

INNOVACIÓN

O ensino do direito na prudência: O «mito do dado» juspositivista ainda é um monstro à espreita

*La enseñanza del derecho con prudencia: El «mito de lo dato» juspositivista
sigue siendo un monstruo al acecho*

*Legal teaching in prudence: The legal positivist myth of the given
is still a monster on the lurk*

Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto  Ana Paula Assis Buosi 

e Eduardo Rocha Dias 

Universidade de Fortaleza, Brasil

RESUMO No artigo, analisa-se criticamente o «mito do dado» (*myth of the given*), postulado juspositivista de objetividade, bem como os seus reflexos negativos sobre a relação entre o Direito e a justiça. Além disso, investiga-se o papel potencial do ensino jurídico na superação dessa concepção do Direito descompromissada com a razão de ser própria da juridicidade. O problema identificado é a ocultação de preconceitos sob a capa de neutralidade daquilo que o juspositivismo considera que lhe é dado de antemão. Responde-se à pergunta: de que forma o ensino jurídico pode contribuir para a superação do «mito do dado» juspositivista, tido hoje como sentido comum teórico? A pesquisa é qualitativa bibliográfica. Promove-se uma abordagem filosófica do problema, em um paradigma hermenêutico pós-gadameriano complexo, em detrimento do clássico paradigma juspositivista dedutivista simplificador. Apresentam-se os seguintes resultados: o ensino jurídico, a fim de superar o postulado juspositivista do «dado neutro», precisa focar em atividades que exercitem a prudência, estimulando, no que se refere à percepção dos atos do presente, todas as múltiplas inteligências do ser humano.

PALAVRAS-CHAVE Ensino do direito, positivismo jurídico, mito do dado, prudência, inteligências múltiplas.

RESUMEN Se analiza críticamente el «mito del dado» (*myth of the given*), postulado juspositivista de objetividad, así como sus reflexiones negativas acerca de la relación entre derecho y justicia. Además, se investiga el papel potencial de la educación jurídica en la superación de esta concepción del derecho que no está comprometida con la razón de

ser propia de la legalidad. El problema identificado es el ocultamiento de los prejuicios bajo el disfraz de la neutralidad de lo que el juspositivismo considera dado de antemano. Se responde a la pregunta: ¿De qué manera la educación jurídica puede contribuir a superar el «mito del dado» juspositivista, que ahora se considera sentido común teórico? La investigación es bibliográfica cualitativa. Se promueve una aproximación filosófica al problema, en un complejo paradigma hermenéutico posgadameriano, en detrimento del clásico paradigma juspositivista deductivista simplificador. Se presentan los siguientes resultados: la educación jurídica, para superar el postulado juspositivista del «dato neutral», necesita concentrarse en actividades que ejerzan la prudencia, estimulando, en cuanto a la percepción de los actos del presente, todas las inteligencias múltiples del ser humano.

PALABRAS CLAVE Enseñanza del derecho, positivismo jurídico, mito del dado, prudencia, inteligencias múltiples.

ABSTRACT In the article, the “myth of the given”, a legal positivist postulate of objectivity, is critically analyzed, as well as its negative reflections on the relationship between Law and justice. Furthermore, it is investigated the potential role of legal education in overcoming that conception of Law, uncompromised with its *raison d'être*. The problem identified is the concealment of prejudices under the guise of neutrality of what legal positivism considers to be beforehand given to it. The question answered is: how can legal teaching contribute to overcoming the legal positivist «myth of the given», which today is viewed as theoretical common sense? The research is qualitative bibliographical. It promotes a philosophical approach to the problem, in a complex post-Gadamerian hermeneutic paradigm – to the detriment of the classic deductivist legal positivist paradigm. The following results are presented: legal teaching, in order to overcome the legal positivist postulate of “neutral data”, needs to focus on activities that exercise prudence, stimulating, with regard to the perception of the acts of the present, all the multiple intelligences of the human being.

KEYWORDS Legal teaching, legal positivism, myth of the given, prudence, multiple intelligences.

Introdução

Se se pergunta a um futuro estudante, logo antes de seu primeiro dia na faculdade, onde está o direito, ele provavelmente responderá que está nos códigos. Talvez já se possa esperar, ao menos de alguns, a resposta de que o direito está na Constituição. De todo modo, ele estará referindo-se não a uma Constituição viva – uma *Wille zur Verfassung* (Konrad Hesse) –, mas ao papel, ao documento, a algo que não deixa de ser o código máximo, e que já está pronto no momento mesmo em que o aluno senta-se para sua primeira aula. Essa forma de pensar é antiga – data ao menos da segunda metade do século XVIII –, mas, como bem observou Norberto Bobbio (2006: 63),

«é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar».

Da mesma maneira que pensa o direito como já lhe dado de antemão, o jurista, absorvido pelo senso comum teórico, compreende também os fatos como se ele próprio não participasse de sua construção. São, para ele, algo que se encaixa ou não no quadro da previsão das normas jurídicas – puras hipóstases dos textos de lei. Sob essa aparente neutralidade, escondem-se de modo geral os pré-conceitos do intérprete, e, mais especificamente, seus preconceitos.

Neste artigo, analisa-se criticamente o «mito do dado» (*myth of the given*) juspositivista, bem como os seus reflexos negativos sobre a relação – que deveria ser intrínseca – entre o direito e a justiça. Objetiva-se responder à pergunta: de que forma o ensino jurídico pode contribuir para a superação do «mito do dado» juspositivista, tido hoje como sentido comum teórico?

