento gerado, principalmente do tipo conceitual ou procedimental, e de atitude disciplinar ou interdisciplinar, avançando na direção da “*compreensão do mundo presente*”.⁸⁸⁹ Como já referenciado, o ensino jurídico precisa sair do positivismo reducionista, pois deve contemplar o desenvolvimento de todas as potencialidades do ser humano, incluindo a necessária conscientização da importância social do jurista na resolução dos conflitos da sociedade civil e de seu papel como agente de transformação

⁸⁸⁷ NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da Transdisciplinaridade**. Traduzido por Lúcia Pereira de Souza. São Paulo: TRIOM, 1999, p. 14.

⁸⁸⁸ Para a compreensão de como o saber pode evoluir para um saber transdisciplinar, é relevante trazer o conceito de interdisciplinaridade e pluridisciplinaridade. Nicolescu diferencia estes três movimentos: “*A pluridisciplinaridade diz respeito ao estudo de um objeto de uma mesma e única disciplina por várias disciplinas ao mesmo tempo*”. Por exemplo, uma decisão judicial a respeito do aborto pode ser vista sob a ótica do Direito Penal da Bioética, do Direito de Família e da Teologia etc., onde diferentes recortes se conjugam para formular constatações. “*A interdisciplinaridade tem uma ambição diferente daquela da pluridisciplinaridade*. Ela diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para a outra. Pode-se distinguir três graus de interdisciplinaridade: a) um grau de *aplicação*. Por exemplo: os métodos da física nuclear levam ao aparecimento de novos tratamentos para o câncer; b) um grau *epistemológico*. Por exemplo, a transferência de métodos da lógica formal para o campo do Direito produz análises interessantes na epistemologia do Direito; c) um grau de *geração de novas disciplinas*. Por exemplo, a transferência dos métodos da matemática para o campo da física gerou a física-matemática. Como a pluridisciplinaridade, a interdisciplinaridade ultrapassa as disciplinas, *mas sua finalidade também permanece inscrita na pesquisa disciplinar*. [...] *A transdisciplinaridade*, como indica o prefixo ‘trans’, diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo *entre* as disciplinas, *através* das diferentes disciplinas e *além* de qualquer disciplina. Seu objetivo é a *compreensão do mundo presente*, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento”. NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto...** *Op. cit.*, p. 50 e ss.

⁸⁸⁹ NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto...** *Op. cit.*, p. 51.

para o desenvolvimento na sociedade complexa em que se está inserido. É importante a contribuição de áreas como psicologia, economia, antropologia, biologia, ecologia, filosofia, bioética, comércio internacional, biosegurança, saúde, engenharia e comunicação, dentre outras, com os estudos jurídicos que não podem se restringir ao estudo dos códigos.

Pela amplitude das questões envolvidas, o Curso de Direito tem condições de privilegiar o contato com outras áreas do conhecimento e, em suas conexões com a sociedade, buscar a reversão do processo formativo, mudar de atitude frente ao problema do conhecimento para superar a visão do currículo estanque, positivista, especializado e disciplinar. Reaproximar a Filosofia e o Direito é um exemplo para restabelecer a identidade que foi perdida. Com isso, vai-se construindo um novo modo de orientar o aluno a aprender e compreender as implicações das decisões jurídicas na economia, na política, nas relações internas entre cidadãos, nas relações entre organizações e entre países e de outras infinitas que são afetadas pelo Direito. Por isso, torna-se indispensável que o currículo privilegie o caráter transdisciplinar do saber jurídico para ver o que está além dele. Rocha afirma que “somente uma nova matriz teórica transdisciplinar pode nos ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea, até então impotente para a compreensão e observação dos acontecimentos deste início de século”.⁸⁹⁰

O Direito Positivo exegético-normativista abomina a complexidade em suas reflexões; ele gosta de simplificar. Quanto mais simplifica, mais perde em realidade, em mundo; ao contrário, quanto mais complexo, mais se ganha em realidade. Por sua vez, a transdisciplinaridade oferece um “recorte diferente daquele instituído pelas matrizes teóricas cartesianas, que definiram a modernidade e a denominada dogmática jurídica”.⁸⁹¹ Resta, portanto, questionar: como a hermenêutica, a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica, a partir dessas considerações, podem oferecer subsídios para ver se há algo entre, através e além do pensamento disciplinar?

⁸⁹⁰ ROCHA, Leonel Severo. Transdisciplinaridade e Direito. In: LÔBO, Ielbo M.; FOLLMANN, José Ivo (Org.). **Transdisciplinaridade e Universidade**: uma nova proposta em construção. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2003, p. 40.

⁸⁹¹ Idem, *ibidem*.

Neste sentido, é interessante observar a posição de Nicolescu ao analisar se o pensamento clássico conseguia ver algo entre e através das disciplinas e além delas. Salienta que, “do ponto de vista do pensamento clássico, não há nada, absolutamente nada. O espaço em questão é vazio, completamente vazio”,⁸⁹² como o vazio que fica no estudante toda vez que o ensino jurídico se apóia nas teorias e modelos que atravessaram a história do Direito.

Ao trazer o tema da angústia, Heidegger mostra que esse pode ser o espaço privilegiado que instiga a humanidade silenciosamente para uma tarefa: ter que pensar. Ela coloca o ser diante de sua possibilidade mais própria. Para o filósofo, “a angústia mais verdadeira, a que abre mais amplamente o *Dasein* ao seu poder-ser, seria necessariamente fecunda”.⁸⁹³ A angústia manifesta o nada. Esta é a razão para o filósofo atribuir à angústia “uma lucidez, uma capacidade de revelação superior, um poder libertador”.⁸⁹⁴ Ele trabalha com o tema da angústia tendo como objetivo “salvar uma dimensão do pensamento que não permaneça na simples objetificação”.⁸⁹⁵ A coragem de deixá-la aflorar possibilita a experiência do pensamento, que ouve a voz do ser e não mais calcula, mas permite que o homem “assuma, na referência ao ser, a guarda do ser”.⁸⁹⁶

Quando a angústia se instala, sente-se a presença do nada. O nada é o testemunho da angústia. Heidegger afirma que, “na posse da claridade do olhar, a lembrança recente nos leva a dizer: diante de que e por que nós nos angustiávamos era ‘propriamente’ – nada. Efetivamente: o nada mesmo – enquanto tal – estava aí”.⁸⁹⁷ Esse “nada” que resta, a partir do momento que se permite o aflorar da angústia, atinge o acontecer do ser-aí. O homem tem a possibilidade de transformar-se, pois, na angústia, ele se depara com o nada. O nada é a probabilidade da revelação do ente enquanto tal para o ser-aí-humano.

⁸⁹² NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto...** *Op. cit.*, p. 51.

⁸⁹³ HAAR, Michel. **Heidegger e a essência do Homem**. Traduzido por Ana Cristina Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 80.

⁸⁹⁴ Idem, *Ibidem*.

⁸⁹⁵ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**: Filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Ed.UNIJUÍ, 2002, p. 57.

⁸⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. Posfácio. In: _____. **Conferências e escritos filosóficos**. Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 50. (Os Pensadores)

⁸⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. Que é Metafísica? In: _____. **Conferências e...** *Op. cit.*, p. 40.

Por isso o retorno a Heidegger. Ele reporta que sempre chegamos tarde, pois já antes o nada nos visita e nos envia para a angústia essencial, quando da fuga do ser do *Dasein*. A angústia está aí e o próprio nada nadifica.⁸⁹⁸ “O estar suspenso do ser-aí no nada originado pela angústia escondida transforma o homem no lugar-tenente do nada”.⁸⁹⁹ O nada é o impulso inicial que possibilita a revelação do ente enquanto tal para o ser-aí humano. O nada não é um conceito “oposto ao ente, mas pertence originariamente à essência mesma (do ser). No ser do ente acontece o nadificar do nada”.⁹⁰⁰ A angústia só se apodera de um *Dasein* resoluto, daquele que já aí está enquanto ser-no-mundo, ou, no afirmar de Haar “só se angustiam aqueles que, deste ponto de vista, a angústia torna livres e seguros deles próprios”.⁹⁰¹

Parece que nessa concepção de angústia Heidegger consegue mostrar que o homem ainda tem uma longa caminhada na e para a difícil tarefa de aprender: “nesta aprendizagem o pensamento prepara a sua própria transformação”.⁹⁰² O objetivo do autor é que a civilização mundial possa algum dia superar seu caráter técnico-científico-industrial como única via da habitação do homem no mundo. Heidegger colocou em questão que essa civilização mundial “certamente não o conseguirá a partir dela mesma e através dela, mas, antes, através da disponibilidade do homem para uma determinação que a todo momento, quer ouvida quer não, fala no interior do destino ainda não decidido do homem”.⁹⁰³

O pensamento preparador em questão tem sua possibilidade quando Heidegger introduz que é possível “um aparecer e um mostrar-se, como a clareira (*die Lichtung*)”.⁹⁰⁴ *Clareira*, como já apontado anteriormente, é tornar algo leve, tornar algo livre e aberto: “a dimensão livre que assim surge é a clareira”.⁹⁰⁵ É esclarecedor reler

⁸⁹⁸ Para Heidegger, “o nadificar do não é um episódio casual, mas, como remissão (que rejeita) ao ente em sua totalidade em fuga, ele revela este ente em sua plena, até então oculta, estranheza como o absolutamente outro – em face do nada. Somente na clara noite do nada da angústia surge a originária abertura do ente enquanto tal: o fato de que é ente – e não nada”. (Idem, p. 41).

⁸⁹⁹ Ibidem, p. 42.

⁹⁰⁰ Ibidem, p. 41.

⁹⁰¹ HAAR, Michel. **Heidegger e a...** *Op. cit.*, p. 80.

⁹⁰² HEIDEGGER, Martin. O fim da Filosofia e a tarefa do pensamento. In: _____. **Conferências e...** *Op. cit.*, p. 74.

⁹⁰³ HEIDEGGER, Martin. O fim da Filosofia.. *Op. cit.*, p. 74.

⁹⁰⁴ Idem, p. 77.

⁹⁰⁵ Idem, Ibidem.

suas provocações. Com tal perspectiva será possível depreender que, de certo modo, Heidegger desvelou as faculdades de um pensamento que possa romper com as insuficiências das análises reducionistas da divisão positivista e disciplinar da hierarquização das ciências propostas por Comte. No ambicioso empreendimento de Heidegger, não é demais perceber o embrião de outro pensamento, que é o transdisciplinar. A abertura dessa clareira no Direito “é esse novo modelo de conhecimento fundado pela idéia do ser-no-mundo **que nos remete a uma abertura**, que é, enquanto ser-em (*In Sein*), condição de possibilidade de qualquer conhecimento”.⁹⁰⁶

O construto teórico de Heidegger poderia, então, auxiliar a apreender a complexidade com que se depara a humanidade, tanto em nível social global como no de cada ser humano em particular? Percebe-se que Heidegger estava constantemente a caminho, utilizando um vocabulário original para evitar as simplificações da filosofia tradicional e que, ao mesmo tempo, possa ser traduzido para a linguagem cotidiana. Desenvolveu um pensamento complexo partindo da linguagem para falar sobre o mundo cotidiano e sobre o próprio ser, e que pode auxiliar para uma abordagem mais elaborada da complexidade social. Por isso, acredita-se possível levar o pensamento de Heidegger para provocar a transdisciplinaridade como momentos pedagógicos na educação jurídica.

Gadamer preocupou-se também com essa questão. Ele “quer descobrir e tornar consciente algo que permanece encoberto e desconhecido por aquela disputa sobre os métodos, algo que, antes de traçar limites e restringir a ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível”.⁹⁰⁷ Sua investigação, como já apontado, coloca a questão ao todo da experiência humana de mundo e da práxis da vida. Ele consagra que “nós pensamos a partir do *medium* da linguagem”.⁹⁰⁸ Tudo inicia com a linguagem e “ela só tem seu verdadeiro ser na conversação, no exercício do mútuo *entendimento*”.⁹⁰⁹ No entendimento que se dá pela linguagem manifesta-se o mundo, que é o solo comum, “não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si”.⁹¹⁰ Todas

⁹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica...** *Op. cit.*, p. 278.

⁹⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I.** *Op. cit.*, p. 15.

⁹⁰⁸ *Idem*, p. 668.

⁹⁰⁹ *Ibidem*, p. 647.

⁹¹⁰ *Idem*, *Ibidem*.

as ciências são formas de comunidade lingüística e formam uma linguagem própria. Gadamer dirá: “O mundo lingüístico próprio, em que se vive, não é uma barreira que impede todo conhecimento do ser em si, mas abarca fundamentalmente tudo aquilo a que pode expandir-se e elevar-se a nossa percepção”.⁹¹¹

A partir do projeto hermenêutico de Gadamer, é possível reconhecer uma relação análoga ao que ocorre quando se evolui para a transdisciplinaridade. Somente o “*medium* da linguagem, por sua referência a todos os entes, pode mediar a essência histórico-finita do homem consigo mesmo e com o mundo”.⁹¹² Todo falar humano “é finito no sentido de que, nele, jaz uma infinitude de sentido a ser desenvolvida e interpretada”.⁹¹³ Também é possível encontrar pontos de apoio para entender a transdisciplinaridade a partir dessa “constituição fundamentalmente finita do ser, que desde seu fundamento está construída lingüisticamente”.⁹¹⁴ A linguagem “é, pois, ação. É condição de possibilidade”.⁹¹⁵

Como já referido, o diálogo como experiência hermenêutica delinea o caminho para trabalhar com a transdisciplinaridade, ele é o “sol que nos alcança e nos abandona com seus raios”.⁹¹⁶ Uma das chaves para trabalhar com a transdisciplinaridade é entender a pedagogia do diálogo de Gadamer.

Como prática pedagógica, o diálogo com outras áreas deve permear o Curso de Direito, pois oportuniza experienciar aprendizagens que, além de interdisciplinares e pluridisciplinares, possam ser experiências transdisciplinares. Não se quer com isso negar as disciplinas, mas que a educação jurídica não se restringe a elas, ou seja, não ficar refém dos estreitos limites intelectuais do currículo disciplinar e renunciar à compreensão de sua área de atuação, em seu contexto social, existencial e ontológico.

⁹¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. *Op. cit.*, p. 648.

⁹¹² Idem, p. 663.

⁹¹³ Ibidem, p. 665.

⁹¹⁴ Idem, Ibidem.

⁹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica...** *Op. cit.*, p. 263.

⁹¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I** *Op. cit.*, p. 651.

Ao romper com as insuficiências das análises disciplinares, interdisciplinares e pluridisciplinares, a hermenêutica possibilita outros olhares para posicionar-se frente à departamentalização das disciplinas de um currículo, a fragmentação dos saberes do Curso de Direito em si e com os outros saberes. O Direito, nessa linha, “passaria a ser utilizado não como instrumento de redução da complexidade ou reprodução de uma dada realidade, mas *como um mecanismo de transformação da sociedade*”.⁹¹⁷ Isso implica sair do mundo individual para o coletivo, integrando saberes e realizando um profundo trabalho para ir além da fragmentação de saberes.

Daí porque, quando o profissional exercer sua função como jurista, necessitará de conhecimentos mais sofisticados de sua área e do senso comum de outras ciências. O bom profissional sabe que precisa do diálogo e da formação interdisciplinar se quiser responder às questões complexas que a sociedade levanta, que podem ter especificidades e caráter holístico norteados pela transdisciplinaridade.

Para avançar com esse movimento, Rocha esclarece que não é uma tarefa facial, pois:

Todos esses fatores nos exigem uma revolução epistemológica (transdisciplinar) que rompe com a departamentalização dos campos de racionalidade dominantes. Isto é, permite a comunicação entre o eixo sincrônico e o eixo diacrônico da lingüística (Suassure), inter-relacionado a língua e a fala, o sistema jurídico e a história, permitindo uma nova hermenêutica. Assim sendo, entendemos que a transdisciplinaridade é o caminho para a observação dos caminhos que o Direito vai percorrer neste século XXI.⁹¹⁸

Por tudo isso, a indicação de Rocha determina que a ruptura com a disciplinariedade e a superação da fragmentação de saberes é fundamental, pois exige ações efetivas que contemplem a problematização de diferentes campos do saber: entrar no tema do outro com o olhar do seu campo de saber. Neste sentido, integrar-se efetivamente em ações que busquem superar as práticas isoladas e solitárias de cada Curso poderá favorecer uma leitura e interpretação da realidade mais completa, de tal modo que será possível efetivar a união e a coerência entre conhecimento e transformação, entre pensamento e ética e entre saber e fazer.

⁹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica...* *Op. cit.*, p. 57.

⁹¹⁸ ROCHA, Leonel Severo. *Transdisciplinaridade e...* *Op. cit.*, p. 43.

Uma vez aceita a idéia de diálogos transdisciplinares, é preciso que seja enfrentado, inicialmente, que cada ciência, ao se comunicar, consiga sair de sua linguagem normatizada⁹¹⁹ ou de seu *sensu comum teórico* para traduzir os conhecimentos científicos para a linguagem comum. Essa tarefa, para Gadamer, é o “único meio de as ciências da natureza alcançarem sua universalidade comunicativa e, com isso, sua relevância social”.⁹²⁰ Isso vale para toda e qualquer ciência, incluindo-se especificamente a ciência jurídica, que se comunica utilizando uma linguagem jurídica que é seu modo de ser.

É inegável que o ensino jurídico deve ter presente a necessidade de formar o bacharel em Direito em contextos mais complexos. Por mais incertas que sejam as bases efetivas que possibilitam um domínio da complexidade das relações contemporâneas, o Direito se vê confrontado com essa realidade e lhe é facultado descobrir novas leituras da problemática realização do Direito. A complexidade “nutre-se da explosão da pesquisa disciplinar e determina a aceleração da multiplicação das disciplinas. Graças às suas normas de verdade, uma disciplina pode pretender esgotar inteiramente o campo que lhe é próprio”.⁹²¹ Como enfrentar isso? Streck oferece a resposta: “romper com a ‘certeza de si do pensamento pensante’ (*Selbstgewissheit des denkenden Denken*)”.⁹²²

Gadamer também denuncia a estreita especialização do saber que é nociva, mesmo que em alguns momentos possa “eventualmente resultar em contribuições positivas para a pesquisa, mas, como princípio básico para sobreviver e se sentir em casa no nosso mundo, as experiências decisivas e a capacidade de formar juízos próprios e educar-se não ganham suficiente espaço aí”.⁹²³ O autor ainda conclama todos a ousar e a “fazer algo contra essa tendência, mesmo que o resultado seja incerto”.⁹²⁴

⁹¹⁹ Gadamer em nenhum momento quer dar a impressão de ser contra a construção de uma linguagem científica, pois acredita que “em muitos âmbitos traz certamente importantes esclarecimentos, sobretudo para a lógica e para a teoria da ciência. Para esse ideal, enquanto educação para um falar responsável, não se deveria colocar nenhuma restrição, mesmo no campo da filosofia”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 522. O que o autor traz é que para a ciência se comunicar com o saber comum e com outras ciências, e isso vale para diálogos transdisciplinares, essa linguagem ideal e perfeita da ciência necessita ser traduzida para ser compreendida.

⁹²⁰ *Idem*, p. 520.

⁹²¹ ALTHOFF, Fernando; FRAGA, Dinorá. Transdisciplinaridade em Basarab Nicolescu. In: LÔBO, Ielbo M.; FOLLMANN, José Ivo (Organ.). **Transdisciplinaridade...** *Op. cit.*, p. 19.

⁹²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica...** *Op. cit.*, p. 285.

⁹²³ GADAMER, Hans-Georg. Educação é educar-se. **Educação UNISINOS**, São Leopoldo, v. 5, n. 8, p. 25, 2001.

⁹²⁴ *Idem*, p. 26.

Insiste na idéia, pois se trata de forças humanas. “É delas que se trata quando queremos educar-nos e formar-nos, e é só se alcançarmos isso que conseguiremos sobreviver ilesos aos progressos da tecnologia e da mecanização”.⁹²⁵

Para que a transdisciplinaridade seja assumida como referencial político-pedagógico no Curso de Direito, uma estratégia é optar por ênfases e temas transdisciplinares, “com a intenção de lançar um novo e dinâmico olhar sobre a experiência humana”.⁹²⁶ Estes temas podem ser eleitos anualmente ou em periodicidade maior, envolvendo todas as áreas da Universidade, como também no interior do Curso de Direito. O objetivo é a compreensão do mundo presente em sua complexidade e a participação das diversas áreas do conhecimento, privilegiando o caráter transdisciplinar do saber jurídico. O conhecimento se articularia entre ciência, arte e humanidades, compartilhando linguagens em busca de (re)significar o saber.

A prática transdisciplinar “exigirá flexibilização, de modo a permitir que se proponham metodologias inovadoras, que se incorporem novos objetos, temas e problemas, que se façam perguntas inusitadas sobre temas e processos, enfim, que se rompam padrões e limites”.⁹²⁷ O projeto de Gadamer possibilita estratégias adequadas para criar movimentos transdisciplinares, sustentado pelo experienciar do diálogo entre grupos de pesquisadores, professores e alunos, como encontro de saberes que têm sustentação na linguagem e na historicidade como perspectiva que neutraliza o efeito redutor do positivismo exegético-normativista.

Contextualizada essa possibilidade, a orientação na forma de olhar a realidade a partir das ênfases e temas transdisciplinares também está apoiada teoricamente em Nicolescu, quando indica que:

A transdisciplinaridade é a transgressão da dualidade que opõe os pares binários: sujeito /objeto, subjetividade /objetividade, matéria /consciência, natureza /divino, simplicidade /complexidade, reducionismo /holismo, diversidade/unidade. Esta dualidade é

⁹²⁵ GADAMER, Hans-Georg. Educação é... *Op. cit.*, p. 26.

⁹²⁶ Ênfase e Temas Transdisciplinares é um conceito elaborado por um grupo do Planejamento Estratégico da Universidade do Vale do Rio dos Sinos no ano de 2002. A título de exemplo, a Unisinos elegeu como ênfase temáticas as seguintes referências: vida, tecnociência, historicidade e cidadania. Ver mais sobre o assunto em: LÔBO, Ielbo M.; FOLLMANN, José Ivo (Org.). **Transdisciplinaridade...** *Op. cit.*, p. 69 e ss.

⁹²⁷ LÔBO, Ielbo M.; FOLLMANN, José Ivo (Org.). **Transdisciplinaridade e...** *Op. cit.*, p. 81.

transgredida pela unidade aberta que engloba tanto o Universo como o ser humano.⁹²⁸

A opção por ênfases e temas transdisciplinares permite: romper barreiras entre professores, pesquisadores e acadêmicos dos mais diversos cursos, de profissionais nas suas mais diversas funções; modificar hábitos arraigados; romper com paradigmas já consagrados; engajar pessoas; aceitar os limites pessoais abrindo-se para acolher outras contribuições; flexibilizar; demonstrar disposição de romper o monólogo em favor de uma prática dialógica; transcender o conhecimento, enfim, abrir espaço para experienciar “aquilo que está ao mesmo tempo *entre* as disciplinas, *através* das disciplinas e *além* de qualquer disciplina. Seu objetivo é a *compreensão do mundo presente*, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento”.⁹²⁹

Essa experiência caracteriza o trabalho transdisciplinar através do qual docentes e acadêmicos de diferentes Cursos participam de um mesmo projeto, cada qual contribuindo com o enfoque de sua especialidade, aprendem a dialogar com o outro e a respeitar as posições e o conhecimento do outro, conscientizando-se da exigência de uma visão inter-relacional e global dos problemas e situações.

Todavia, não há uma receita milagrosa para acolher o movimento da transdisciplinaridade no interior das Universidades. Necolescu, apoiado no relatório da UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI, acredita que a abordagem transdisciplinar pode dar uma contribuição importante para o advento de um novo tipo de educação que dê ênfase a quatro grandes pilares: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver junto e aprender a ser.

Aprender a conhecer “significa ser capaz de estabelecer pontes – entre os diferentes saberes, entre estes saberes e seus significados para a vida cotidiana, entre estes saberes e significados e as capacidades interiores”. *Aprender a fazer* “é uma aprendizagem de *criatividade*”. A abordagem transdisciplinar para esse aspecto “está baseada no equilíbrio entre a pessoa exterior e a pessoa interior”. *Viver em conjunto* é aprender a ter uma “atitude transcultural, transreligiosa, transpolítica e transnacional”

⁹²⁸ NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto...** *Op. cit.*, p. 62.

⁹²⁹ Idem, p. 51.

para compreender mais as culturas. Por fim, *aprender a ser* “é uma aprendizagem permanente, na qual os professores informam os alunos tanto quanto os alunos informam os professores”. É um questionar sobre o existir. Nestas interrelações, “uma educação só pode ser viável se for uma *educação integral do ser humano*, uma educação que se dirige à totalidade aberta do ser humano e não apenas a um de seus componentes”.⁹³⁰

Tudo isso envolve, na base, que o Curso de Direito deve privilegiar o contato com outras áreas do conhecimento e suas conexões com a sociedade, buscar a reversão do processo formativo, mudar de atitude frente ao problema do conhecimento para superar a visão do currículo estanque, positivista. Com isso, vai-se formando uma nova forma de ajudar o aluno a aprender e compreender as implicações do Direito com as demais ciências e com a complexidade das relações sociais contemporâneas.

Tem-se, então, que a transdisciplinaridade estará presente no interior de cada disciplina, trabalhando na desconstrução da fragmentação do saber também nos conteúdos de cada disciplina. Essa tarefa terá o sentido positivo de pôr sob nova luz a disciplinaridade, considerada central no paradigma positivista. Somente assim será possível trabalhar o Direito Penal articulando-o com o Direito Constitucional, com o Direito Civil, com a Sociologia, a Psicologia e outras áreas de conhecimento.

4.4.2 Educação é educar-se e formação é formar-se: o diálogo como caminho para integrar a realidade à educação jurídica

Como Gadamer, Paulo Freire⁹³¹ também instiga a vivenciar o diálogo entre educador-educando e educando-educador, bem como com a sociedade. Isso requer uma ação transformadora. Exige que o ensino jurídico saia de seu dogmatismo para um

⁹³⁰ NICOLESCU, Basarab. A prática da transdisciplinaridade. In: PINEAU, Gaston; MATURANA, Humberto; RANDON, Michel [et al.]. **Educação e Transdisciplinaridade**. Traduzido por Judite Vero, Maria F. Mello, Américo Sommerman. Brasília: UNESCO, 2000, p. 150 e ss.

⁹³¹ A pedagogia freireana é dotada de uma universalidade que a torna extremamente atraente, porque busca reencontrar, no diálogo entre a Universidade e a Sociedade, a realidade mediatizada, na consciência de que, através dela, emirjam educadores e educandos comprometidos com o conteúdo programático a ser desenvolvido em sala de aula e nas atividades extramuros, como uma oportunidade produtiva de verdadeira comunicação co-responsável estendida à população em geral. As relações homem-mundo, o homem como sujeito consciente são os temas geradores da educação na pedagogia de Paulo Freire. Sua teoria parte de um referencial construtivista radical que aponta para a perspectiva do “diálogo” e da “reinvenção”, ou seja, do transformar-se a partir da ação e reflexão consciente.

Direito com significado social. Freire aponta que o ensino deve estar comprometido com os valores legítimos da sociedade brasileira, propiciando vivências solidárias e oportunizando a reflexão sobre as relações sociais.

Na perspectiva de Freire, a educação implica o ato de conhecer entre sujeitos:

O conhecimento [...] exige uma presença curiosa do sujeito em face do mundo. Requer ação transformadora sobre a realidade. Demanda uma busca constante. Implica em invenção e reinvenção. Reclama reflexão crítica de cada um sobre o ato mesmo de conhecer, pelo qual se reconhece conhecendo e, ao reconhecer-se, assim, percebe o ‘como’ do seu conhecer e os condicionamentos a que está submetido o seu ato.⁹³²

Desse modo, percebe-se uma aproximação entre o pensamento de Freire e de Gadamer, pois para Freire também as relações homens-mundo são os temas geradores e o conteúdo programático da educação da pedagogia freiana. “O homem, que não pode ser compreendido fora de suas relações com o mundo, uma vez que é um ‘ser-em-situação’, é também um ser do trabalho e da transformação do mundo. O homem é um ser da ‘práxis’; da ação e da reflexão”.⁹³³

É preciso conhecer o mundo, saber explicá-lo, entendê-lo (palavra) para poder transformá-lo (mundo). Tal aspecto alinha-se com o referencial teórico trabalhado em Gadamer. Na educação jurídica, ao vivenciar o diálogo com a comunidade o acadêmico aprenderia a riqueza da significação, a pluralidade construída a partir da constituição histórica, possibilitando uma reflexão crítica sobre as relações homens-mundo e homens-homens. Da prática de explicar a relação das pessoas entre si, a partir da organização da sociedade, constrói-se a metodologia conscientizadora. Possibilitar a apreensão da realidade inserida no meio acadêmico construirá sua forma de entendimento sobre o Direito, pensando-o para além dos códigos, pois não é suficiente o reconhecimento teórico dos direitos fundamentais sem que eles tenham a sociedade como base.

⁹³² FREIRE, Paulo. **Extensão ou Comunicação?** Traduzido por Rosisca Darcy de Oliveira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 27.

⁹³³ Idem, p. 28.

Na *theoria* contempla-se o que aparece isoladamente como tema ou conteúdo disciplinar como se esse fosse seu modo de ser natural. Ao trabalhar apenas com a perspectiva teórica na educação jurídica, é imperioso que não se esqueça que ela é uma perspectiva limitada e isolante, por isso a insistência de que ela não é a única perspectiva capaz de auxiliar o aluno na difícil tarefa de educar-se e formar-se, porque,

Durante séculos, a atitude teórica foi encarada como a única merecedora do cientista-filosófico, sem nenhuma outra forma de entendimento, e ao mesmo tempo, por essa razão, nenhuma outra forma de *ser* dos objetos foi alguma vez tomada em consideração. A ontologia de ‘coisas meramente ocorrentes’ é por isso interrompida por Heidegger e relegada para o ponto de vista especial dos cientistas como um ‘modo fundado’ ou entendimento derivativo do ser. Este ponto de vista derivativo, o qual nos trata como sujeitos inicialmente *sem mundo*, os quais de alguma forma estabelecem contato cognitivo com objetos separados, deveria ser entendido como uma versão especial da maneira mais original de nos entendermos a nós próprios como seres *com um mundo* que é caracterizado como ‘ser-entre’ ou envolvimento no mundo presente-à-mão.⁹³⁴

Voltando às teses de Heidegger, depreendem-se, ainda, outras conseqüências para justificar como o fenômeno do conhecimento do mundo se apreende. Primeiramente, Heidegger reitera que se precisa superar a suposição ainda tão corrente, “do conhecimento como uma ‘relação de sujeito e objeto’, tão ‘verdadeira’ quanto vã”.⁹³⁵

Sujeito e objeto não coincidem com seres *com um mundo*. Na relação ensino-aprendizagem também não pode haver essa separação, pois o acadêmico é o sujeito e não o objeto da aprendizagem. O conhecer já é em si um modo de ser-no-mundo e não pode ser interpretado como um processo isolado “através do qual um sujeito cria para si representações de alguma coisa, de tal maneira que estas representações, assim apropriadas, se conservem ‘dentro’ para, somente então, ser possível, por vezes, a pergunta de como deverão ‘concordar’ com a realidade”.⁹³⁶

⁹³⁴ FREDE, Dorothea. A questão do Ser; O projeto de Heidegger. In: GUIGNON, Charles B. (Direção). **Poliedro Heidegger**. Traduzido por João Carlos Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 80 e ss.

⁹³⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** – Parte I. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcanti Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes e Universidade de São Francisco, 2002, p. 98.

⁹³⁶ Idem, p. 101.

O ser-no-mundo e, com isso também, o mundo deve se tornar tema para sair do reducionismo das aulas puramente teóricas. Ao abrir-se espaço para o aluno se exercitar como ser-no-mundo ele aprende, sem dúvida, a lidar fundamentalmente com o conhecimento em sua ligação com a *práxis*.⁹³⁷ Faz-se esta aproximação “pelo fio condutor do ser-no-mundo cotidiano”⁹³⁸ que, ao possibilitar o contato do estudante com a realidade, propõe o desenvolvimento da consciência crítica, do estar aberto ao real, ao novo, ter uma postura de alteridade, isto é, de distância entre o eu como ser-no-mundo e o mundo circundante.

No exercício de alteridade, o acadêmico passa a perceber a importância de compreender que, no educar-se e formar-se, “só aprende verdadeiramente aquele que se apropria do aprendido, transformando-o em apreendido, com o que pode, por isso mesmo, reinventá-lo; aquele que é capaz de aplicar o aprendido-apreendido a situações existenciais concretas”.⁹³⁹

Por outro lado, uma crítica que se faz ao conceito de *práxis* é que ele foi ofuscado pelo de *técnica*. Parafraçando Gadamer e em outro contexto, pode-se observar que o conceito de *práxis* perdeu sua legitimidade no ensino jurídico ao assumir-se como decorrente de um processo lógico-estrutural e ao apoiar-se erroneamente no ideal de certeza,

[...] pois, desde que a ciência passou a ver o seu objetivo na análise que busca isolar os fatores de causalidade do acontecer – tanto na natureza quanto na história –, a *práxis* passou a ser uma mera aplicação da ciência. Mas essa ‘*práxis*’ já não precisa prestar conta de seus dados. É assim que o conceito de *técnica* marginalizou o conceito de *práxis*, em outras palavras, a competência dos *experts* marginalizou a inteligência política.⁹⁴⁰

⁹³⁷ Heidegger observa que “a atitude ‘prática’ não é teórica no sentido de ser desprovida de visão. Sua diferença para com a atitude teórica reside não somente no fato de que uma *age* e a outra contempla, e de que, para não ficar cego, o *agir* faz uso de conhecimentos teóricos, mas, sobretudo, porque originariamente tanto contemplar é ocupação como agir possui *sua* visão. A atitude teórica visualiza meramente, sem circunvisão”. (Idem, p. 111).