A pesquisa é qualitativa bibliográfica, e é ora apresentada em quatro partes. Na primeira, apresenta-se o «mito do dado» juspositivista, e investiga-se o que se oculta sob a capa de neutralidade dos «fatos puros». Na segunda, apresenta-se a crítica pós-positivista do Direito ao «mito do dado», em uma perspectiva filosófica pós-gadameriana complexa – em detrimento do clássico paradigma juspositivista dedutivista simplificador. Na terceira, apresenta-se o ensino do Direito como potencial rompedor do círculo vicioso de reprodução dogmática, desde que orientado à prudência. Na quarta, analisam-se as múltiplas inteligências do ser humano, e a sua necessária consideração no ensino prudente do direito, no que se refere à percepção dos atos do presente.

O «mito do dado» juspositivista

Wilfrid Sellars (1981), filósofo estadunidense, dedicou sua obra a analisar o inter-relacionamento complexo entre o que os filósofos da epistemologia chamam de «dado» e de «coerência», ora conferindo ênfase ao primeiro, ora à segunda.¹ Sellars (1981) parte do trabalho de Roderick Firth, que concluiu que as teorias da coerência dos conceitos «assumem que ‘parecer vermelho’ é prévio a ‘ser vermelho’, i. é., que ao menos é logicamente possível ter o conceito ‘parecer vermelho’ antes de adquirir o conceito ‘ser vermelho’». Sellars traduz essa linha de pensamento no seguinte princípio: «Se uma pessoa está diretamente consciente de um item que tem *status* categórico C, então a pessoa está consciente disso tendo *status* categórico C». É o que intitulou «mito do dado» (*myth of the given*).

1. «According to Firth, these philosophers are ‘assuming that ‘looks red’ is prior to ‘is red’, i.e., that it is at least logically possible to have the concept ‘looks red’ before we acquire the concept ‘is red’» (1981: 4). «If a person is directly aware of an item which has categorial status C, then the person is aware of it as having categorial status C» (1981: 11).

Jonathan Daniel (2014: 16) destaca a importância do dado assim concebido para o fundacionismo, servindo como «evidência e justificação de outras crenças». Segundo ele:

O fundacionismo em epistemologia caracteriza-se por distinguir dois tipos de crenças: as básicas e as não-básicas. Estas últimas derivariam seu status epistêmico positivo, ou justificabilidade, de outras crenças via relações inferências. Contudo, se todas as crenças fossem não-básicas, as cadeias de justificação seriam infinitas ou circulares. Por isso, *argumenta o fundacionista, para haver justificação, são necessárias algumas crenças cuja justificação não dependa de outras crenças - as crenças básicas.*

No direito, atribui-se esse fundacionismo a Hans Kelsen (Garcia, 2014), por ele considerar que a distinção entre ser e dever-ser não pode ser aprofundada pelo cientista jurídico, por ser «um *dado* imediato da nossa consciência» (Kelsen, 1998: 6).

É o que Luis Alberto Warat e Albano Pepê (1996) pretendem dizer com a acusação de que o juspositivismo, objetivando uma «reta razão científica», pratica um «formalismo asséptico» – do qual resulta a minimização da compreensão reflexiva a partir de um raciocínio crítico. É o que também observa Edgar Morin (2005: 39), ao propor o novo paradigma complexo: a «*simplificação* [...] tinha alimentado o impulso da ciência ocidental do XVII ao final do século XIX». Segundo ele, foi exatamente a «ideia de um universo de fatos objetivos [...], graças ao método experimental e aos procedimentos de verificação, [que] permitiu o desenvolvimento prodigioso da ciência moderna». A abordagem simplificadora cobra hoje o seu preço: a ciência sabe para onde avança? Especificamente: o que a ciência jurídica pretende realizar (sendo certo que o juspositivismo abdica da busca pela justiça)?

Essa irreflexão fica muito evidente pelo lado da norma. Norberto Bobbio (2006: 122), por exemplo, considera que um dos postulados do positivismo jurídico é a «concepção do direito como uma realidade socialmente ‘dada’ ou ‘posta’» – em outras palavras, encara-se o direito como um fato. Lenio Streck (2017: 254), nesse aspecto, associa o «mito do dado» ao juízo subsuntivo, dogma capital do juspositivismo. Em seus estudos, segundo Simon Blackburn, esse mito seria uma «fantasia de texto que se interpreta por si mesmo e se extrai por si mesmo», a crença de que «o sentido está nas coisas».

Porém, se facilmente perceptível pelo momento normativo, é de mais difícil compreensão no momento factual – já antecipando, desde logo, que ambos podem ser distinguidos apenas didaticamente, já que formam uma unidade dialética. Agustín Gordillo (1988: 72) percebe-o muito bem, quando reconhece, com Leibniz, que «é inesgotável o repertório de características determinantes de feitos empíricos; as propriedades ou predicados que caracterizam os objetos da experiência são infinitos».²

2. «Es inagotable el repertorio de características determinantes de hechos empíricos; las propiedades

Assim, no pensamento jurídico juspositivista, o fato de A matar B é subsumível à norma que proíbe o homicídio («matar alguém»). O fato «A matou B», no entanto, é apenas um dentre infinitos resultados de construção – a qual é imprecisa tanto cognitivamente (saber ou não se A causou a morte de B), como também epistemologicamente –, a partir da percepção fenomênica. O que se afirma aqui é que os mesmos fenômenos poderiam ser objetivados, por exemplo, como «B morreu», ou como «A vestia uma camisa azul», sem que se possa dizer que a veracidade de um implica logicamente a falsidade de outro – não são, portanto, reciprocamente excludentes.