⁹³⁸ Idem, p. 108.

⁹³⁹ FREIRE, Paulo. **Extensão ou...** *Op. cit.*, p. 27.

⁹⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II.** *Op. cit.*, p. 515

O diálogo da Universidade com a comunidade, como aqui desenvolvido, reabilita o conceito de práxis porque é experiência hermenêutica. Assim, ao levar em consideração todas as dimensões do ser humano, a educação implica uma experiência hermenêutica. Gadamer recorda que o “saber prévio que se desenvolve em nós em virtude de nossa orientação no mundo operada na linguagem entre em jogo toda vez que se elabora a experiência da vida, toda vez que se compreende a tradição feita pela linguagem e toda vez que está em curso a vida social”.⁹⁴¹

Essa experiência é o estar junto, o estar próximo da complexidade e das dimensões dos problemas com que a sociedade e as instituições jurídicas se defrontam. Em outras palavras, o sentido de *applicatio* de Gadamer devolve à *práxis* seu significado maior. Na *práxis*, como na *applicatio*, a interpretação, a compreensão e a aplicação não são processos separados; consolidam-se no processo de diálogo como encontro de aprendizagem pelo contato vivo, pessoal e verdadeiro, com a problemática realização dos direitos humanos fundamentais, constitucionalmente previstos.

Ao voltar o ensino jurídico para a realidade vigente, é possível ao acadêmico aprender o Direito na sociedade discutindo a função social das leis, observando a efetividade ou a inefetividade do texto da Constituição,⁹⁴² desenvolvendo atividades de pesquisa, integrando-se acadêmica e socialmente. Parte-se da compreensão global da complexidade dos fenômenos jurídicos do século XXI. Para que isso ocorra, os Cursos Jurídicos devem sair de suas instalações formais ou de seu *campus* para ir ao encontro de seu meio circundante, ampliar sua área de penetração, envolvendo a comunidade com seus organismos e sua população; ser uma via de mão-dupla com trânsito assegurado à comunidade acadêmica que encontrará, na sociedade, a oportunidade de elaborar o conhecimento com a práxis social. Através dessa interação, estendem suas

⁹⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 521.

⁹⁴² Streck denuncia a inefetividade do texto Constitucional chamando atenção que “o sentido da Constituição não pode continuar velado (isto porque, passados mais de doze anos desde sua promulgação, grande parte de seu texto continua inefetivo, portanto, **não descoberto**). Por isso, para interpretar a Constituição (**entendida como o novo, o estranho, o sinistro**), é necessário, primeiro, **tornar transparente a própria situação hermenêutica para que o estranho ou diferente (sinistro) do texto possa fazer-se valer antes de tudo**, isto é, sem que nossos *pré*-juízos não esclarecidos exerçam aí sua despercebida dominação e **assim escondam o específico do texto**. Não podemos esquecer, como diz Gadamer, que toda compreensão **começa com o fato de que algo nos interpela**. Ou seja, para compreender, temos que pôr entre parênteses os *pré*-juízos”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica...** *Op. cit.*, p. 290 e ss.

atividades de ensino e os resultados de suas pesquisas e trazem, em retorno, novo conhecimento, resultado do confronto do saber acadêmico com a experiência, com o saber popular, informações, novas motivações ou novos projetos que irão alimentar seus programas de pesquisa: renovar, dinamizar, revitalizar e enriquecer o conteúdo de ensino.⁹⁴³

Na relação eu-tu cada um traz consigo seus saberes. Para que o desequilíbrio aconteça, o diálogo é fundamental; ele possibilita ao professor provocar o aluno, desequilibrá-lo através de interrogações que o desestabilizem.⁹⁴⁴ A dialogicidade acontece não quando educador-educando se encontram com os “educandos-educadores em uma situação pedagógica, mas antes, quando aquele se pergunta em torno do que vai dialogar com este. Essa inquietação em torno do conteúdo do diálogo é a inquietação em torno do conteúdo programático da educação”.⁹⁴⁵ A educação autêntica não se faz de A para B ou de A sobre B, mas de A *com* B, mediatizados pela linguagem e pelo mundo.

A linguagem, pelo diálogo, propicia problematizar a realidade mediatizada, porque pressupõe participação. Ao vivenciar o diálogo, o acadêmico aprende a riqueza da significação, a pluralidade construída a partir da constituição histórica, possibilitando uma reflexão crítica sobre as relações homens-mundo e homens-homem. Optar pelo diálogo exige compromisso, implica modificar o ensino jurídico, supõe ação transformadora. O ensino jurídico precisa sair do dogmatismo para um Direito com significado social, profundamente comprometido com os valores legítimos da sociedade brasileira, propiciando ao acadêmico as vivências que ele busca, vivências solidárias, oportunizando a reflexão e a criação de novas relações sociais. O acadêmico busca um novo saber no qual possa ser sujeito em si e com os outros.

⁹⁴³ TOALDO, Olindo A. **Extensão universitária: a dimensão humana da Universidade**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, 1977, p. 73.

⁹⁴⁴ Ensina-se não dando estímulos através de uma abordagem objetificadora, com expressões jurídicas explicativas ideais e completas pelo método positivista exegético-normativista, que é esclarecedor e, por isso mesmo, redutor. Ensina-se fazendo perguntas, mas não pode ser qualquer pergunta. A pergunta que se dá na relação dialógica professor-aluno deve levar ao desequilíbrio do esquema lógico do aluno. Para isso, é necessário resgatar o “ser” do acadêmico de Direito, isto é, o docente precisa conhecer o esquema lógico do aluno. Ele só tem acesso à estrutura cognitiva quando propicia o diálogo, com perguntas que libertem o educando, para que ele mesmo possa construir o seu saber.

⁹⁴⁵ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 25. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 83.

Esse é o ponto em que o diálogo se mostra com toda a sua importância e força, como uma genuína experiência hermenêutica. O contato direto com a experiência do real é necessário para a aprendizagem acadêmica do futuro profissional no desenvolvimento do senso de ética, de justiça, problematizador, crítico e criativo, comprometido com a vida. Essa também é a perspectiva apresentada por Warat, ao salientar que,

O ato de aprender, como o de escrever, devem ser formas de estar na vida. Aprendendo ou escrevendo, se tem que sentir a vida. Ninguém pode sentir-se vivo encarcerado. Sente-se a vida percebendo-se livre, criativo, amando as incertezas, as impurezas, as assimetrias, as fragmentações do saber. Por aí, se introduzem os jogos, o prazer de aprender, as obras fragmentárias de onde se percebe uma lucidez e não uma teoria que sustenta, em nome da unidade, a coerência e a verdade, a distância e a seriedade medrosa.⁹⁴⁶

Os estudantes, em sua grande maioria, traduzem uma ânsia renovadora e atitudes críticas que pouco são aproveitadas. Cabe aos Cursos de Direito a tarefa de manter vivo o espírito crítico dos acadêmicos, em diálogo permanente entre disciplinas, estruturas, Universidade/comunidade, num verdadeiro compromisso com a comunidade em que estão inseridos. Comprometer-se com o saber jurídico sobre e a partir da realidade significa ter consciência individual e coletiva de sua realidade e de seus problemas, numa atitude integradora para a construção de uma sociedade mais justa, livre e fraterna.

Participar em ações na comunidade é transmitir aos alunos e professores o sentido da vida, quer dizer, formá-los em sua consciência social, em sua liberdade, diversidade e pluralidade; é falar uma mesma linguagem e transmitir os valores éticos da pós-modernidade. Quanto mais o acadêmico se sentir tocado pela problemática social e comprometido com seu equacionamento, mais ele terá a possibilidade de experienciar-se a si mesmo como ser-no-mundo e ser-com-mundo, em atitude permanente de cooperação e de diálogo “eu-tu”. Para Freire, o diálogo é a base e a essência de uma pedagogia que eduque para a liberdade. O educador sugere um tipo de educação em que os homens, através do diálogo e da pedagogia problematizadora, se instruem entre eles, transformando-se e transformando o mundo.

⁹⁴⁶ WARAT, Luís Alberto. **Manifesto para uma Ecologia do desejo**. São Paulo: Acadêmica, 1990, p. 93.

E ser dialógico, para o humanismo verdadeiro, não é dizer-se descomprometidamente dialógico; é vivenciar o diálogo. Ser dialógico é não invadir, é não manipular, é não *sloganizar*. Ser dialógico é empenhar-se na transformação constante da realidade. Esta é a razão pela qual, sendo o diálogo o conteúdo da forma de ser própria à existência humana, está excluído de toda relação na qual alguns homens sejam transformados em ‘seres para outro’ por homens que são falsos ‘seres para si’. É que o diálogo não pode se travar numa relação antagônica.⁹⁴⁷

O diálogo supõe também amor, humildade, esperança e juízo crítico, que possibilitam ao acadêmico ir-se exercitando em pensar criticamente e em aprender a pensar os códigos a partir da compreensão jurídica dos fatos sociais. Ao vivenciar a cidadania, irá aprender as interrelações com o Direito vivo. O exercício da cidadania não pode ser tido como pleno se não incluir a participação do cidadão nas decisões que afetam a vida coletiva.

O diálogo e a problematização não adormecem ninguém. Conscientizam. Na dialogicidade, na problematização, educador-educando e educando-educador vão ambos desenvolvendo uma postura crítica da qual resulta a percepção de que este conjunto de saber se encontra na interação. Saber que reflete o mundo e os homens, no mundo e com eles, explicando o mundo, mas, sobretudo, tendo de justificar-se em sua transformação.⁹⁴⁸

Aos Cursos de Direito cabe o papel de orientação:

[...] para que se ensine e se aprenda o Direito socialmente vivido. Esta transmutação para a compatibilização entre o ensino jurídico oficial e o ensino socialmente esperado é a tarefa mais importante das faculdades de Direito. Esta seria a fórmula de se transformar as faculdades de Direito em agentes propulsores da dinâmica social ou, mais especificamente, transformar o conhecimento jurídico socialmente ensinado e aprendido em conhecimento socialmente útil.⁹⁴⁹

Faz-se essa transformação no projeto político-pedagógico e no agir pedagógico. Para corporificar concretamente situações pedagógicas que favoreçam o contato pedagógico entre o Curso de Direito e a sociedade, sugerem-se alterações na organização didático-pedagógica, como: a) definir atividades relacionadas à concretude do Direito, propiciando ao acadêmico uma perspectiva integrada na formação teórica e prática nos

⁹⁴⁷ FREIRE, Paulo. *Extensão ou...* *Op. cit.*, p. 43.

⁹⁴⁸ Idem, p. 55.

⁹⁴⁹ BASTOS, Aurélio Wander. *O Ensino Jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 288.

três eixos de formação: fundamental, profissional e prática; b) incentivar que o trabalho de conclusão seja desenvolvido tendo a realidade social por parâmetro; c) desenvolver espaços significativos de prática jurídica que possibilitem ao acadêmico uma ação além da mera assistência jurídica no Núcleo de Prática Jurídica, esta de assessoria jurídica em programas de ação comunitária;⁹⁵⁰ d) comprometer-se em inserir o acadêmico em atividades permanentes de extensão desenvolvidas por diferentes campos do saber na sociedade;⁹⁵¹ e) estimular a iniciação científica que privilegie a participação em programas de pesquisa transdisciplinar; f) flexibilizar a estrutura curricular e o aproveitamento curricular de atividades que o aluno exerça na e com a sociedade.⁹⁵² Enfim, privilegiem-se espaços curriculares de autogestão.

Sem dúvida, há inúmeras possibilidades para ações que rompam o isolamento dos Cursos Jurídicos das outras ciências e da realidade social, para colocar o Direito a serviço da sociedade e da vida. A flexibilização curricular permite aos mais críticos, ou não, propor e implementar seus currículos e, enquanto proponentes, revelar seu compromisso educativo e formador. Para Universidades que se revelam pelo compromisso social com uma sociedade mais justa e humana abre-se a oportunidade de consolidar seus objetivos, pois, como já apontado, na atual formação jurídica há um hiato entre as exigências sociais e a formação que é repassada nas Universidades, criando gerações de juristas distantes da realidade.

⁹⁵⁰ A finalidade é proporcionar aos alunos uma experiência educativa criando espaços externos para desenvolver assessoria jurídica, com o objetivo de estabelecer uma relação e um diálogo entre o ensino, a sociedade, seu tempo, com organizações não-governamentais e entidades sem fins lucrativos, buscando auxiliar as organizações em seus problemas jurídicos/sociais, como oportunidade de desenvolvimento das habilidades necessárias à atuação profissional e o desenvolvimento do senso de cidadania. Essas ações poderão ser desenvolvidas em parceria com ONGs e entidades sem fins lucrativos, em consonância com o projeto pedagógico do curso.

⁹⁵¹ As Universidades, em sua maioria, já desenvolvem programas permanentes de ação comunitária, através das quais o estudante de Direito poderia contribuir com sua participação desde que se organizasse o projeto pedagógico com tal compromisso formador. A participação em programas de ação comunitária do Curso de Direito e, principalmente, nos programas institucionais que englobam várias áreas de conhecimento, favoreceria a aprendizagem interdisciplinar e transdisciplinar. Desta forma, as atividades se desenvolveriam não como atividade de assistência social, mas como ação educadora, pedagógica, necessária para formar cidadãos críticos, competentes e comprometidos com a problemática da realidade social, como possibilidade crítico-reflexiva da realização do Direito.

⁹⁵² Exemplo: valorar dentro do espaço do eixo de formação prática, e do espaço compreendido como horas complementares, atividades que preparam o aluno no sentido de uma formação humanística, para ver, julgar e agir frente aos novos desafios sociais com compromisso ético.

Diante de todo o quadro apresentado sobre a crise no ensino jurídico, acredita-se no potencial libertador de formação que são as Universidades, entendidas como ambiente universalizante, democrático, instigante, plural e crítico onde possam ocorrer o diálogo, o dissenso e as propostas de construção de um novo espaço global, solidário, dialógico e de construção de conhecimento. A Universidade tem papel preponderante nesse processo, pois ela é inerentemente transgressora e, por natureza cosmopolita, articulada em redes lingüísticas produtivas. Ela promove rupturas e consegue, com o trabalho imaterial, a cooperação e a força necessária para iniciar um novo debate.

Como produtoras e promotoras do saber, as universidades podem abrir espaços para novas possibilidades utópicas, mas realistas, de emancipação e instigar sua comunidade acadêmica no sentido da desconstrução do pensamento objetificador-dogmático e reprodutivo do Direito para a (re)construção do saber alicerçado na matriz heideggeriana e gadameriana, entendida a partir da ontologia da compreensão. É uma perspectiva de educação que não mais distribui/reproduz conhecimentos, mas cria situações de ensino e aprendizagem com vivências significativas em que as relações de aprendizagem extrapolam a transmissão verbalista.

CONCLUSÃO

A investigação das diversas concepções que configuram a crise na educação jurídica, dada a sua complexidade, não dispensa uma reflexão crítica sobre o paradigma do positivismo jurídico ainda dominante no ensino jurídico brasileiro. A toda evidência, a crise do Direito, sua operacionalidade e o ensino jurídico estão assentados no positivismo em suas diversas formas que foram sendo construídas no decorrer do tempo. Para tanto, considerem-se paradigmaticamente as teorias propostas por Hans Kelsen e Herbert Hart, porque elas encarnam aquilo que pode ser considerado a essência do positivismo: o Direito como um conjunto de regras e a delegação em favor da discricionariedade judicial para a resolução dos assim denominados casos difíceis que não se “subsumem na regra”, circunstância que, como se viu, não foi superada nem sequer pela teoria da argumentação jurídica (em especial, Alexy, Atienza e MacCormick).

Tais questões, entretanto, não têm nascimento datado e tampouco se vislumbra qualquer perspectiva de sua morte. Com efeito, ao analisar as principais características que conformam o positivismo jurídico e de seu modo de fazer e interpretar o Direito, foi necessária uma abordagem introdutória do paradigma do jusnaturalismo moderno-iluminista, a fim de se entender como se formou o positivismo exegetic-normativista no contexto histórico em que ocorreram as grandes rupturas da humanidade. Daí as peculiaridades: a idéia de completude e sistema fechado, com pretensão de regular de forma completa a vida humana; alicerces na racionalidade lógico-dedutiva, universalmente válido, formal, objetivista e tecnicista; sustentação nos dualismos questão-de-direito e questão-de-fato, esquema sujeito-objeto, teoria e prática; esquecimento do ser do Direito; dogma da certeza amparado em verdades definitivas

descritas em enunciados lógicos enunciativos da ordem do dever-ser; priorização de valores como a previsibilidade, o pensamento lógico-dedutivo; a identificação do Direito com a lei, ou seja, a primazia da regra em relação às outras fontes do Direito, alienando-o da realidade; o Direito como um saber ahistórico e outros aspectos – discutidos no decorrer da tese – que seguramente contribuíram para agravar a crise de ensino jurídico. Isso somente foi – e é possível – a partir de um diálogo com a tradição (no sentido gadameriano), que é sempre um diálogo hermenêutico, favorecendo, assim, o desenvolvimento de uma consciência histórica apta a superar o paradigma do positivismo exegetico-normativista.

O questionamento da crise exigiu que os olhares se fixassem no processo de formação do jurista, fortemente condicionado pelo positivismo exegetico-normativista, enquanto modo de fazer e interpretar o Direito e mecanismo de dominação metodológica de ensino-aprendizagem. O des-velar das teses centrais do positivismo jurídico demonstrou que é nesse *locus* que, de forma predominante, os Cursos de Direito oferecem formação jurídica. Esse estado da arte aponta para o fato de que ainda se está longe de oferecer uma formação capaz de preparar os profissionais jurídicos com condições de compreender a complexidade das relações jurídicas contemporâneas e a função social do Direito, a partir de uma educação humanista, crítica, problematizadora, reflexiva, inter, multi e transdisciplinar.

Na verdade – e a razão está com Severo Rocha – os Cursos de Direito,

[...] *estão duplamente em crise*: por um lado, devido ao fato de não produzirem uma dogmática jurídica dotada de uma técnica atualizada perante as novas demandas do capitalismo tardio; de outro, por não terem uma efetiva função social, notadamente em relação aos segmentos marginalizados pela população. Desse modo, muito mais do que uma crise da ‘ciência do Direito’, há uma crise na reprodução legítima da dogmática jurídica que não consegue justificar a sua ideologia de ‘bem comum’ devido à *ausência de críticas mais efetivas à racionalidade jurídica e à formação dos juristas*.⁹⁵³

Como paradigma dominante, buscou-se reconhecer no positivismo – em seus diversos matizes – alguns problemas-chave nos cursos de Direito, que são responsáveis,

⁹⁵³ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 1998, p. 31.

em grande parte, pelo processo de uniformização, instrumentalização e direcionamento da produção do conhecimento jurídico, no mais das vezes dando conta de propósitos político-governamentais constituídos, basicamente, por reformas curriculares, expressos em intenções de modificar a grade curricular. Essa intenção, que almejava apenas a acolhida de novos temas e disciplinas, nem sempre representou os anseios da comunidade acadêmica e da sociedade.

E a crise se agrava dia a dia, agora vitaminada pela massificação da oferta de vagas nas mais de 900 faculdades espalhadas de Norte a Sul do país. Ao empreender a reflexão crítica sobre a evolução do ensino jurídico no Brasil, apontou-se algumas variáveis que dificultam a realização de um ensino mais consentâneo com a evolução dos paradigmas de Estado e de Direito, como: um ensino pautado pela pura transmissão de conhecimento, indutor da memorização e da aplicação da lógica-dedutiva, sustentado pela autoridade do professor como depositário fiel de todo conhecimento construído no Direito, o que vem a mostrar o quanto o ensino jurídico ainda é refém do esquema sujeito-objeto; o distanciamento do currículo das demandas da sociedade; a visão fragmentada no processo de formação do profissional cidadão; a ausência de uma prática multi, inter e transdisciplinar; a falta de compreensão do papel do Curso de Direito na sociedade e de seu significado na relação dialógica Universidade e Sociedade como espaço de construção de saber; o número excessivo de criação de cursos jurídicos na última década e, conseqüentemente, o aumento exponencial de vagas; a crise de qualidade apresentada pelo impacto da avaliação dos egressos por órgãos externos; a preocupação dos atores sociais que recebem o profissional do Direito, aliada à emergência de mudanças urgentes e profundas sob pena de inviabilizar o Estado Democrático de Direito; e tantas outras causas apontadas por juristas preocupados com o fato de que a discussão não pode estar baseada apenas em mudanças curriculares ou nas metodologias de ensino-aprendizagem, mas que deve transcender e estender-se, reconhecendo que há questões mais profundas a ser enfrentadas com urgência para que o Curso de Direito possa marcar seu lugar institucional de construção do saber jurídico.

Várias contribuições podem ser elencadas buscando superar os obstáculos que impedem esse “acontecer paradigmático” que transformou indelevelmente a feição do Estado e do Direito no século XX. A toda evidência, o elenco de tais contribuições não representa todas as críticas realizadas nos últimos vinte anos sobre a dimensão da crise e

os reflexos na (de)formação dessa grande massa de bacharéis de Direito que anualmente ingressam no mercado de trabalho. Nesse sentido, as contribuições de alguns autores que, como companheiros de diálogo na presente pesquisa, auxiliaram no entendimento da crise de ensino, pela profundidade dos aportes teóricos e pelas propostas inovadoras, deram significado para buscar caminhos para a educação jurídica. Por intermédio deles, tem-se a certeza de que diversos caminhos se apresentam. O caminho oferecido por Luis Alberto Warat é audacioso. Como se viu, trata-se de um caminho inspirado por idéias libertárias e ousadas de trabalhar com temas que entram em confronto com o conservadorismo das escolas de Direito. Warat realiza profundas “transgressões”, sempre amparado na convicção de que a saída são as relações de afeto entre professor e aluno e um pensamento sem fronteiras. Um segundo caminho é o oferecido por Castanheira Neves. O autor oferece uma compreensão do complexo problema metodológico que envolve o pensamento jurídico que se alimenta das faculdades de Direito. Ele traz a perspectiva “dialética da liberdade problemática” como possibilidade de uma relação de reconstrução crítico-reflexiva que parte da prático-problemática realização do Direito, indicando que o pensamento prático se compromete com o problema do caso concreto, pois é chamado a resolvê-lo. Defende a tese do Direito como alternativa humana, ou seja, o Direito como possibilidade de garantir a humanidade do homem. O terceiro caminho aqui delineado é o defendido por Lenio Luiz Streck, fulcrado na hermenêutica filosófica, buscando romper com a possibilidade de um saber reprodutivo no Direito, procurando apontar as possibilidades emancipatórias da teoria jurídica a partir das condições de possibilidade da superação do pensamento dogmático dominante. Salienta que é possível a superação do positivismo – exegético e dedutivista – pela hermenêutica filosófica, pois “hermenêutica é faticidade; é vida; é existência; é realidade; é condição de ser-no-mundo. *A interpretação não se autonomiza da aplicação*”.⁹⁵⁴ Sua aposta é que a crise do ensino jurídico é a crise da permanência do imaginário positivista, procurando, como contraponto, desvelar os obstáculos postos pelo positivismo ao neoconstitucionalismo.

Ou seja, para Streck, o neoconstitucionalismo é antitético ao positivismo, d’onde o ensino jurídico deve construir as condições para sustentar as possibilidades da implementação desse novo paradigma transformador que o Direito assumiu no segundo

⁹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e... *Op. cit.*, p. 162.

pós-guerra. Para tanto, insere a discussão do Direito no interior de (ou das) duas grandes revoluções copérmicas que atravessaram o século XX: a primeira, do lugar cimeiro assumido pelo Direito Público, instrumentalizado pelo neoconstitucionalismo, que resgata as promessas da modernidade, e a segunda revolução – como condição de possibilidade da primeira – representada pela invasão da filosofia pela linguagem, isto é, o giro lingüístico, aprimorado pelas correntes hermenêuticas para um giro lingüístico-ontológico, pela preocupação com o mundo prático (que no Direito aparece nitidamente pela inserção dos conflitos sociais nos textos constitucionais, podendo-se dizer que textos como o da Constituição do Brasil, por sua principiologia, trazem insito o ideal de vida boa, colocando Direito e Moral de forma co-originária, questão que Streck desenvolve em *Verdade e Consenso*).⁹⁵⁵ Assim, para ele, o problema do Direito está em resolver situações concretas e, para superar isso, precisa-se trazer a realidade de volta ao ensino jurídico, porque hermenêutica é aplicação/concretização.

Daí a possibilidade de se trazer para a discussão o referencial teórico da hermenêutica filosófica, capaz de orientar novos horizontes e tentar transpor para a educação jurídica as profundas indagações realizadas por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer sobre o papel do ser humano nas configurações do saber, não mais como uma visão objetificadora amparada nos dualismos sujeito-objeto, teoria e prática e questão-de-direito e questão-de-fato e, sim, como um interrogar que pretenda resgatar a centralidade do aluno no processo de construção do conhecimento, como ser-no-mundo que tem diante de si a difícil tarefa de pensar, interpretar, compreender, aplicar e construir os saberes jurídicos.

Desse modo, a hermenêutica orientou (ess)a análise da crise do ensino jurídico a partir de um olhar interrogativo pelo sentido do ser, que é tempo, existência, acontecimento, experiência, historicidade, ser-no-mundo, compreensão, lingüisticidade, diálogo e aplicação. Destarte, entre os grandes desafios da educação, hoje, está a descoberta de estratégias que contemplem as possibilidades e modalidades de diálogos entre os diversos paradigmas que sustentam o conhecimento, entre as diferentes ciências, metodologias de ensino-aprendizagem, que coexistem em um espaço onde se

⁹⁵⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. In: _____. **Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

constroem e se consolidam saberes. O Curso de Direito enquanto espaço onde se aprende a pensar e a construir saberes leva, nesta perspectiva, assim iluminada, que é possível vislumbrar novos caminhos para o ensino jurídico, devolvendo-lhe a dignidade de romper com seu isolamento da realidade social para se colocar como espaço de diálogo crítico, reflexivo e transdisciplinar, qualificando o saber frente ao desafio da realidade e dos enigmas da contemporaneidade. Trata-se, pois, de desficcionalizar o Direito, trazendo para a discussão do ensino jurídico a realidade perdida. Daí o constante retorno à questão da crítica ao positivismo e as suas mais variadas faces.

Para esse desiderato, merecem ser destacados argumentos que são significativos para fundamentar as conexões possíveis entre a matriz teórica (Heidegger, Gadamer e Streck) para aproximar o paradigma da hermenêutica de novas práticas e estratégias pedagógicas adequadas à formação de profissionais do Direito com condições de questionar os pontos de vista redutores de práticas jurídicas em uma sociedade díspar como a brasileira, em que o Direito historicamente tem servido para a manutenção das injustiças sociais e que, nesta quadra, sob o pálio do neoconstitucionalismo, deve servir como instrumento de transformação social. Afinal, a Constituição aponta explicitamente para o resgate das promessas incumpridas da modernidade. É o seu texto que diz, entre outras coisas, que o Brasil é uma República que visa erradicar a pobreza, as desigualdades regionais etc.

Fundamentalmente, qualquer “revolução paradigmática” passa pelo embate entre neoconstitucionalismo e positivismo. Trata-se, assim, de um “ir além” do imaginário dogmático-positivista. Portanto, não se trata de confundir Direito positivo (a Constituição é Direito positivo) com positivismo; não se trata de confundir dogmática jurídica – indispensável para a implementação do Direito (é, enfim, o mínimo de entenficação necessária para a compreensão do Direito) – com dogmatismos, denúncia já feita de há muito por autores como Luis Alberto Warat e Leonel Severo Rocha.

Assim, alguns pontos são elencados no seguimento, que representam ao mesmo tempo um revolver crítico do chão da metafísica que envolve a operacionalidade do Direito e a tentativa de uma fusão de horizontes que aponte para sentidos possíveis, que levem à superação desse imaginário estandartizado a permear o cotidiano dos juristas em *terrae brasilis*:

a) **Senso comum teórico como o véu do ser autêntico do Direito:** Ao nadificar o Direito, o *senso comum teórico* impede o aparecer do fenômeno, escondendo-o, e deliberadamente opta por um sistema dogmático e fechado, em que predomina a fixação pelas finalidades práticas propiciadas pela univocidade e a certeza. O senso comum teórico é, assim, uma capa de sentido, que faz com que os juristas renunciem à reflexão, reproduzindo o saber dogmático “numa explicação superficial, o nada pelo puramente nadificar e o igualamos ao que não tem substância”.⁹⁵⁶ Trata-se de um corpus de significações que prescreve antecipadamente o modus operativo do jurista. Nesse sentido a lição de Heidegger, para quem o nada, enquanto o outro do ente, é o véu do ser e só pode ser adequadamente pensado enquanto evento de revelação. Isso permite apontar para um dizer que é mais significativo do que a objetividade que ocorre nas proposições jurídicas apoiadas no *sentido comum teórico* que invade tanto a educação jurídica como o sistema jurídico como um todo.

Aliás, nesse sentido, não se pode deixar de reconhecer a denúncia de Warat de que há um esvaziamento do núcleo conceitual dos discursos jurídicos e que eles são forjados pela práxis jurídica que denomina *senso comum teórico dos juristas*, influenciando na formação do espírito jurídico, culminando num saber que, “provocando conotativamente a opacidade das relações sociais, afasta os juristas da compreensão do papel do Direito e de seu conhecimento na sociedade”. Assim, Warat fixa algumas das principais regiões do *senso comum teórico dos juristas*, articuláveis entre si, em quatro características, a saber: a) região das crenças ideológicas: caracteriza-se por serem os elementos representativos da realidade que, independentemente da vontade dos cientistas, dominam suas consciências, influenciando na formação do capital cultural da prática teórica; b) região das opiniões éticas: explora-se uma identificação falaciosa entre a razão e a ética, resultando que os juristas conseguem legitimar os sistemas de decisões legais como expressão estereotipada de uma racionalidade eticamente determinada; c) região das crenças epistemológica: refere-se às evidências fornecidas pela prática institucional dos cientistas, que podem caracterizar-se por hábitos intelectuais que regulam as produções do conhecimento, mas que podem ser percebidas nas interpretações vulgarizantes dos conceitos que são frutos das desvinculações dos marcos teóricos sistemáticos produzidos e que, por sua vez, representam a crença na eficiência do

⁹⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. Que é Metafísica? In: **Conferências e...** *Op. cit.*, p. 48.

método para produzir a objetividade e a verdade; e) e por último, a região dos conhecimentos vulgares: que traduzem necessidades em idéias, ou seja, é a atividade intelectual do homem comum, que resulta de sua percepção imediata da utilidade do saber. Todos estes elementos contribuem para a uniformização dos pontos de vista em nome da verdade.⁹⁵⁷

Aqui surge, então, a relevância da hermenêutica filosófica pois, do ponto de vista filosófico, o sentido não é tomado como algo fixo, estático, mas ontológico-histórico. Desse modo, não é unívoco, mas dinâmico, o que permite afirmar “que uma obra com sentido é aquela que continua ecoando em cada um de nós porque não temos fome apenas de pão, mas de sentido. É na imbricação entre nossa busca de sentido e o sentido dos textos que constituímos os parâmetros de vida (pessoal, ética)”.⁹⁵⁸

b) Cultura manualesca: A crise de ensino jurídico também é fortemente influenciada pela cultura manualesca que está presente tanto no ensino jurídico como na prática dos tribunais. É ela o canal de instrumentalização das posturas positivistas. Assim, como a dogmática jurídica em sua perspectiva positivista e reducionista esconde o caso atrás dos conceitos *standardizados*, assim também o ensino jurídico encobre a possibilidade de interpretar, compreender e aplicar o Direito à realidade fática utilizando explicações assentadas em manuais e verbetes jurisprudenciais a-históricos.

A bibliografia básica exigida em grande parte das disciplinas do currículo do Curso de Direito se resume aos códigos comentados onde se encontra a opinião de diversos juristas que tentam revelar o que “o legislador quis dizer” ou “qual é vontade da norma” (claro que essa crítica se dirige ao universo de faculdades de Direito que adotam esse procedimento, não se ignorando lugares de excelência que apontam para sentidos transformadores do Direito). A prática manualesca estende-se aos mais diversos ramos do Direito, como o processo civil, processo penal, constitucional, trabalhista, criança e adolescente, comercial, entre outros, bem como de legislações complementares. Estes manuais geralmente seguem a mesma linha editorial: estão divididos em uma

⁹⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 34.

⁹⁵⁸ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica metodológica e Hermenêutica filosófica. In: **Filosofia UNISINOS**, São Leopoldo, Centro de Ciências Humanas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 4, n. 6, p. 127, 2003.

parte introdutória, que retrata a intenção do autor em propiciar subsídios aos alunos para que eles possam se familiarizar com uma idéia preliminar a respeito de jurisdição, o advogado e o exercício da advocacia, ação, organização judiciária, sistema jurídico, bem como a problemática da prática jurídica. Em segundo lugar, como idéia central da obra, a intenção é trabalhar com o texto legal, comentários jurídicos, as hipóteses (diversos modelos), a jurisprudência, exercícios para fixação dos conteúdos, modelos prontos que vão desde exemplos de procuração, contratos, petição inicial, contestação, sentença, processos nas diversas instâncias, recursos etc. Enfim, neles se podem encontrar respostas para a grande maioria dos casos com que o advogado se depara no exercício de sua profissão, dando a idéia de completude e de que o conhecimento jurídico está todo retratado no respectivo manual.