O juspositivismo, ao tomar os fatos como simples dados – portanto estruturados de forma (supostamente) neutra em relação à cosmovisão do intérprete –, oculta suas posições ideológicas, deixando-as fora do alcance do controle jurídico e de legitimidade. Para exemplificar, em pesquisa empírica com mais de quatro mil sentenças proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2017, observou-se que 7,7% dos brancos julgados por crime de tráfico de drogas haviam tido a conduta desclassificada para de usuário, contra apenas 5,3% dos negros. Quanto à quantidade considerada tráfico, a média referente aos brancos era de 482,4 g de maconha, muito superior à de 136,5 g, dos negros (Domenici, 2019). Presume-se, assim, que a cor da pele do acusado influencia decisivamente na construção do fato jurídico: «X é usuário de drogas» ou «X é traficante».

A mencionada pesquisa demonstra que não há neutralidade, ao contrário do que pressupõe o juspositivismo. Não existe uma pura «tomada de conhecimento da realidade», como pretende Bobbio (2006: 135). Nas palavras de Morin (2005: 111) «somos produtores do objeto que conhecemos».

Apenas muito raramente, no entanto, isso transparece. É o caso da sentença que declarou conduta típica do delito de organização criminosa em razão de o réu ser negro «seguramente integrante de grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta».³

A crítica ao «mito dos fatos dados» vai indicar que o que leva o jurista a afirmar «A matou B» – e não «A tem cabelos pretos», «A tem cor da pele negra», ou «A não gosta de chocolate» – é o Direito. Esse processo, contudo, oculta-se totalmente quando se considera que os fatos são meros dados, recebidos prontos pelo intérprete, para aplicação das normas jurídicas. É por essa razão que releva – e usam-se as palavras de Morin, a filosofia:

o predicados que caracterizan a los objetos de la experiencia son infinitos».

3. Tribunal de Justiça do Paraná, 1.^a Vara Criminal da Comarca de Curitiba. Processo 0017441-07.2018.8.16.0196 (2020), p. 111. Autora: Justiça Pública. Réus: Ademilson Antônio Marcelino e outros. Juíza: Ines Marchalek Zarpelon. Disponível em <https://bit.ly/3MZwpCk>.

a *ciência* é a aventura da inteligência humana que trouxe descobertas e enriquecimentos inauditos, aos quais a reflexão não seria capaz de aceder sozinha. [...] Isso não me leva de modo algum a desprezar, no entanto, a *filosofia*, já que hoje, neste mundo glacial, é o refúgio da reflexividade. Penso que *a união de ambas, por mais difícil que seja, é desejável*, e não me resigno ao estado de disjunção ou de divórcio que reina e que geralmente é sofrido ou aceito (Morin, 2005: 112; grifo nosso).

Não há alternativa à filosofia, se se propõe a tarefa de fugir do abraço fatal da ideologia positivista.

O pós-positivismo: fatos como construção

O jusfilósofo Castanheira Neves em 1967 (1967: 55) e em 1993 (1993: 28), atacou exatamente os fundamentos da subsunção, propondo uma compreensão metodológica pós-positivista. Segundo ele, o juspositivismo pretende construir os fatos conforme o método da física. Não se percebe, porém, que o «mundo da física» é elaborado segundo o recorte que os princípios próprios daquela ciência determinam. De acordo com uma visão pós-*gadameriana* – em especial observando-se o círculo hermenêutico –, «os ‘factos relevantes’ são já em si selecionados e determinados em função da norma aplicável, em função de uma perspectiva jurídica». Não há, portanto, algo como um «fato puro» ou um «dado absoluto». Ao contrário: a construção do fato é sempre interessada.

Friedrich Müller (2008, 2014), outro filósofo do direito, alinha-se a Castanheira Neves. Segundo ele, a escolha dos textos jurídicos é condicionada pelos fatos, e, simultaneamente, a escolha dos fatos é condicionada pela pré-compreensão do intérprete sobre eles.

Por essas razões, não tem sentido jurídico o fato «A tem cabelos pretos», porque nenhuma norma do direito confere-lhe relevância. Já o fato «A tem dezessete anos» é preñado de sentido, sob o ponto de vista do Direito: o Código Penal estabelece que: «Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis» (art. 27) .

Observado o estado atual do ensino jurídico no Brasil – de «viés notoriamente profissionalizante», geralmente apenas certificatório para as diversas atividades jurídicas (Fernandes, 2014: 45) –, vê-se o quanto se está distante de uma superação do modelo juspositivista, dos dados já entregues prontos ao «operador do direito».

O direito – portanto também o ensino jurídico – não pode prescindir da *phronesis*, a sabedoria prática (Lopes, 2000a). Se A, com aparência de irritação e armado com uma metralhadora, pergunta a C onde mora B, o que está em questão definitivamente não é saber ou não a resposta à pergunta (uma questão puramente cognitiva), e sim a sabedoria para perceber o seu motivo. Isso, como virtude, deve permear todos os juízos.