O mais dramático da cultura manualesca é que esconde a singularidade dos fatos e a possibilidade de percepção por parte dos acadêmicos de que grande parte dos juristas objetificam o Direito. Por isso, não é demais lembrar que o ensino jurídico ficou afastado da realidade pelo império da regra (volta-se, sempre, a Kelsen e Hart) e pelo império dos manuais que “seqüestram” para si o poder de “anunciar” a unicidade da interpretação jurídica. Como para muitos acadêmicos esta é a fonte exclusiva do saber, eles deixam de pensar o Direito. A profundidade da crise pode ser constatada, precisamente quando se percebe a similitude dos propósitos dos autores: facilitar o ensino do professor e o aprendizado do alunado.

Na mesma linha, é clara a intenção dos autores em mostrar que o papel do professor é de um mero auxiliar no processo de ensino-aprendizagem. Como exemplo⁹⁵⁹ encontra-se em um destes manuais a seguinte afirmativa que representa o estado da crise em que o ensino jurídico se encontra: “O professor não precisará preocupar-se em

⁹⁵⁹ O exemplo é verídico, mas optou-se por não divulgar a fonte, o que se faz seguindo ensinamento de Streck que, ao fazer a crítica à cultura manualesca, lembra que seu “objetivo não é o de elaborar uma crítica pessoal, mas uma crítica científica ao imaginário (senso comum teórico) dos juristas. Nesse contexto, cada jurista assume um lugar no interior desse imaginário, fazendo parte de um complexo de significações, como o indivíduo que está ‘em uma ideologia’: se está, não pode dizê-lo; se pode dizer, é porque já não está. Talvez por isto a ideologia tenha eficácia na exata medida em que não a percebemos”. STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: MAIA, Alexandre da; COPETTI, André; AMIRANTE, Carlos; SCAFF, Fernando Facury [et. al.]. **Direito, Estado e Democracia**: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, v. 1, n. 4, p. 234, nota de rodapé 16.

mudar o exercício, porque ele foi preparado para auxiliar o professor que, com raras exceções, tem condições de dedicar-se integralmente ao magistério”. Continuando, na apresentação do referido manual o autor apresenta os motivos que o levaram a publicar a obra: “Minha preocupação foi dar aos colegas um livro didático, aos alunos um meio de aprender mais em menos tempo, e aos advogados, maior facilidade no desempenho da nobre carreira que abraçamos”. Para culminar, faz uma dedicatória que resume sua preocupação: “Bem-aventurado é aquele que atende ao pobre; o Senhor o livrará no dia do mal”.

Essa questão assume foros de dramaticidade em tempos em que proliferam os mais diversos “cursinhos” (de preparação para OAB, Poder Judiciário, Ministério Público,⁹⁶⁰ carreiras de Estado lato sensu, chegando ao limite no Estado do Rio de Janeiro, em que já existem cursos para preparação para ingresso em cursos, como é o caso da Escola da Magistratura – EMERJ). Nesse sentido, Streck convida a observar o conteúdo dos manuais jurídicos “através dos quais pretendem os juristas construir um corpo doutrinário repleto de conceitos com sentidos ‘corretos, unívocos e definitivos’, espécie de repertório (universalizante) de *prêt-à-porter*”.⁹⁶¹ Alguns exemplos beiram ao folclórico. As explicações que são dadas nos manuais para entendimento de determinada lei ou situação jurídica concreta são a forma mais perniciosa de contribuir para o déficit de realidade dos acadêmicos. Para ficar em apenas um exemplo, escolheu-se uma explicação recolhida dos manuais por Streck. Essa solução do manual retrata a calamidade a que a produção de conhecimento jurídico chegou: a cultura manualesca como suporte teórico para explicar o Direito. O fato apresentado pelo autor representava a explicação sobre a dúvida suscitada em relação ao que seria “princípio da consunção”. A resposta encontrada no manual é: “quando ‘o peixão (fato mais abrangente) engole os peixinhos (fatos que integram aquele como parte)”⁹⁶² Ou outro manual – um dos mais festejados e mais vendidos – ensina que “agressão atual é a que está acontecendo; agressão iminente é a que está por acontecer”, além de pérolas como: ao conceituar “princípio da insignificância (ou bagatela) o autor refere que “não há peculato quando o

⁹⁶⁰ A reprovação nos concursos públicos para Ministério Público e para a Magistratura chega a 98% no Estado de São Paulo.

⁹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do Direito a partir da ontologia fundamental. **Filosofia UNISINOS**, São Leopoldo, Centro de Ciências Humanas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 3, n. 4, p. 115 e ss, jun./jul. 2002.

⁹⁶² STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do... *Op. cit.*, p. 237.

servidor público se apropria de ninharias do Estado (folhas de papel, caneta esferográfica etc.)” e que “não há estelionato quando o agente se utiliza de fraude para não pagar passagem de ônibus”. Outra solução encontrada em manuais de Direito Penal refere-se a “crimes conexos”; o autor justifica com o seguinte exemplo: “O sujeito mata o marido, para estuprar a esposa. Há dois crimes: homicídio e estupro. O primeiro é denominado crime-meio; o segundo crime-fim”. Para continuar na linha de exemplos, encontrou-se em outro livro-texto a difícil tarefa do autor de auxiliar o aluno/profissional a entender o que é “teoria da equivalência dos antecedentes causuais”, exemplificando que o sujeito não responde por crime em face da ausência de dolo e culpa, em casos similares aos dois fatos por ele relatado: “1) o sujeito encontra a vítima mortalmente envenenada e lhe ministra água, antecipando-lhe a morte. Suprimida mentalmente a ingestão de água, ainda assim, o evento teria ocorrido em momento posterior”; 2) O sujeito encontra a vítima agarrada num ramo de árvore prestes a despencar num despenhadeiro. Mais cedo ou mais tarde, fatalmente a vítima cairá. O sujeito apressa a morte, ao cortar o ramo”. E segue com outras ‘pérolas’ que, infelizmente, são lidas por um grande contingente de alunos, pois se referem a exemplos retirados da bibliografia recomendada ainda em muitos Cursos de Direito e que abarrotam as estantes das bibliotecas jurídicas. Para finalizar, citam-se ainda dois exemplos. O primeiro tem o cuidado de exemplificar a “causa concomitante” alegando que: “‘A’ desfecha um tiro em ‘B’ no exato instante em que está sofrendo um colapso cardíaco, provando-se que a lesão contribui para a eclosão do êxito letal”. O segundo refere-se ao “conceito de objetividade jurídica”; o autor conceitua que a “objetividade jurídica é a paz de espírito, a tranqüilidade espiritual”.

E não se pode esquecer, aqui, o posicionamento de alguns autores de tratados e manuais de Direito Processual Civil sobre o que é interpretação jurídica. Para exemplificar um autor traz a fala de um eminente jurista que “percebeu que existem na interpretação jurídica duas pressuposições: (1) a existência de um texto escrito e (2) o fato de que o autor do texto procurou transmitir uma idéia ao redigir o texto”. Nesta perspectiva, vai dizer que a “interpretação se contenta em ser o instrumento prático e formal da arte e da técnica da hermenêutica, empregando, portanto, processos metodológicos que levem o pensamento do intérprete ao resultado de subsunção e de comparação da norma jurídica com o caso concreto”. Outro elogiadíssimo livro conhecido pela advertência ao sentido da “famosa regra” de não distinguir onde a lei

não distingue traz a seguinte máxima: “saber, quando não se deve distinguir, e saber bem distinguir nos casos em que cabem distinções, é este um dos pontos, em que se manifesta o grande merecimento do juriconsulto”. Justifica, salientando que “fica subentendido que, quando a disposição da lei é clara e ilimitada, se não devem fazer distinções arbitrárias, que enervem o seu partido e destroem a sua generalidade”. Como se vê, o conceito de interpretação oferecido por manuais jurídicos utilizados nos cursos de Direito reforçam o *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo, alicerçado na relação sujeito-objeto. São barreiras difíceis de transpor, uma vez que refletem a violência metodológica do modo de pensar da racionalidade meramente formal-instrumental. À luz desta questão, a intenção não é desvendar as premissas e as conclusões sobre o que os autores entendem por interpretação a partir dos dois exemplos propostos, mesmo porque estão formulados com o intuito de mostrar que o Direito se definiu com maior força pelas vozes de alguns “especialistas” autores de manuais, que, infelizmente, para muitos alunos é a única leitura que realizam para determinada disciplina.

A crise de paradigmas que atravessa o Direito também pode ser observada na arcaica distinção doutrinária entre “verdade formal” e “verdade real”. O princípio da “verdade real” é ainda para muitos doutrinadores um mito que revela a liberdade absoluta do juiz e a utilização de poderes ilimitados na busca da prova. Para o processo penal a “verdade real” tem a ver com a necessidade de o juiz ser mais ativo na busca, por ele próprio, de provas para formar sua convicção. Já no processo civil o juiz deveria se contentar com a “verdade formal”, isto é, limitar-se a trabalhar com as provas trazidas pelas partes. Imagine-se uma situação em que uma parte contrata um advogado que, refém de uma “pseudo” formação jurídica, fragiliza a parte no cumprimento de suas tarefas processuais. Se a prova só deve ser produzida pelo esforço do advogado e este, como se viu, tem sérias limitações na formação, como fica a situação da parte? O formalismo do processo, amparado na “verdade formal”, poderá resultar na tomada de uma decisão injusta para a parte menos favorecida. O que se quer mostrar é que a divisão da “verdade formal X verdade real” é uma criação arcaica e, portanto, nenhuma das duas tem a razão e a posse da verdade e da certeza absoluta. O conceito de verdade, como se viu ao longo desta tese, jamais é um conceito absoluto, e tanto a busca da certeza como a da verdade não podem ser apenas o reflexo de uma decisão amparada no formalismo e na observância de todos os requisitos procedurais. Portanto, não há mais

razão para continuar sublinhando a distinção entre “verdade real” e “verdade formal” e a imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes.

Os exemplos apresentados chocam pelo fato de o processo de reflexão que se realiza hoje na maioria dos Cursos de Direito não passar de uma simples operação lógica-dedutiva que, no fundo, retrata a incapacidade de exercer a essência do pensar. O mais grave: é o abandono do ser como o elemento do pensar⁹⁶³. Por isso o tema do pensar é recorrente na presente pesquisa, pois o positivismo exegético-normativista como metodologia de ensino-aprendizagem abandonou o pensar crítico, reflexivo, problematizador e emancipador. Quando se percebe a força silenciosa do pensar como racionalidade técnica na educação jurídica, fala-se no alijamento de uma maioria esmagadora de profissionais da área jurídica que foram instruídos pelos manuais, códigos e apontamentos de aula refletindo o saber do docente.

Daí a importância do paradigma hermenêutico. Como bem diz Heidegger, “não mais se pensa: a gente se ocupa com Filosofia”,⁹⁶⁴ circunstância que pode ser transposta para o ensino jurídico: o aluno não mais pensa e, sim, se apropria da ditadura da regra e do *sentido comum teórico*. O deixar de pensar, que se alastra não apenas no Curso de Direito, mas, principalmente, na atividade dos diversos profissionais da área jurídica, não corrói apenas a capacidade intelectual de produção de conhecimento, mas retroalimenta o próprio Judiciário que se vale ainda, em muitos casos, da obscuridade do texto para justificar a interpretação da lei em sentido próprio e com a mesma índole metodológica presente nas explicações e nos verbetes dos manuais. Essa visão patológica da interpretação do Direito, uma ameaça à concretização do Estado Democrático de Direito e o acontecer da Constituição.

c) Crise da operacionalidade: A crise é resultado de um conjunto de elementos sustentados por posturas positivistas de um pensamento jurídico objetificador que permeia as práticas dos Cursos de Direito e dos Tribunais. O que predomina é um excessivo formalismo e procedimentalismo, ancorados no método dedutivo e subsuntivo, como uma espécie de porto seguro que possibilita alcançar a “vontade da

⁹⁶³ HEIDEGGER, Martin. Sobre o “Humanismo”. In: *Conferências e... Op. cit.*, p. 150.

⁹⁶⁴ Idem, p. 151.

norma’, o ‘espírito do legislador’ e o ‘unívoco sentido do texto’”, resultando na objetificação da interpretação. Qualquer diagnóstico mostrará que a crise da operacionalidade do Direito expõe suas insuficiências sempre que se limita a uma cultura jurídica estandardizada, à análise da estrutura formal das normas, assumindo a vigência como indício suficiente de validade e eficácia.

Também nesse ponto, registra-se outro exemplo que há tempos Streck vem denunciando: o episódio da entrada em vigor do Código Civil em 2003 que, ao demorar quase três décadas para ser aprovado, não causou surpresa que já nos primeiros meses do lançamento oficial centenas de emendas foram encaminhadas ao Congresso Nacional, esperando que esse viesse a corrigir suas anomalias. Muitas dessas emendas eram (e continuam sendo) desnecessárias, “uma vez que os alegados vícios são perfeitamente sanáveis a partir de um adequado manejo da interpretação constitucional, *mediante a aplicação da jurisdição constitucional*”. O inusitado nas palavras de Streck é que, em alguns casos, “os juízes continua(ra)m aplicando determinados dispositivos, mesmo sabendo da tramitação de emendas propondo a derrogação dos mesmos, por violação da Constituição”. Efetivamente a crise de paradigmas que assola o Direito está longe de ser debelada. Neste sentido, cabe registrar a tese defendida por Streck de que “uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional do novo Código Civil eliminaria, de imediato, a maior parcela de suas anomalias. Mas, como se pode perceber, a velha teoria das fontes não permite a distinção entre *vigência* e *validade*, entre *texto* e *norma*”.⁹⁶⁵

Ao identificar o Direito com a ordem legal vigente, é possível falar de uma crise de comprometimento, pois “obedece-se à lei, mas não se obedece à lei das leis...!”⁹⁶⁶ Efetivamente, essa postura possibilita o “intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido, colocando no fetichismo da lei e no legislador a responsabilidade das anomalias do Direito”.⁹⁶⁷

Percebe-se que dos bancos acadêmicos aos tribunais a problemática metodológica se amplia em intenção e em condicionamento, em uma espécie de prisão

⁹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso... Op. cit.*, p. 154 e ss.

⁹⁶⁶ Idem, p. 155.

⁹⁶⁷ Ibidem, p. 170 e ss.

onde a práxis jurídica se afundou em toda essa objetificação, formalismo, encadeados em um sistema procedimental, e enquanto pensamento tecnológico confundiu saber com poder. Ainda domina “na doutrina e na jurisprudência do Direito a idéia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a ‘vontade da norma’, o ‘espírito do legislador’, o ‘unívoco sentido do texto’”.⁹⁶⁸

É possível perceber uma similitude entre as metodologias de ensino-aprendizagem adotadas e o formalismo na aplicação do Direito, pois seguem a mesma lógica fragmentada: primeiro interpreto, depois compreendo para, enfim, aplicar o Direito ao caso concreto. Confirma-se a valorização do procedimento em detrimento do caso, interpretado em partes, desintegrado do todo, isto é, a concretização do Direito depende de um modelo operatório que é a execução da sentença, como um processo mecânico, aquém da emergência concreta da realização dos direitos humanos fundamentais, que é o direito à vida.

Em contraposição a essa posição, a tese hermenêutica permite um atravessamento, uma passagem para além do paradigma do positivismo exegético-normativista. Gadamer vai acentuar que é necessário superar o hiato, de um lado, entre a generalidade do Direito estabelecido que se ensina na academia e a concreção do caso individual e, de outro lado, entre a esterilidade das metodologias utilizadas na relação ensino-aprendizagem e a aplicação destas metodologias a algo que se faz objeto da interpretação a partir do texto da lei.

Para o autor, existe um caminho, o caminho da universalidade do problema hermenêutico. Uma das questões hermenêuticas é buscar saber quais são as perguntas a que responde o fato de que, no Direito, interpretação, compreensão e aplicação são entendidas como três momentos separados. Em segundo lugar, verificar quais são os fatos que se mostram aos acadêmicos, profissionais da área jurídica e sociedade, para que possam fazer perguntas em relação ao fato apresentado, ou seja, o que suscitaria a angústia perante o pré-dado. Para Gadamer, “a hermenêutica deveria legitimar primeiro a significação desses fatos e, com isso, as conseqüências que se derivam da persistência

⁹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do... *Op. cit.*, p. 242.

dos mesmos”.⁹⁶⁹ O que constitui verdadeiramente o fenômeno hermenêutico originário “é que não existe nenhum enunciado que não possa ser compreendido como resposta a uma pergunta, e é só assim que ele pode realmente ser compreendido”.⁹⁷⁰ Ao se colocar perante a lei que é familiar, abre-se espaço para que o estranho e a angústia se instale, amplia-se e enriquece-se a experiência de mundo.

A consciência hermenêutica que Gadamer desenvolveu e que possibilita sua internalização como estratégia pedagógica na educação jurídica tem sua verdadeira força de atuação no fato de deixar e fazer ver onde está o problema. Quando se tiver presentes não apenas todos os pré-juízos que cegam o acontecer do Direito, não apenas o entendimento histórico dos paradigmas que fundamentam o Direito e o ensino jurídico e suas insuficiências, mas que a aplicação não se autonomiza da interpretação e da aplicação, então se conseguirá dar um passo para o acontecer da experiência hermenêutica no ensino jurídico.

Antes disso, precisa-se ter presente que a consciência da história dos efeitos esquematiza previamente todas as possibilidades de conhecimento. Ela se realiza no elemento da linguagem, pois vem sempre ligada com linguagem. A linguagem jurídica da qual se fala não é esse sistema de signos transformado em normas, leis, verbetes, manuais, senso comum teórico, que reduz o Direito a uma simples tecnologia, porquanto se condiciona a uma técnica específica contra a interpretação. Isso, nas palavras de Gadamer, “não é linguagem, pois não possui a infinitude do fazer que cria linguagem e experimenta mundo”.⁹⁷¹

Assim sendo, a aplicação projetada por Gadamer abarca o momento do próprio compreender. Com isso, é possível que a forma como o Direito se operacionaliza amparado no solo do positivismo exegético-normativista, que tem como consequência a completa desconexão dos três elementos (interpretação, compreensão e aplicação), pode ser invadido pelo projeto hermenêutico de Gadamer. Ao dar um passo além da hermenêutica romântica, fica destacada a produtividade hermenêutica ao considerar

⁹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 263.

⁹⁷⁰ Idem, *Ibidem*.

⁹⁷¹ Idem, p. 268.

como um processo unitário não somente a compreensão e a interpretação, mas também a aplicação. Nessa tarefa também será muito importante que a mudança ocorra inicialmente na educação jurídica, para que essa prática seja irradiada para as outras instâncias jurídicas, onde compreender é sempre também aplicar.

d) O problema da cisão entre texto e norma e entre interpretar e aplicar:

Na medida em que ainda se está atrelado ao esquema sujeito-objeto, ainda não se conseguiu compreender a relação entre texto e norma, isto é, do subjetivismo simplificador se partiu em direção aos diversos axiologismos que estão cobertos por uma espécie de interpretação velada pela lógica, pelo apofântico.

Historicamente, na perspectiva da evolução do Direito, inicialmente no texto jurídico estava o próprio sentido, sendo vedado ao juiz-intérprete imiscuir-se na “questão de direito”, circunstância bem visível no modelo formal-burgues; a superação desse modelo deu-se com a passagem do pólo de tensão em direção do intérprete, através das diversas posturas realistas, pelo qual o Direito é aquilo que o juiz ou os tribunais dizem que é. Contemporaneamente, o positivismo encontra respaldo nas teorias axiologistas, em que o texto perde importância, ganhando ênfase o papel do sujeito, que, assim, assujeita o objeto (o texto legal). Isso também fica visível nos casos difíceis (*hard cases*), em que se delega ao juiz o preenchimento desse espaço de vagueza e ambigüidade. Veja-se, para tanto, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros (ERESP nº 279.889-AL) que, de todo modo, não causou maiores perplexidades, talvez pelo fato de que o Ministro disse aquilo que a maioria dos juízes (ainda) pensa nesta quadra da história:

Não importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim porque pensam assim. E o STJ decide assim porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não

somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.⁹⁷²

Esta decisão fala por si mesma e demonstra que o discurso positivista pode ser percebido em sua mais crua realidade no momento que um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, amparado pela autoridade e poder do cargo, retrata o fascínio que alguns juristas exercem como representantes da doutrina para apoiar decisões dessa envergadura. Isso apenas demonstra o acerto do dizer de Streck, que há muito denuncia: a doutrina não mais doutrina. Pode-se perceber nos argumentos do Ministro Humberto Gomes de Barros o retrato do que se ensina nas faculdades de Direito: uma ode ao positivismo, isto é, ao poder discricionário que é concedido ao juiz no ato interpretativo.

Os discursos positivistas apostam no poder da discricionariedade do intérprete do Direito. Como já apontando anteriormente, Dworkin rejeite essa tese, considerando-a totalmente inadequada, pois o intérprete sempre tem a obrigação de “descobrir quais são os direitos das partes, não de inventar novos direitos retroativamente”.⁹⁷³ Streck é ainda mais contundente denunciando a multiplicação dos discursos positivistas amparados no poder do decisionismo. Tanto a discricionariedade como o decisionismo devem ser afastados no contexto de um Estado Democrático. Por isso, o ensino jurídico deve tratar deste tema com muita determinação. Uma maneira é trabalhar com o aluno a relevância de compreender, interpretar e aplicar perante um fato concreto as outras fontes do Direito, como a doutrina, os princípios e a jurisprudência. O aluno é, assim, estimulado a pensar além do império da lei, e vai formando seu horizonte histórico a partir das questões levantadas.

⁹⁷² AgRg nos Embargos de Divergência em Resposta nº 279.889-AL (2001/0154059-3). Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins; R.P/ACÓRDÃO . EMENTA: Processual – Embargos de Divergência – Acórdão Formado em Agravo Regimental – Cabimento – CPC Art. 557. Acórdão que, em agravo interno confirmou decisão unipessoal do relator, julgando recurso especial (CPC, Art. 557). Tal aresto expõe-se a embargos de divergência. ACÓRDÃO julgado em 14 de agosto de 2002, sendo Presidente o Ministro José Delgado e o Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <<http://www2.stj.gov.br/>>, p. 12.

⁹⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 1.267.

A tese que se sustenta na noção de “*applicatio*”, formulada por Gadamer, torna-se absolutamente relevante para o Direito, pois possibilita romper com o dualismo teoria e prática no ensino jurídico, exatamente pelo fato de reconhecer que a *applicatio* não pode vir separada da *intellectio* e da *explicatio*”.⁹⁷⁴ A partir disso, é possível dizer que a experiência do jogo, o círculo hermenêutico da compreensão, o conceito de história efetual e o diálogo dão sustentabilidade ao processo de compreensão. E compreender é aplicar, “o que significa dizer que estamos diante de um problema hermenêutico, no sentido de uma teoria da experiência real, que é o pensar”.⁹⁷⁵

e) Excesso de número de cursos e vagas no País: Uma das razões para que a crise se perpetue é a desenfreada expansão de cursos jurídicos no Brasil. Não é possível desenvolver estratégias pedagógicas eficazes para a melhoria do ensino jurídico se continuar a expansão desenfreada de novos Cursos de Direito, dentro do modelo tradicional e generalista. O que impressiona é que, apesar de todas as críticas à qualidade do ensino jurídico, a denúncia incansável de juristas, professores, sociedade, instituições (como OAB e ABEDi), no ano de 2006 se chegou a um limite insustentável: mais de 900 Cursos de Direito credenciados no Brasil, oferta anual de aproximadamente 250.000 vagas e cerca de 600.000 alunos matriculados, que representam 13% do total de matrículas existentes no ensino superior. A intenção não é apenas denunciar o excesso de número de cursos, mas também o excessivo número de vagas disponibilizadas por Instituições de Ensino Superior com autonomia universitária.

Vale anotar que o Grupo de Trabalho MEC-OAB, já referenciado, realizou uma ampla pesquisa sobre o número de Cursos de Direito em outros países, como referência para pensar a realidade nacional. O olhar comparativo foi realizado em relação aos Estados Unidos e ao Japão. Enquanto no Brasil o número de Cursos de Direito beira ao alarmante número de 900 cursos, nos Estados Unidos esse número não passa de 189 escolas jurídicas. A relação de Cursos Jurídicos por habitantes no Brasil seria acima de 6,5 vezes superior àquela observada nos Estados Unidos.⁹⁷⁶ Claro que há

⁹⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. *Op. cit.*, p. 131.

⁹⁷⁵ STRECK, Lenio. *Verdade e...* *Op. cit.*, p. 168.

⁹⁷⁶ Os dados originais da pesquisa eram os relativos ao ano de 2003, onde a relação de cursos no Brasil era de 704; esse número no ano de 2006 é completamente diferente, pois já ultrapassamos a marca de 900 Cursos de Direito. Ver mais em FRAGALE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório Final do Grupo de Trabalho MEC-OAB** – Instituído pelas Portarias nº 3.381/2004 e 484/2005. Brasília: Ministério da Educação – Secretaria da Educação Superior, 2005, p. 18 e ss.

diferenças profundas na estrutura de ensino dos Estados Unidos, como bem observa o Relatório do Grupo de Trabalho do MEC-OAB. O que interessa nesse contexto é mostrar que o título de “Juris Doctor” não é outorgado na graduação e sim na pós-graduação, havendo a exigência de uma dupla formação.

Em 2004, o sistema judicial japonês passou por uma grande reforma, e uma das medidas era a de ampliar o número de profissionais jurídicos no País e criar novas Escolas de Direito baseadas no sistema norte-americano. O sistema acadêmico antes da reforma era caracterizado por uma “perspectiva essencialmente acadêmica e no contexto dos estudos da graduação”. Com as mudanças, o ensino ganhou outra dimensão: “como produzir mais advogados em um contexto marcado pela capacidade do Direito em ordenar a sociedade e revitalizar instituições nacionais”. Releva salientar que o maior dilema no Japão “consistia em como alterar um quadro em que a taxa de êxito no exame de admissão na advocacia é quase sempre inferior a 3% ao ano”. O Grupo de Trabalho MEC-OAB, ao buscar subsídios para implementar mudanças no ensino jurídico brasileiro, trouxe o olhar sobre o Japão com o intuito de mostrar que esse País realizou importantes escolhas, entre as quais “decidiu implementar um processo de formação jurídica com a criação de Escolas de Direito, com caráter de pós-graduação e duração de três anos, especificando que seriam admitidos 5.590 alunos em 2004, com o propósito de obter a aprovação no exame de admissão na advocacia de 1.500 candidatos em 2004 e 3.000 candidatos em 2010”.⁹⁷⁷

A partir desses dois olhares realizados pelo Grupo de Trabalho MEC-OAB denota-se a preocupação de duas grandes potências mundiais em delimitar o número de advogados para o mercado de trabalho, mas, principalmente, a preocupação com a qualidade da formação que é transferida para a pós-graduação. No caso do Japão, o País deixa bem claro o número de advogados que poderão ser aprovados no exame de admissão. Naturalmente, a exigência do aluno em ter uma educação jurídica diferenciada é muito maior, pois só um bom ensino propiciaria o ingresso no mercado de trabalho. Se comparado com o Brasil, neste modelo, certamente não se teriam mais os 900 Cursos de

⁹⁷⁷ FRAGALE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório...** *Op. cit.*, p. 20.

Direito,⁹⁷⁸ pois a escolha do aluno seria pelas escolas com melhor índice de aprovação e, conseqüentemente, muitas não conseguiriam ter candidatos para se manterem como centros de saber.

A dimensão da crise pode ser constatada no reduzido número de concluintes. Com o excesso de vagas disponibilizadas e com a ociosidade já no ingresso (31% das vagas estão ociosas no ingresso), não há um rigoroso processo seletivo, e os alunos trazem consigo as deficiências de formação do Ensino Fundamental e Médio, resultando que apenas 33% conseguem concluir o Curso de Direito e, desses concluintes, uma média de 30% obtêm aprovação no Exame de Ordem da OAB na primeira fase.⁹⁷⁹ A sociedade do conhecimento exige alta capacitação, e a academia precisa estar ciente de que há profundas transformações no Direito e, se não alterar o quadro no ensino jurídico, comprometerá o futuro dos bacharéis por ela graduados.

Em resumo, frente a este contexto, a sistematização realizada no presente estudo revelou inúmeros pontos sobre os quais é preciso refletir mais profundamente e, principalmente, como se pode implementar estratégias didáticas que possibilitem contemplar a preocupação com o processo de produção de conhecimento e com a formação de profissionais do Direito críticos e conscientes de suas responsabilidades na sociedade. Percebe-se que não bastam reformas curriculares. Urge modificar o conceito de ensino. A sala de aula deve deixar de ser o único, exclusivo e privilegiado espaço do ato de ensinar e aprender. Há muito que caminhar. Necessário se faz o exercício de (re)aprender. Não existem receitas milagrosas para resolver todos os problemas do

⁹⁷⁸ Importante referenciar que o Grupo de Trabalho MEC-OAB registrou que, no Brasil, por ocasião do VI Seminário de Ensino Jurídico realizado em 2004, o ex-presidente do Conselho Federal da OAB, Rubens Approbato Machado, no discurso proferido já discutiu uma solução semelhante, indicando que o “Curso de Direito deveria ser realizado em dois ciclos, a primeira etapa seria de cinco anos e não habilitaria o bacharel em Direito ao exercício da profissão de advogado, nem tampouco de quaisquer outras carreiras jurídicas. Esse exercício profissional só seria possível após a conclusão do segundo ciclo, com duração de dois anos”. FRAGALE FILHO, Roberto (Relator). **Relatório...** *Op. cit.*, p. 21.

⁹⁷⁹ O seguinte exercício mostra que a crise também está na relação vagas ofertadas e concluintes. Utilizando-se o ano de 2003 como exemplo, das 198 mil vagas oferecidas nos Cursos de Direito, pela média dos últimos anos, apenas 33% conseguem concluir, significando 65.340 novos bacharéis. Se todos eles realizassem o Exame de Ordem da OAB, apenas 19.602 conseguiriam aprovação na primeira fase do Exame. Portanto, a relação entre ingressantes e aprovação na primeira fase do Exame da OAB seria de 9,9%. Resultaria a esses 19.602 bacharéis uma nova etapa para ingressar no mercado de trabalho, que é a segunda fase da prova da OAB. O mais dramático é a proliferação dos chamados “cursinhos” de preparação para a prova da OAB que na atualidade configuram uma verdadeira indústria na área da Educação.

ensino jurídico, muito menos técnicas, metodologias que consigam concretizar rapidamente mudanças em relação às tradicionais metodologias utilizadas. A educação jurídica vem exigindo drásticas modificações. Para isso, são necessários projetos pedagógicos, e não ações individuais, que sejam programas e projetos interligando Ensino, Pesquisa e Extensão, que revelem preocupação com a co-participação, a co-responsabilidade, a transdisciplinaridade, as parcerias, a comunicação dialógica entre Universidade e Sociedade, ou seja, com a intercomunicação de saberes e a oxigenação recíproca.

A tese propõe alguns caminhos para o ensino jurídico, fundamentada na hermenêutica de Heidegger e de Gadamer. Mesmo tendo tecido algumas conclusões em cada aproximação realizada com os dois filósofos para desvendar caminhos possíveis para que a educação jurídica saia do reducionismo do paradigma do positivismo exegético-normativista, existem aspectos que identificam a síntese das contribuições levantadas por juristas e sua aplicabilidade. Por outro lado, em estudos futuros estes pontos poderão servir de referência para um aprofundamento maior.

A crise que atravessa o ensino jurídico possui uma relação direta com a necessidade de construir uma nova significação para o saber jurídico, apontando para conteúdos universalistas com propostas humanistas em torno de problemas que afetam a democracia e a promoção dos direitos do homem. É colocar novamente o homem no centro do saber, o que pressupõe a transformação do conhecimento exegético-normativista em sabedoria de vida. É o (re)fazer emancipatório do *sentido comum teórico* pela educação jurídica. Por tais razões, assume absoluta relevância (re)orientar o aluno a pensar. A hermenêutica filosófica apresenta uma condição muito importante para o Curso Jurídico: o rompimento de fronteiras.

Daí a necessidade de se ter presente que romper fronteiras exige uma permanente atitude investigativa para que se geste a partir do mundo, da vida, dos saberes das diferentes áreas a produção de conhecimentos novos, que estão em movimento e têm de ser constantemente (re)pensados, mas, ao mesmo tempo, tendo um forte vínculo com a complexidade das relações jurídicas da pós-modernidade e a necessidade de alargar a visão sistêmica e macroscópica. Isso significa, em primeiro lugar, rompimento de fronteiras, tanto no interior das Universidades como criando redes

com instituições nacionais e internacionais. Uma orientação docente desta natureza conduz, inegavelmente, a incentivar o hábito da análise multi e transdisciplinar com respeito aos problemas jurídicos, fomentando a construção de espaços de diálogos com uma face voltada para o nível internacional e outra para o nível nacional,⁹⁸⁰ de modo a propiciar um ambiente plural de significações e, com isso, também, romper com suas fronteiras de conhecimento.