Neil Maccormick (2008) observa muito bem que a prudência «exige que nós prestemos séria atenção às consequências previsíveis de nossos atos e decisões, antes de efetivamente praticá-los ou tomá-las, tanto mais quanto maior for a importância do ato ou decisão em questão». Reivindica, no direito como instituição, um lugar de destaque àqueles «que possuem sabedoria prática, [as] pessoas prudentes». Mais precisamente, identifica que: «Uma mera capacidade de ‘ver’ ou ‘intuir’ a correção não vale tanto quanto a sabedoria acumulada a partir dos processos de decidir e refletir sobre as decisões e sobre seus resultados, ao longo de um período considerável de tempo». No que releva em especial para este trabalho, importa destacar a distinção promovida pelo escocês entre as «fases» do processo de julgamento: «a fase da descoberta do que ocorreu e por que, e a fase de examinar o que aconteceu à luz dos fatores valorativos relevantes». Quanto àquela – conectada ao que aqui é compreendido como momento factual –, admite que «é um erro sugerir que, como eu fiz em escritos anteriores, processos de descoberta são totalmente obscuros para nós, pura questão de contingência psicológica, não de procedimentos razoáveis [prudentes]».

É nesse mesmo sentido que Castanheira Neves (1993: 213) vai opor ao juspositivismo uma «restaurada compreensão da *natureza práctico-prudencial* do pensamento jurídico». Com isso,

o *direito* deixa de ver-se na auto-subsistência de uma lógico-sistemática racionalidade dogmática para se compreender antes numa prática intenção normativa e para o cumprimento de uma tarefa também imediatamente prática (decisoriamente prática) de *realização problemático-concreta em referência contextual e pragmaticamente histórico-social* (Neves, 1993: 213, grifo nosso).

Rafael Melo (2017: 13) observa que, contemporaneamente, a prudência «perdeu seu sentido habitual»: hoje, está associada à falta de coragem para a realização de tarefas que lhe são determinadas. Classicamente, porém – e este sentido pode ser retomado aqui –, era tida como a «reta razão no agir», consubstanciada em razão, inteligência, circunspeção, previdência, docilidade, prevenção, memória e sagacidade. No que se refere ao pensamento jurídico, a mudança de sentido provavelmente pode ser remetida ao nominalismo, quando deixou-se de compreender o *locus* do Direito na própria natureza do caso, para passar a entendê-lo «como poder especial de indicar e defender, ter e dispor de coisas» (Lopes, 2000b: 134).

A síntese, assim, é que se o resgate da prudência exige que seja renovada a compreensão da juridicidade, esta renovação também depende da retomada da relevância da prudência para o pensamento jurídico. Nesse sentido, Manuel Atienza (2014: 271) observa que: «Um objetivo central do processo de aprendizagem do Direito teria de ser o de aprender a pensar ou a raciocinar ‘como um jurista’, não se limitando a conhecer os conteúdos do direito positivo». É ao papel de criação desse círculo virtuoso que deve prestar-se o ensino jurídico.

Necessária superação do sentido comum teórico positivista

Luis Alberto Warat (1995: 82) apresenta uma interessante expressão: «sentido comum teórico». Dotado dessa «instância de julgamento e censura que impede os juristas de produzir decisões autônomas», tende-se a apenas reproduzir o «superego» da cultura jurídica». De acordo com o pensamento *waratiano*, esse sentido comum propicia uma realidade jurídica apartada do mundo prático. Por meio de uma «racionalidade subjacente» representada por preconceitos, hábitos, vivências singulares, as decisões adaptam-se para conformarem-se a um poder simbólico. O próprio discurso da filosofia do direito encontra seus conteúdos inseridos em «lugares» de controle que instrumentalizam poderes, «ao criar, através de seus rituais de escolha, iniciação e produção, os porta-vozes do saber que elaboram ilusoriamente a realidade do Direito como ignorante dos fatos sociais» (Warat y Pepe, 1996). Isso é: as narrativas possíveis dos fenômenos sociais são relegadas ao segundo plano, já que não se percebe a estrutura articulada entre Direito e realidade. Lenio Streck (2014: 18) faz a ligação entre essa postura dogmática de irreflexão e o modelo liberal-individualista hoje dominante no direito:

Parte-se, pois, da premissa de que as práticas argumentativas do Judiciário, da dogmática jurídica e das escolas de Direito são consubstanciadas pelo que se pode denominar de senso comum teórico dos juristas ou campo jurídico (Warat-Bourdieu), o qual se insere no contexto da crise do modelo de Direito de cunho liberal-individualista. Para tanto, *basta um passar d'olhos no Direito penal e a cultura manualesca-estandardizada que domina a aplicação desse ramo do Direito*. Essa crise do modelo (dominante) de Direito (ou modo de produção de Direito) institui e é instituída por uma outra crise, aqui denominada/trabalhada como crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, bases desse modelo liberal-individualista de interpretação/aplicação do Direito ainda dominante no «campo jurídico» vigorante no Brasil (Streck, 2014: 18; grifo nosso)

Streck (2017: 440) vai ainda mais fundo na crítica, ao afirmar que «ou se acaba com a standardização do direito ou ela acaba com o que resta da ciência jurídica». É evidente que o Direito, nessa referência, não se resume aos códigos tidos como dados, ou aos manuais que os comentam – *rectius*: que os descrevem. É, ao contrário, um Direito que se realiza concretamente, de forma prudente.

A dogmática juspositivista, construída com o propósito de alcançar-se o definitivo e a verdade, substituiu a «filosofia em todos os seus aspectos, [...] rejeitando qualquer outra consideração teórica ou filosófica do direito» (Lopes, 2000b: 104). Daí decorreu o esvaziamento de significados do fenômeno jurídico. Nesse contexto, a prática e o ensino do Direito revelam, respectivamente, arbitrariedades no agir decorrentes de uma limitação da construção do pensamento do e sobre o direito.

Preocupa especialmente o que se observa «até mesmo em determinados setores da pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado)»: a produção de trabalhos

sem nenhum valor juscientífico. Isso, é claro, não é apenas resultado de um ensino jurídico deficiente e equivocadamente enviesado, é também sua causa – afinal desses cursos sairão os futuros professores, que tenderão a reproduzir o modo de ensino já inquestionavelmente infrutífero (Streck, 2017: 441).

Warat e Pepê (1996) percebem a ingenuidade dos ditos «juristas práticos» – melhor descritos como pragmáticos –, que menosprezam a filosofia. A postura dessa parcela profissional sobre a filosofia do direito é de desdém. Para os «operadores do direito» – as máquinas aplicadoras das «puras» normas sobre os «puros» fatos –, o conhecimento filosófico serviria apenas como uma espécie de verniz cultural a animar conversas de salão.

Corroborando o mencionado pensamento, recente pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas em parceria com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2020) apresentou dados estatísticos das edições II a XXIX do Exame de Ordem Unificado. A disciplina Filosofia do Direito, que está inserida na prova com apenas duas questões, teve o menor índice de acertos: 31,7%. O Exame de Ordem tem por objetivo, além de aferir habilidades e competências dos pretendentes às carreiras jurídicas – resultando, diga-se de passagem, em baixo índice de aprovação: 56% –, também mensurar a qualidade do ensino do Direito no Brasil. Nesse último particular, o indicador do Conceito Preliminar de Curso revelou que «parcela bastante significativa dos cursos brasileiros de graduação em Direito não oferece uma formação jurídica considerada suficiente» (Brasil, 2020).

Apesar dos esforços institucionais realizados para melhorar a qualificação do ensino jurídico, as análises mostram que os profissionais habilitados ao exercício da advocacia têm uma compreensão extremamente limitada do fenômeno jurídico. Um dos motivos para esse fechamento ao todo do fenômeno é a reprodução do «mito-dogma do dado», ensinado e aprendido na universidade.

Disso, por si só já problemático, redundam muitos outros problemas, o que acaba por colocar o cotidiano jurídico em engodos paradoxais – como o depósito no Poder Judiciário da esperança de soluções justas –:

Deixar tudo para os juízes? Ora, isso Kelsen já havia deixado como herança maldita para os juristas. E as consequências disso todos conhecemos. Depois nos queixamos das súmulas vinculantes...! Primeiro incentivamos atitudes ativistas-protagonistas; depois, quando tudo parece incontrolável, apelamos aos enunciados metafísicos-sumulares...! A pergunta que fica é: *quando é que os juristas se darão conta disso tudo?* (Streck, 2010: 167; grifo nosso).

A solução não está no ativismo judicial: os juízes não são almas iluminadas que farão descer dos céus a justiça. Se se quer um direito que não apenas garanta espaços de não interferência sob uma perspectiva puramente liberal-individualista, torna-se em necessária a superação do «mito-dogma do dado». E isso exige esforços dos ju-

ristas – seus protagonistas –, desde a universidade, tanto como alunos quanto como professores. Trata-se de um problema de todos os atores jurídicos, independentemente da sua carreira profissional, e que está associado exatamente ao que Streck (2010: 166) intitulou de viragem hermenêutico-ontológica. Contra isso, o positivismo jurídico «é uma trincheira que resiste (teimosa-mente)».

Como já dito, o juspositivismo esconde sob uma capa de (suposta) neutralidade muito do fenômeno jurídico, entendido como unidade dialética entre o momento normativo e o momento factual. Porém, como o indivíduo pode superar aquilo que não compreende? Isso é: se a pretensão é de superação, é preciso previamente entender esse fenômeno a fundo, e encontrar as ferramentas para que o ensino do Direito pare de reproduzir os mecanismos do dogma que aqui se rejeita.

Nada obstante, segundo André Fernandes (2014: 24), as faculdades de Direito atualmente orientam-se mais ao «estudo da lei» do que ao «justo concreto». Ele conclui, a partir da análise dos planos de ensino do eixo de formação fundamental em Direito, que inexistente problemática atinente à justiça ou à prudência. A abordagem dos programas circunscreve-se às questões relativas ao «objeto, a metodologia, a finalidade, e a evolução histórica da hermenêutica como paradigma geral da interpretação humana». A técnica normativa é forçadamente adaptada ao caso concreto. Trata-se como se o jurista estivesse sempre diante de casos, já dados, aguardando apenas a sua qualificação.

Essa realidade no ensino do direito apenas reproduz as circunstâncias que, por sua vez, foram produzidas por ele: a formação jurídica não se preocupa com o justo porque a sociedade é injusta, e essa assim o é porque o direito abdicou da sua pretensão de construir uma sociedade justa. Como já indicado, a alternativa a essa cruel desistência do justo é o caminho da compreensão filosófica – ao invés da dogmática – do direito. Isso passa pelo exercício da prudência, em especial no ensino jurídico.