Finalmente, nessa linha de raciocínio emerge a orientação transdisciplinar como interrogante dos desafios do ensino jurídico frente à complexidade do conhecimento, para superar a visão disciplinar do Curso de Direito. E Severo Rocha vai lembrar que “somente uma nova matriz teórica transdisciplinar pode nos ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea, até então impotente para a compreensão e observação dos acontecimentos deste início de século”.⁹⁸¹ Isso implica transgressões, pois oferece a possibilidade de romper com a departamentalização e a fragmentação de saberes ao mostrar que existem outras formas de olhar o Direito e de olhar o mundo.

O Direito se vê confrontado com essa realidade e tem a possibilidade de descobrir novas leituras da problemática realização dos princípios do Estado Democrático de Direito, a partir da participação das diversas áreas do conhecimento, privilegiando o caráter transdisciplinar do conhecimento jurídico.

O projeto de Gadamer possibilita o olhar transdisciplinar, sustentado pela experiência do diálogo enquanto encontro de saberes, que tem apoio na linguagem e na historicidade como perspectiva que neutraliza o efeito redutor do positivismo exegético-normativista. A opção pela transdisciplinaridade sinaliza a idéia de transgressão. É sair da prisão totalitária de um objeto neutro que constrói uma realidade fechada e auto-suficiente, como apontado por Warat. Onde está o novo? Sua construção pode estar na passagem do conhecimento disciplinar para o transdisciplinar, que se dá pelo caminho da

⁹⁸⁰ O acadêmico deve ter presente que o nível internacional intervém no plano nacional. Deve-se fazer um esforço para compartilhar o saber com outros atores nacionais e internacionais, tendo presente que é possível participar de espaços plurais e desenvolver habilidades que levem ao consenso, à mediação, à negociação e a formas alternativas de resolução de conflitos.

⁹⁸¹ ROCHA, Leonel Severo. Transdisciplinaridade e Direito. In: LÔBO, Ielbo M.; FOLLMANN, José Ivo (Org.). **Transdisciplinaridade e a Universidade**: uma proposta em construção. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2003, p. 40.

problematização dialógica. Aqui não cabe o saber do especialista, que vai ao encontro dos outros como quem já sabe, e sim de um saber que se precisa e que nenhuma ciência isoladamente pode oferecer.

Na hermenêutica filosófica de Gadamer existe um manancial de possibilidades que permitem visualizar estratégias pedagógicas que confirmam que a interpretação não se autonomiza da compreensão e da aplicação. Não é demais referenciar que o jogo como modelo estrutural da experiência hermenêutica pode ser *um* dos caminhos para trazer o conceito de *mundo da vida* (que se opõe a todo objetivismo e que significa o todo em que se está vivendo enquanto seres históricos)⁹⁸² de volta ao ensino jurídico, porque pressupõe a participação do sujeito que compreende na medida em que se apropria da essência de toda atividade lúdica que Gadamer sustentou, porque “em ‘seus confins entre o saber e a ação’ a vida se abre com uma profundidade que não é acessível nem à observação, nem à reflexão, nem à teoria”.⁹⁸³ O jogo, na perspicaz visão de Gadamer, permite esse novo olhar, pois o aluno não compreende no distanciamento da consciência, mas, sim, na comunhão de tomar parte (*Dabeisein*), naquilo que está sendo representado e reconhecido e no qual, obviamente, a participação não pode ser aleatória.

Por fim, não é demais lembrar a assertiva de Gadamer no sentido de que ao escolher o caminho da hermenêutica filosófica não se quer ter a última palavra e nem a pretensão de conclusividade. Este é apenas um caminho que exige uma atitude permanente de diálogo pela ação-reflexão-ação, onde o acontecer da compreensão ocorre a partir de uma fusão de horizontes.

Conscientes de que o cenário não é otimista e de que uma ação global é necessária, ou seja, um movimento como grande obra dos responsáveis pela educação jurídica no Brasil (Ministério da Educação, Universidades, Cursos de Direitos, Professores, Sociedade, Instituições Públicas e Privadas e outras), bem como instituições que recebem o graduado em Direito (OAB, Poder Judiciário, Poder Executivo, Estado, Empresas, Cidadãos etc.) para realizar profundas transformações no ensino jurídico com a finalidade de formar o novo profissional em Direito. A educação jurídica, como já

⁹⁸² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**, p. 375.

⁹⁸³ Idem, p. 359.

apontado, se encontra embebida por desafio de diversas ordens, os quais são merecedores de aprofundamento, na perspectiva do compromisso dos Cursos de Direito em formar o profissional-cidadão em sua consciência social, em sua liberdade, diversidade e pluralidade.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do Poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. 266 p.

ALTHOFF, Fernando; FRAGA, Dinorá. Transdisciplinaridade em Basarab Nicolescu. In: LÔBO, Ielbo M.; FOLLMANN, José Ivo (Org.). **Transdisciplinaridade e a Universidade**: uma proposta em construção. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2003. p. 15-20.

ARAÚJO, José Francelino de. **A Escola de Recife no Rio Grande do Sul**: influência dos nordestinos na magistratura, no magistério e nas letras jurídicas do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Sagra, DC Luzzatto; Faculdade de Direito Ritter dos Reis; Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1996. 131 p.

ARNAUD, André-Jean. DULCE, Maria José Farinas. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Traduzido por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 456 p.

BACHARELAR, Gaston. **O Racionalismo aplicado**. Traduzido por Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. 244 p.

BARRETO, Vicente. **Ideologia e Política no pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. 149 p.

_____; PAIM, Antonio. **Evolução do pensamento político brasileiro**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1989. 463 p.

BARRETO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas do Direito no século XXI. In: ROCHA Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis... [et al.] (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado / São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2005. p. 245-64.

BASTOS, Aurélio Wander. **O Ensino Jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. 220 p.

_____. O Ensino Jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas. In: _____; VENÂNCIO FILHO, Alberto; MELO FILHO, Álvaro *et al.* **Ensino Jurídico OAB: 170 anos de Cursos Jurídicos no Brasil**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997. p. 35-55.

BÍBLIA SAGRADA. Traduzida por Pe. Matos Soares, 9. ed. São Paulo: Paulinas, 1980.

BLEICHER, Joser. **Hermenêutica contemporânea**. Traduzido por Maria Giorgina Segurado. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1989. 383 p.

BOBBIO, Norberto. Algunos argumentos contra el Derecho Natural. In: GALVÁN, E. Tierno (Dir.). **Crítica del Derecho Natural**. Traduzido por Elias Diaz. Madrid: Taurus, 1966. p. 221-37.

_____. **Giusnaturalismo e positivismo giuridico**. 3. ed. Milano, Itália: Edizione di Comunità, 1977. 241 p.

_____. **Locke e o Direito Natural**. Traduzido por Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997. 256 p.

_____. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1997.

_____. **Thomas Hobbes**. Traduzido por Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOHN, Mariasinha Beck. **Análise de um processo pela pluralidade de suas vozes**: a formação de professores para o Ensino Médio através de seus currículos. Porto Alegre, 2003. Tese (Doutorado em Educação), Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; COPETTI, André. Ensino jurídico, transdisciplinaridade e Estado Democrático de Direito: Possibilidades e perspectivas para o estabelecimento de um novo paradigma. In: COPETTI, André; GRAU, Eros Roberto; MÜLLER, Friedrich [et al.]. **Crítica à Dogmática**: dos bancos escolares acadêmicos à prática dos tribunais. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. p. 45-82.

_____; COPETTI, André; SILVA FILHO, José Carlos Moreira *et al.* **Projeto Político-Pedagógico do Curso de Direito**: organizado por Programas de Aprendizagem. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BONNECASE, Julien. **La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil**. Puebla: M. Cajica, 1994.

BONORINO, Pablo Raúl. Propositiones de Derecho – Es realmente ininteligible la teoría de Dworkin? **DOXA**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 23, p. 483-501, 2000.

BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e Materialidade dos Ordenamentos Jurídicos**. São Paulo: EDUSP: Ícone, 1992. 165 p.

CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). **História argumentada da Filosofia Moral e Política**: a felicidade e o útil. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2004.

CALSAMIGLIA, Albert. Pós-Positivismo. **DOXA**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 21, p. 209-19, 1998.

_____. **Racionalidad y Eficiencia do Derecho**. 2. ed. México, D.F.: Fontamara, 1997. 117 p.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. **DOXA**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 4, Alicante, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Estúdios de Derecho Precesal**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1952. v. I.

CASSIRER, Ernst. **A Filosofia do Iluminismo**. Traduzido por Álvaro Cabral. Campinas, São Paulo: Ed.UNICAMP, 1992. 472 p.

_____. **El problema del conocimiento en la Filosofía y en la Ciencia Modernas II**. México/DF: IEPSA, 1993. 721 p.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Digesta**: Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2.

_____. **O Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. 307 p.

_____. **Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967.

CHACON, Vamireh. **Da Escola de Recife ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1969. 362 p.

CHAUÍ, Marilena. Espinosa – Vida e Obra. In: SPINOZA, Benedictus de. **Pensamentos Metafísicos, Tratado da Correção do Intelecto, Tratado Político, Correspondência**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. VII-XXII. (Os Pensadores)

_____. **A nervura do real**: imanência e liberdade em Espinosa. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

COELHO, António Borges. Notas do Tradutor. In: SPINOZA, Benedictus de. **Tratado sobre a Reforma do Entendimento**. Lisboa: Livros Horizonte, [s.d.]. p. 99-122.

COMTE, Augusto. **Curso de Filosofia Positiva**: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo, catecismo positivista. Traduzido por José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores)

_____. **Discurso sobre o Espírito Positivo**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1990. 132 p.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. Tradução de Carlos Lopes de Matos. São Paulo: E.P.U., 1973.

COSTA, João Cruz. **Contribuição à História das Idéias no Brasil (O desenvolvimento da filosofia no Brasil e a evolução histórica nacional)**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956. 484 p.

_____. **O positivismo na República**: Notas sobre a história do Positivismo no Brasil. São Paulo: Nacional, 1956. 203 p.

CRITELLI, Dulce Mara. Para recuperar a Educação. In: HEIDEGGER, Martin. **Todos nós... ninguém**: um enfoque fenomenológico social. Traduzido por Dulce Mara Critelli. São Paulo: Moraes, 1981. p. 59-72.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e Continentais**: Guia à Filosofia dos últimos trinta anos. Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2002. 709 p.

D'AMBRÓSIO, Ubiratan. A transdisciplinaridade como acesso à história. In: WEIL, Pierre; _____; CREMA, Roberto. **Rumo à nova transdisciplinaridade**: sistemas abertos de conhecimento. São Paulo: Summus, 1993. p. 75-124.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 556 p.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952. 390 p.

DEMO, Pedro. **Pesquisa**: princípio científico e educativo. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 102 p.

DEWEY, John. **Liberalismo, Liberdade e Cultura**. Traduzido por Anísio Teixeira. São Paulo: Nacional e USP, 1970. 261 p.

DIAZ, Elias. Sociologia del Derecho Natural. In: GALVÁN, E. Tierno (Dir.). **Crítica del Derecho Natural**. Madrid: Taurus, 1966. p. 9-27.

DILTHEY, Wilhelm. **Essência da Filosofia**. Traduzido por Manuel Frazão. 3. ed. Lisboa: Presença, 1984. 156 p.

_____. **Introducción a las Ciéncias del Espíritu**. Traduzido por Julián Marías. Madrid: Alianza, 1986. 576 p.

_____. **LEIBNIZ e a sua época**. Traduzido por Doutor A. E. Beau. São Paulo: Saraiva, 1947. 137 p.

DOLORES, Jacques (Coord.) *et al.* Educação, “um” tesouro a descobrir. **Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI**. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: MEC: UNESCO, 1998. Cap. 4.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério**. Traduzido por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de Princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV – EDESP. **Plano de Desenvolvimento Institucional**, [s.d.], p. 42-340. [cópia impressa].

FARIA, José Eduardo (Org.). **A crise do Direito numa sociedade em mudança**. Brasília: UnB, 1988. 121 p.

_____. (Org.). **Direito e Justiça**; a função social do Judiciário. São Paulo: Ética, 1989. 205 p.

FELIX, Loussia Musse. Avaliação dos Cursos Jurídicos; Trajetória e Bases Conceituais. In: **Ensino Jurídico OAB: 170 anos de Cursos Jurídicos no Brasil**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1978/1979. p. 78-102.

FERRARIS, Maurízio. **História de la Hermenêutica**. Traduzido por Jorge Pérez de Tudela. Madri/ES: AKAL, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1997.

_____. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamento del Derecho Natural**: según los principios de la doctrina de la Ciência. Traducción de José L. Villacañas Berlanga, Miguel Ramos Valera y Faustino Oncina Coves. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. 430 p.

FRAGALE FILHO, Roberto. **Relatório Final do Grupo de Estudos MEC-OAB**. Brasília: Ministério da Educação – Secretaria da Educação Superior, 2005.

FREDE, Dorothea. A questão do Ser; O projeto de Heidegger. In: GUIGNON, Charles B. (Direção). **Poliedro Heidegger**. Traduzido por João Carlos Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 59-85.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. **Educação e Mudança**. 21. ed. Traduzido por Moacir Gadotti e Lillian Lopes Martin. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **Extensão ou Comunicação?** Traduzido por Rosisca Darcy de Oliveira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. 93 p.

_____. **Pedagogia do Oprimido**. 25. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **La actualidad de lo bello**. Traduzido por Antonio Gómez Ramos. Barcelona: Paidós Ibérica, 1991. 124 p.

_____. Educação é educar-se. **Educação UNISINOS**, São Leopoldo, v. 5, n. 8, p. 13-28, 2001.

_____. **Estética y Hermenéutica**. Traduzido por Antonio Gómez Ramos. Madrid: Tecnos, 1996. 316 p.

_____. **El giro hermenéutico**. Traduzido por Arturo Parada. Madrid: Catedra Teorema, 1998. 238 p.

_____. Introdução. In: _____ (org.); FRUCHON, Pierre. **O problema da consciência histórica**. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. 72 p.

_____. Da Palavra ao Conceito. In: ROHDEN, Luiz; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLUCKINGER, Hans-Georg. **Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 13-26.

_____. **A razão na época da ciência**. Traduzido por Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. Retrospectiva dialógica à obra reunida e sua história de efetuação. In: ROHDEN, Luiz; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLUCKINGER, Hans-Georg. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 203-22.

_____. Sobre o Círculo da Compreensão. In: ROHDEN, Luiz; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLUCKINGER, Hans-Georg. **Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 2000. p. 141-150.

_____. **Verdade e Método I**. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 731 p.

_____. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. 621 p.

_____. **Verdad y Método II**. Traduzido por Manuel Olasagasti. Salamanca, Espanha: Sígueme, 1994. 429 p.

GADOTTI, Moacir. **Boniteza de um sonho**: ensinar-e-aprender com sentido. Curitiba: Positivo, 2005.

_____. As muitas lições de Freire. In: McLARE, Peter; LEONARD, Peter. **Paulo Freire**: poder, desejo e memórias da libertação. Traduzido por Moacir Gadotti *et al.* Porto Alegre: Artes Médicas, 1998. 25-34.

GALUPPO, Marcelo Campos. Epistemologia jurídica; Entre o positivismo e o pós-positivismo. In: COPETTI, André; GRAU, Eros Roberto; MÜLLER, Friedrich [et al.]. **Crítica à Dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, v. 1, n. 3.

GIDDENS, Antony. **Política, Sociologia e teoria social**; encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. Traduzido por Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1988.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Traduzido por A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GÓMEZ, José Maria. **Política e Democracia em tempos de globalização**. Petrópolis: Vozes, 2000.

GONZÁLIEZ, Antonio Branco; TRAVERSO, Juan Damián; BURGOS, Maria Salud De-Gregorio *et al.* **Filosofia del Derecho**: las concepciones jurídicas através de la História. Madrid: Universidad Nacional de Educação a Distancia, 1997. 334 p.

GORDILLO, Agustin. **El metodo en Derecho**. 2. ed. Madri: Civitas, 1997.

GOTTFIED, Wilhelm Leibiniz. **LEIBNIZ (II)**: novos ensaios sobre o entendimento humano. Traduzido por Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1980. 433 p. (Os Pensadores)

GOYARD-FABRE, Simone. Lei Natural. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2003. 2 v. p. 36-47.

_____. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político moderno.** Traduzido por Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 209 p.

GRONDIN, Jean. **Hans-Georg Gadamer: uma biografia.** Traduzido por Ângela Ackermann Pilário, Roberto Berner e Eva Martín-Mora. Barcelona: Herder, 1999. 519 p.

_____. **Introdução à hermenêutica filosófica.** Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 1999. 336 p.

GUENANCIA, Pierre. **Descartes.** Traduzido por Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. 139 p.

GUIGNON, Charles (Direção). **Poliedro Heidegger.** Traduzido por João Carlos Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. 398 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado. Prólogo. In: DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, Estado e Filosofia.** Rio de Janeiro: Politécnica, 1952. p. V-XII.