Contudo, a conexão «educação, direito e filosofia não é imediatamente elementar» (Fernandes, 2014: 16). Para a sua realização, é necessária a implantação do estudo da «reta razão do agir» – a prudência – nas atividades de ensino jurídico. O propósito é incentivar a reflexão de futuros juristas sobre os impactos do direito na realidade social que os circunda – e sobre a qual eles impactam decisivamente –, obstando a construção de uma concepção meramente dogmática, reprodutiva.

Repensamento do conceito de inteligência, no ensino prudente do direito

Não é fácil exercitar a prudência, essa «capacidade que temos para emitir um juízo acertado sobre aquilo que deve ser feito aqui e agora» (Fernandes, 2017: 16). Ela só se adquire após sucessivas experiências de resolução prática de problemas – no caso do direito, de problemas jurídicos. Isso é: a prudência deve ser praticada reflexivamente, de maneira voltada ao agir na dinâmica jurídica.

O conhecimento construído a partir de uma perspectiva reflexiva é uma tarefa complexa. A atual metódica adotada pelas escolas jurídicas fragmenta o conhecimento para que os formandos logrem êxito em provas – da Ordem dos Advogados ou de concurso. Essa circunstância contrasta com a «educação do futuro», que requer o preparo de pessoas capazes de pensar «as realidades ou os problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários» (Morin, 2000: 36).

A partir do referencial tomístico, Rafael Melo (2017) aponta o modo como se devem realizar as atividades necessárias à aquisição da prudência. O propósito dessas atividades aplicadas ao ensino jurídico é viabilizar a exteriorização de interpretações e ações práticas de modo racional, coerente e crítico. O autor propõe exercícios jurídicos práticos, com objetivos diversos: para a memória, a consciência dos atos pretéritos; para a inteligência, a percepção da atualidade dos atos manifestados no «aquí-agora», no presente; para a docilidade, a abertura do indivíduo ao conhecimento; para a sagacidade, a realização de inferências de maneira rápida; para a razão, a compreensão de algo unida à previdência ao direcionar esse algo a uma determinada finalidade; para a circunspeção, a observação da conjuntura; e para a prevenção, o afastamento de obstáculos e adversidades produzidas pelas circunstâncias.

Os exercícios voltados para esses fins opõem-se à direção imposta pela «indústria cultural» jurídica. A construção do pensamento e da narrativa ganham uma dimensão crítica e caminham para uma abordagem complexa da realidade, antípoda à simplificação dedutivista juspositiva – hoje «retroalimentada pelas escolas de direito, cursos de preparação para concursos e exames de ordem» (Streck, 2010: 164).

Prudência e inteligência são indissociáveis – sendo essa última, aliás, uma das atitudes para um agir prudente, como visto acima. Portanto, dentro do contexto da ideia de revalorização da prudência no ensino jurídico, é necessário repensar como o conceito de inteligência deve ser estruturado nas faculdades de Direito. Como bem observou Neil Maccormick (2008), a prudência revela-se na sabedoria prática – exemplificada pelo Salomão bíblico –, a qual «é o fruto de uma inteligência treinada e de longa experiência, combinada com alguma atitude inicial para um certo domínio da atividade».

A concepção de inteligências múltiplas desenvolvida por Howard Gardner considera adequadamente a complexidade dos fenômenos da mente, elaborando um paradigma inserível no do Direito prudente. No que se refere ao ensino jurídico, atende aos anseios de desenvolvimento de um modelo superador do juspositivismo simplificador.

Gardner se contrapõe ao conceito tradicional de inteligência, mensurável quantitativamente pelos resultados binários de sucesso e fracasso. Para o autor, a cognição humana é compreendida como um conjunto amplo e universal de competências não mensuráveis: «a inteligência não existe como verificável fisicamente, é uma construção que se manifesta pelos comportamentos» (Sales, Araújo, 2018: 687). Assim,

não se trata de *quão* inteligente se é, mas sim de *como* se é inteligente. Esse «como» não é captado em testes de habilidades lógicas e linguísticas, tais como são habitualmente aplicados (Bessa, 2008).

As concepções de inteligências múltiplas refletem, indiretamente, o desenvolvimento de um profissional jurídico dotado de novas habilidades e competências. De acordo com estudo promovido pelo Fórum Econômico Mundial (2020), são quinze as principais habilidades desejáveis ao desenvolvimento dos profissionais até o ano de 2025:

pensamento analítico e inovação; aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem; resolução de problemas complexos; pensamento crítico e análise; criatividade, originalidade e iniciativa; liderança e influência social; uso, monitoramento e controle de tecnologia; design tecnológico e programação; resiliência, tolerância ao estresse e flexibilidade; raciocínio, resolução de problemas e ideação; inteligência emocional; solução de problemas e experiência do usuário; orientação de serviço; análise e avaliação de sistemas e persuasão e negociação.

A nova realidade profissional, aprofundada pelo uso de tecnologias, conflita com a cultura jurídica manualesca e pouco habituada ao exercício da prudência. O modelo proposto por Gardner prioriza a autonomia do aluno e a elaboração de um repertório próprio, desde que focado na aprendizagem (Sales e Araújo, 2018).

É possível aplicar o conceito de inteligências múltiplas de Gardner na reformulação do ensino jurídico. Para ele, existem oito modos de inteligência exteriorizados nas ações dos indivíduos: linguística, lógico-matemática, espacial, musical, cinestésica, interpessoal, intrapessoal e naturalista e existencial. Podem-se tratar essas habilidades de maneira voltada à prática de resolução de problemas e de desafios reais. Lilia Sales e André Araújo (2018: 697) defendem a possibilidade de que esses modos de ser no mundo sejam adaptados ao ensino jurídico: a inteligência linguística, relacionada à comunicação, não é problema, porque sempre foi estimulada, contribuindo também para o desenvolvimento crescente da compreensão e produção textual (Poblete Olmedo, Arenas Witker y Córdova Jiménez, 2020); a lógico-matemática, por outro lado, não é habitualmente incentivada, mas deve sê-lo, porque é por meio dela que são pensadas soluções criativas para o enfrentamento dos problemas concretos; a espacial viabiliza uma percepção da realidade total, bem como a apreensão descritiva de seus fragmentos; a musical está relacionada à sensibilidade necessária a uma interpretação voltada à justiça; a cinestésica conecta-se com a linguagem corporal como «forma de expressão e convencimento»; a interpessoal relaciona-se ao desenvolvimento de técnicas associadas ao trabalho em grupo, testando a assunção de responsabilidades e engajamento de líderes ao organizar trabalhos em equipe; a intrapessoal, contempla-se no desenvolvimento da imaginação e da abstração; e as naturais e existencial materializam uma atividade intelectual questionadora dos dogmas postos pela ciência jurídica.

Todas essas manifestações de inteligências aplicadas ao universo do Direito exercitam a prudência. Quando associadas à apreensão do fenômeno jurídico, preparam os juristas – não mais «operadores do Direito» – para a construção prudente dos fatos e para a aplicação prudente das normas (dois momentos de um processo dialético unitário, cindível apenas metodicamente).

Esses dois caminhos entre si relacionados – o exercício da prudência e a consideração das inteligências múltiplas, no ensino jurídico – permitem a racionalização da compreensão e o desvelamento do que a dogmática juspositivista insiste em ocultar. Possibilitam ainda a construção de um repertório coerente, crítico e reflexivo para o enfrentamento do monstro juspositivista à espreita, o qual impossibilita a abertura ao todo do fenômeno jurídico.

Conclusão

O tão falado problema do ensino jurídico – em ousado resumo: a formação puramente tecnicista dos juristas – não lhe é peculiar: a universidade foi, em grande medida, transformada em uma instituição certificadora de mão de obra para o mercado profissional, deixando de lado a sua vocação. Agora, discute-se mesmo para que serve a universidade: outras instituições não poderiam atingir os mesmos objetivos, com bem menos custos?

Especificamente no Direito, a situação aparenta ser ainda mais grave. O positivismo em que mergulhou cegamente a ciência jurídica não deixa margem para uma reflexão mais profunda sobre os porquês. O ensino jurídico, em especial, renega sua vocação.

É necessário resgatar a verdadeira identidade do direito, o que passa por (re)conhecer a natureza prático-prudencial do pensamento jurídico. Para tanto, a formação jurídica não pode limitar-se à exposição do direito posto. Há, por trás da face positiva e facilmente visível das leis e decisões judiciais – além dos maçantes comentários doutrinários –, um convite à exploração do modo como o Direito, empreitada social, deve prover a justiça. Para tanto, o resgate da virtude da prudência deve oferecer um norte para que os juristas sejam capazes não apenas de saber qual regra aplica(ou)-se a cada caso, mas também de criticar os juízos – seus ou alheios – tanto normativa quanto factualmente.

Não existe outro lugar, na sociedade, que possa realizar a nobre função a qual um dia a universidade propôs-se a executar. Escolas técnicas, com seus objetivos de ensino específicos, têm grande importância, mas nem de longe têm aptidão para alcançar o céu de possibilidades, inimaginável em sua amplitude, que a universidade é capaz de prover, ao investigar o todo.

Algo semelhante pode ser dito do direito: responsável pela formação de grande parte das pessoas que, de forma mais atuante, alicerçarão o Estado – basta lembrar que o chefe de um dos poderes da República deve ser obrigatoriamente um juris-


ta, não sendo raro que os chefes dos demais também o sejam –, o ensino jurídico deve ser objeto de uma atenção especial, não podendo admitir-se que aqueles que irão exercer a profissão dispensem-se da tarefa de filosofar, a todo o tempo. E isso deve começar no primeiro dia de aula, antes mesmo que se abra o primeiro código (onde o positivismo já estará à espreita, para dar o seu bote com forte veneno de irreflexão).