HAAR, Michel. **Heidegger e a essência do Homem.** Traduzido por Ana Cristina Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 241 p.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse: com um novo posfácio.** Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Império.** Traduzido por Berilo Vargas. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito.** Traduzido por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

_____. **Postcriptum.** Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

HECKMAN, Susan J. **Hermenêutica e Sociologia do Conhecimento.** Traduzido por Luís Manuel Bernardo. Lisboa: Edições 70, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos.** Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores)

_____. **A essência do Fundamento.** Traduzido por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988. 109 p.

_____. **Da experiência do Pensar**. Traduzido por Maria do Carmo Tavares de Miranda. Porto Alegre: Globo, 1969.

_____. O fim da Filosofia e a tarefa do pensamento. In: _____. **Conferências e escritos filosóficos**. Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 71-81. (Os Pensadores)

_____. **Introducción a la Filosofía**. Traduzido por Manuel Jeménez Redondo. Madrid: Frónesis Cátedra Universitat de Valencia, 1999. 469 p.

_____. Meu caminho para a fenomenologia. In: _____. **Conferências e escritos filosóficos**. Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 295-302. (Os Pensadores)

_____. **Ontologia: hermenêutica de la facticidade**. Traduzido por Jaime Aspiunza. Madrid: Alianza, 1999. 154 p.

_____. **Los problemas fundamentales de la Fenomenologia**. Traduzido por Juan José Garcia Norro. Madrid: Trotta, 2000. 402 p.

_____. **Ser e Tempo** – Parte I. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcanti Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes e Universidade de São Francisco, 2002. 325 p.

_____. **Ser e Tempo** – Parte II. Traduzido por Márcia de Sá Cavalcanti. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. 262 p.

_____. Sobre o “Humanismo”. In: _____. **Conferências e escritos filosóficos**. Traduzido e Introduzido por Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 147-75. (Os Pensadores)

_____. **Todos nós.... ninguém**. Traduzido por Dulce Mara Critella. Apresentado por Solon Spanoudis. São Paulo: Moraes, 1981. 72 p.

HEIMSOETH, Heins. **La Metafísica moderna**. Traduzido por José Gaos. Madrid: Revista do Occidente, 1966.

HERNÁNDEZ, Fernando; VENTURA, Montserrat. **A organização do currículo por Projetos de Trabalho: o conhecimento é um caleidoscópio**. 5. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

HERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica jurídica: en torno a la Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1992.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Traduzido por João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Traduzido por Luísa Buarque de Holanda. Revisão técnica, Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

JOLIVET, Régis. **Tratado de Filosofia IV – Moral**. Traduzido por Gerardo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004. 255 p.

_____. **Textos selecionados**. Traduzido por Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. 295 p. (Os Pensadores).

KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. 2. ed. Traduzido por João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979. 175 p.

_____. **Prefácio à Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____; BOBBIO, Norberto. PERELMAN, Ch. *et al.* **Crítica del Derecho Natural**. Introducción y traducción de Elias Diaz. Madrid: Taurus, 1966. 279 p.

KONDER, Leandro. A crítica do Jovem Marx à concepção hegeliana do Estado e do Direito. In: LYRA, Dereodó Araújo (Org.). **Desordem e Processo: Estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 137-43.

KUSCH, Martin. **Linguagem como cálculo versus Linguagem como meio universal**. Traduzido por Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2001. 359 p.

LAGE, Alfredo. **A recusa do Ser: a falência do pensamento liberal**. Rio de Janeiro: AGIR, 1971. 351 p.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos Ensaios sobre o entendimento humano**. Traduzido por Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

LESSA, Pedro. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000. 350 p.

LIBÂNEO, José Carlos; PIMENTA, Selma Garrido. Formação de profissionais da Educação: Visão crítica e perspectivas de mudanças. **Educação e Sociedade**, São Paulo, v. XX, n. 68, p. 245-59, 1999.

LINS, Ivan. **Perspectivas de Augusto Comte**. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1965. 278 p.

LÔBO, Ielbo M.; FOLLMANN, José Ivo (Organ.). **Transdisciplinaridade e Universidade**: uma proposta em construção. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1980. 51 p.

_____. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999. 91 p. (Primeiros Passos)

LYRA, Deredó Araújo (Org.) **Desordem e Processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. 333 p.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano. Traduzido por Anoar Liex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os Pensadores).

LUCKESI, Cipriano [et al.]. **Fazer Universidade**: uma proposta metodológica. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1991. 231 p.

MACHADO NETO, A. L. A filosofia do Direito Natural. In: CRIPPA, Adolpho (coord.). **As idéias filosóficas no Brasil**: século XX – Parte II. São Paulo: Convívio, 1978. p. 11-37.

_____. **História das idéias jurídicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo, 1969. 235 p.

MARION, Jean-Luc. **Sobre a Ontologia cinzenta de Descartes**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 308 p.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELO FILHO, Álvaro. **Inovações no Ensino Jurídico e no Exame de Ordem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MELLO, Antonio Valença de. **Política positivista de Augusto Comte**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. v. I. 337 p.

MERRYMAN, John Henry. **La Tradicion Jurídica Romano-Canonica**. 2. ed. Traduzido por Carlos Sierra. México: Fundo de Cultura Econômica, 1978.

MONDARDO, Dilsa. **20 Anos Rebeldes**: o Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat. Florianópolis: Diploma Lega, 2000.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Crônica da Promessa. In: WARAT, Luís Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e de reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 13-17.

NAVARO, Pablo E. Tensiones conceptuales en el Positivismo jurídico. **DOXA**. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 24, p. 133-163, 2001.

NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da Transdisciplinaridade**. Tradução Lucia Pereira de Souza. São Paulo: TRIOM, 1999.

_____. A prática da transdisciplinaridade. In: PINEAU, Gaston; MATURANA, Humberto; RANDON, Michel [et al.]. **Educação e Transdisciplinaridade**. Traduzido por Judite Vero, Maria F. Mello e Américo Sommerman. Brasília: UNESCO, 2000. p. 139-152.

NUNES, Edson de Oliveira (Relator). **Reconsideração do Parecer CNE/CES 55/2004, referente às Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Direito**. Brasília: CNE/CES, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OSOWSKI, Cecília. Pedagogia Inaciana; Currículo para servir a fé e a justiça. O currículo para além das grades. **Revista de Educação da AEC**, Brasília, Associação de Educação Católica do Brasil, v. 24, n. 97, p. 58-90, out./dez. 1995.

PAIM, Antonio. **A Agenda Teórica dos liberais brasileiros**. São Paulo: Massao Ohno, 1997. 85 p.

_____. **História das idéias filosóficas no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Convívio (Brasília): INL, Fundação Nacional Pró-Memória, 1984. 615 p.

_____. **Momentos decisivos da História do Brasil**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 317 p.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Traduzido por Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997.

PANIZZI, Wrana. O papel da Universidade na construção do País. **IHU On Line**, São Leopoldo, Unisinos, v. 4, n. 90, p. 10-20, 2004.

PAPPER, Karl. **A miséria do historicismo**. Traduzido por Octany S. da Mota e Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1980-1990. 125 p.

PELUSO, Luis. **O Projeto da Modernidade no Brasil**. Campinas: Papyrus, 1994.

PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luís Alberto. Filosofia do Direito: uma introdução crítica. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 47-96.

PETRELLA, Ricardo. A urgência de um novo contrato social mundial face aos desafios da mundialização atual: para além das lógicas bélicas. **Revista IHU On-Line**, São Leopoldo, UNISINOS, v. 3, n. 52, p. 32-43, 2003.

PHILONENKO, Aléxis. **Rer Descartes**. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.]. 277 p.

PLATÃO – Vida e Obra. In: PLATÃO. **Diálogos/Platão**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Traduzido por José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. VI-XXII. (Os Pensadores)

PÖGGELER, Otto. **El camino del pensar de Martin Heidegger**. Traduzido por Félix Duque. 3. ed. Madrid: Alianza Universidad, 1993. 552 p.

PROJETO Político-Pedagógico do Curso de Direito: organizado por Programas de Aprendizagem. São Leopoldo: Unisinos, 2003. Comissão: MORAIS, José Luis Bolzan de; COPETTI, André; SILVA FILHO, Jose Carlos Moreira; RODRIGUES, Maria Alice; EGGERT, Edla.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Traduzido por Dinah de Abreu Azavedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. 430 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologias**. Traduzido por Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1997.

ROCHA, Leonel Severo. O avesso do Direito. In: LYRA, Dereodó Araújo (Org.). **Desordem e Processo**: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 129-35.

_____. A construção do Tempo pelo Direito. In: _____; STRECK, Lenio Luiz (Org.) **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 309-20.

_____. **Epistemologia jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 1998. 164 p.

_____. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: SAFE, 1985, 120 p.

_____. Transdisciplinaridade e Direito. In: LÔBO, Ielbo M.; FOLLMANN, José Ivo (Org.). **Transdisciplinaridade e a Universidade**; uma proposta em construção. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2003. p. 40-47.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino Jurídico**: saber e poder. São Paulo: Acadêmica, 1988. 136 p.

_____. **Novo currículo mínimo dos Cursos Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 128 p.

RODRÍGUEZ, César. **La Decisión Judicial**: el debate Hart – Dworkin. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2002. 317 p.

_____. Hermenêutica e Linguagem. In: ROHDEN, Luiz; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLUCKINGER, Hans-Georg. **Hermenêutica filosófica**; nas trilhas de Hans-Georg Gadamer Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 151-202.

_____. Hermenêutica Metodológica e Hermenêutica Filosófica. **Filosofia UNISINOS**, São Leopoldo, Centro de Ciências Humanas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 4, n. 6, p. 109-132, jan./jun. 2003.

_____; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLUCKINGER, Hans-Georg. **Hermenêutica Filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. 222 p.

RORTY, Richard. **A Filosofia e o Espelho da Natureza**. Traduzido por Jorge Pires. Lisboa: Dom Quixote, 1988.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger**: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal. Traduzido por Lya Luft. São Paulo: Geração, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. 415 p.

_____. **Um discurso sobre as Ciências**. 12 ed. Porto, Portugal: Afrontamento, 2001. 59 p.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade.** São Paulo: Cortês, 1955.

SAVIANI, Nereide. **Saber Escolar, Currículo e Didática: problemas da unidade conteúdo/método no processo pedagógico.** Campinas: PUC/SP, 1994.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica.** Campinas: Edicamp, 2002.

SCHELEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação.** Traduzido por Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999. 102 p.

_____. **Monólogos.** Traduzido por Ramon Castilla. 5 ed. Buenos Aires: Aguilar, 1980. 98 p.

SCHUK, Rogério José. **O jogo como fio-condutor da explicação ontológica de Gadamer; subjetividade e compreensão.** Disponível em: <<http://www.dialetica-brasil.org>>. Acesso em: 1º maio 2006.

SCHWARTZMAN, Simon. **Um espaço para a Ciência: a formação da Comunidade Científica no Brasil.** Traduzido por Sérgio Bath e Oswaldo Biato. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. 357 p.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil – Processo cautelar (tutela de urgência).** 3. ed., rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 230 p.

_____. Racionalismo e tutela preventiva em Processo Civil. **Revista Jurídica.** Órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo: Notadez, v. 50, n. 295, p. 7-20, maio. 2002.

SOARES, Mozart Pereira. **O Positivismo no Brasil: 200 anos de Augusto Comte.** Porto Alegre: AGE: Universidade, 1998. 206 p.

SOLER, Maria D. González; TORRADO, J. Lima; CASTÁN, Maria L. Marin [et al.] **Cuestiones y textos de História de la filosofía del derecho, moral y política del Renacimiento a Kant.** 2. ed. Madrid: Dykinson, 2003. 640 p.

SOUZA JR., José Geraldo. O Ensino Jurídico no âmbito da Introdução ao Estudo do Direito. In: LYRA, Dereodó Araújo (Org.). **Desordem e Processo.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 93-110.

SPANOUDIS, Sólon. A todos que procuram o próprio caminho. In: HEIDEGGER, Martin. **Todos nós... ninguém**. Traduzido por Dulce Mara Critelli. São Paulo: Moraes, 1981. p. 9-22.

SPINOSA, Benedictus De. **Pensamento metafísico**: Tratado da Correção do Intelecto; Ética; Tratado Político; Correspondência? Barruch de Espinosa. Traduzido por Marilena de Souza Chauí. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1993. (Os Pensadores) 391 p.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. 110 p.

_____. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUÍ, 2001. 416 p.

_____. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. 293 p.

_____. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: EdUNIJUÍ, 2004. (Coleções Filosóficas; 8)

_____. Introdução ao Método Fenomenológico. In: Sobre a Essência do Pensamento: **Heidegger**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 85-94. (Os Pensadores)

_____. **Pensar é pensar a diferença**: Filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: EdUNIJUÍ, 2002.

STEINER, George. **Lições dos Mestres**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. In: MAIA, Alexandre da; COPETTI, André; AMIRANTE, Carlos; SCAFF, Fernando Facury [et. al.]. **Direito, Estado e Democracia**: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. v. 1, nº 4. p. 223-62.

_____. O efeito vinculante das Súmulas e o mito da efetividade: Uma crítica hermenêutica. In: COPETTI, André; GRAU, Eros Roberto; MÜLLER, Friedrich [et al.]. **Crítica à Dogmática**: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. p. 83-128.

_____. A hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do Direito a partir da ontologia fundamental. **Filosofia UNISINOS**, São Leopoldo, Centro de Ciências Humanas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 3, n. 4, p. 105-136, jun./jul. 2002.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis... [et al.] (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado / São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2005. p. 153-85.

_____. Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. In: _____; STRECK, Lenio Luiz (Org.) **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 223-71.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**; Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319 p.

STRECK, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos; A incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (*Ontologische Differenz*) entre Texto e Norma. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado 2005**, v. 2, p. 20. [ainda não publicado]

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma Nova Crítica ao Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710 p.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOALDO, Olindo A. **Extensão universitária**: a dimensão humana da Universidade. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, 1977.

TORRES, José Camilo de Oliveira. **O Positivismo no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1943. 336 p.

TUMÁNOV, Vladímir. **O Pensamento Jurídico Burguês Contemporâneo**. Traduzido por Palmeiro Gonçalves. Lisboa: Caminho, 1984. 370 p.

VATTIMO, Giani. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Traduzido por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 208 p.

_____. **Introdução a Heidegger**. Traduzido por João Gama. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. 210 p.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Análise histórica do ensino jurídico no Brasil. In: **Ensino Jurídico OAB**. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1978/1979.

_____. **Das arcadas ao bacharelismo**. São Paulo: Perspectiva, 1982. 367 p.

VIEIRA, José Ribas. Desafios e prioridades para a reforma do Ensino Jurídico no Brasil. In: Comissão de Ensino: Álvaro Villaça Azevedo, Edmundo Lima Arruda Jr., José Eduardo de Souza Jr. [et. al.]. **OAB Ensino Jurídico**: diagnóstico, perspectivas e propostas. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 61-73.

VILLAFANE, Emilio Serrano. **Concepciones jusnaturalistas actuales**. Madrid: Nacional, 1967. 344 p.

VON ZUBEN, Newton Aquiles. Introdução e Notas. In: BUBER, Martin. **Eu e Tu**. 6. ed. São Paulo: Centauro, 2001.

WARAT, Luis Alberto. A Ciência Jurídica e seus dois maridos. In: _____. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 61-186.

_____. A condição transmoderna do desencanto com a cultura jurídica. In: _____. **Epistemologia e Ensino Jurídico**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 35-46.

_____. Confissões pedagógicas diante da crise do ensino jurídico. In: VIEIRA, José Ribas. Desafios e prioridades para a reforma do Ensino Jurídico no Brasil. In: Comissão de Ensino: Álvaro Villaça Azevedo, Edmundo Lima Arruda Jr., José Eduardo de Souza Jr. [et. al.] **OAB Ensino Jurídico**: diagnóstico, perspectivas e propostas. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 215-24.

_____. A Epistemologia jurídica da modernidade. In: **Introdução Geral ao Direito II**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

_____. Falando de Vinte Anos. In: MONDARDO, Dilsa. **20 Anos Rebeldes**: o Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat. Florianópolis: Diploma Lega, 2000. p. 11-22.

_____. Filosofia do Direito; Uma introdução crítica. In: _____. **Epistemologia e Ensino do Direito**; O sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 47-96.

_____. **Manifesto para uma Ecologia do desejo**. São Paulo: Acadêmica, 1990.

_____. **A pureza do Poder**. Florianópolis: UFSC, 1983.

_____. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: _____. **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 27-34.

WASTERMAN, Pauline C. **The disintegration of Natural Law Theory**: Aquins to Finnis. New York: Leiden, 1997.

WEHLING, Arno. **A invenção da História**: estudos sobre o historicismo. Rio de Janeiro: Central da Universidade Gama Filho: Niterói, Universidade Federal Fluminense, 1994. 260 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 211 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**: Ley, Derechos, Justiça. Traduzido por Marina Gascón. 2. ed. Valladolid/ES: Trotta, 1997.