Referências


- ATIENZA, Manuel (2014). *As razões do direito: Teoria da argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- BESSA, Valéria da Hora (2008). *Teorias da aprendizagem*. Curitiba: IESDE Brasil S.A.
- BOBBIO, Norberto (2006). *O positivismo jurídico: Lições da filosofia do direito*. São Paulo: Ícone.
- DANIEL, Jonatan (2014). *Sellars e o mito do dado: uma avaliação de suas críticas ao fundacionismo em epistemologia*. Dissertação. Mestrado em Filosofia, Universidade Federal de Santa Maria: Santa Maria.
- DOMENICI, Thiago e Iuri Barcelos (2019). «Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo». *Publica*, 2019. Disponível em <https://bit.ly/3y4RCGT>.
- FERNANDES, André Gonçalves (2014). *Ensino do direito e filosofia: a prudência e a hermenêutica jurídica, aprendidas com o estudo de caso de identidade crítica, como fundamentos para a formação da justiça como prática social*. Dissertação. Mestrado em Educação. Universidade Estadual de Campinas: Campinas.
- . (2017). *O olhar da coruja e o equilíbrio da balança: o lugar da filosofia no Direito*. Tese. Doutorado em Educação. Universidade Estadual de Campinas: Campinas.
- GARCIA, Jaci Rene Costa (2014). «Do fundacionismo ao coerentismo: Alguns apontamentos sobre os rumos da teoria do direito na contemporaneidade». In Oliveira Junior, José Alcebiades de, Robison Tramontina, André Leonardo Copetti Santos, *Filosofia do Direito I* (pp. 155-176). Florianópolis: CONPEDI.
- GORDILLO, Agustín (1988). *El método em derecho: aprender, enseñar, crear, hacer*. Madrid: Civitas.
- KELSEN, Hans (1998). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila (2000a). «Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo». *Revista de Informação Legislativa*, 37 (148): 127-139. Disponível em <https://bit.ly/3N3wdSz>.
- . (2000b). «A hermenêutica jurídica de Gadamer». *Revista de Informação Legislativa*, 37 (145): 101-112. Disponível em <https://bit.ly/3zOTq8c>.
- MACCORMICK, Neil (2008). *Retórica e o Estado de direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier.

- MELO, Rafael Veras Castro (2017). *A formação do jurista na prudência como desafio do ensino Jurídico*. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade de Fortaleza: Fortaleza.
- MORIN, Edgar (2000). *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez.
- . (2005). *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina.
- MÜLLER, Friedrich (2008). *Teoria estruturante do direito*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- . (2014). *Müller, Friedrich. Metodica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II*. Joinville: Bildung.
- NEVES, Antonio Castanheira (1967). *Questão-de-facto, questão-de-direito, ou, o problema metodológico da juridicidade: Ensaio de uma reposição crítica*. Coimbra: Almedina.
- . (1993). *Metodologia jurídica: Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra.
- POBLETE OLMEDO, Claudia, Lisbeth Arenas Witker, Alejandro Córdova Jiménez (2020). «Alfabetización académica en derecho: Experiencia y resultados de un programa de escritura». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 2: 23-50. Disponível em <https://bit.ly/3HDcUi3>.
- SALES, Lilia Maia de Moraes, André Villaverde de Araújo (2018). «A teoria das inteligências múltiplas de Howard Gardner e o ensino do Direito». *Novos Estudos Jurídicos*, 23 (2): 682-702. Disponível em <https://bit.ly/3zOCRsL>.
- SELLARS, Wilfrid (1981). «II.» Edited by Sherwood J. B. Sugden. *Monist* 64 (1): 37-65. Disponível em <https://bit.ly/3O2gW5M>.
- STRECK, Lenio Luiz (2010). «Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?». *Novos Estudos Jurídicos*, 15 (1): 158-173. Disponível em <https://bit.ly/3QIKpUe>.
- . (2013). «Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não para Alexy». *Revista Direito e Práxis*, 4 (7): 343-367. DOI: [10.12957/dep.2013.8350](https://doi.org/10.12957/dep.2013.8350).
- . (2014). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- . (2017). *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva.
- WARAT, Luis Alberto (1995). *Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- WARAT, Luis Alberto, Albano Marcos Bastos Pepe (1996). *Filosofia do direito: Uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna.
- WORLD ECONOMIC FORUM (2020). «The Future of Jobs [-] Report 2020». Genebra. Disponível em <https://bit.ly/3xBTEN3>.

Sobre os autores

FÁBIO CARVALHO DE ALVARENGA PEIXOTO é Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Ceará. Advogado. Seu correio eletrônico é fabiocapeixoto@gmail.com  <https://orcid.org/0000-0002-1736-6493>.

ANA PAULA ASSIS BUOSI é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES-BRASIL). Pós-graduanda em Segurança Cibernética pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Mediação e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Conciliadora e mediadora judicial. Advogada. Seu correio eletrônico é anabuosi@gmail.com.  <https://orcid.org/0000-0003-3275-8839>.

EDUARDO ROCHA DIAS é Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Ordem Jurídica e Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal - categoria especial - da Advocacia-Geral da União e Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Seu correio eletrônico é eduardorochadias@unifor.br.  <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>.

REVISTA DE PEDAGOGÍA UNIVERSITARIA Y DIDÁCTICA DEL DERECHO

La *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* (RPUDD) es una publicación científica semestral que contribuye a la reflexión multidisciplinaria sobre pedagogía universitaria y didáctica del derecho, para la formación y consolidación de esta área de investigación; así como a la difusión de prácticas innovadoras en la enseñanza-aprendizaje del derecho considerando el contexto nacional e internacional. Es una publicación electrónica internacional con una codirección entre Brasil y Chile.

DIRECTORA

María Francisca Elgueta Rosas
Universidad de Chile

DIRECTOR

Renato Duro Dias
Universidad Federal de Rio Grande, Brasil

SITIO WEB

pedagogiaderecho.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rpedagogia@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)